

ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.



ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

64 2020/1

ISSN: 1011-730X

Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ

Adalet Bakanlığı Adına
Abdulhamit GÜL
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı

Cengiz ÖNER
(Bakan Yardımcısı)

Genel Yayın Yönetmeni

Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Ahmet Kemal PEKACAR

Dijital Koordinatör

Abdulkadir CANLI

Kapak Tasarım: Mustafa SUNAR

Tasarım: Burcu OYAR/Kaan KORKMAZ

Web Tasarım: İbrahim KÖSE

Eğitim Dairesi Başkanlığı

Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15

Yenimahalle / ANKARA

Tel: (0312) 219 75 92 - (0312) 219 54 85, Belge Geçer: (0312) 219 64 17

e-posta: adaletdergisi@adalet.gov.tr www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:

Temmuz 2020 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Avni Kağan KAYTANCI
Strateji Geliştirme Başkanlığı
Daire Başkanı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Selahattin DOĞAN
Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel
Müdürlüğü Daire Başkanı

Dr. Berat DUMAN
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Tetkik Hâkimi

Prof.Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Doç.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Çankaya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

64. SAYI HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bülent KENT	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBU) Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ahmet Mithat GÜNEŞ	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ali Nazım SÖZER	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ayşe NUHOĞLU	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli (HBV) Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M. Fatih UŞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (AYBÜ) Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa ALP	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa AVCI	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ömer ANAYURT	Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan KARATAŞ	Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Türk Dili ve Edebiyatı
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	AYBU Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Cem Barlas ARSLAN	Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi
Doç.Dr. Elvan KEÇELİOĞLU	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara HBV Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. İlker ÖZTAŞ	ASBU Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Nesibe Kurt KONCA	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç.Dr. Turan ŞAHİN	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr.Mine AKKAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr.Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Ahmet ULUTAŞ	Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdür Yardımcısı
Dr.Psikolog Ayhan ERBAY	İstanbul Adliyesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ	Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN	AYBU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Psikolog Ebru TEZCAN	İzmir Adliyesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif YILMAZ	Ankara HBV Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ORAL	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK	Ankara HBV Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap YÜCEL	Ankara HBV Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat TÜMAY	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğretim Üyesi Sema NOYAN	Karabük Üniversitesi Edebiyat Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR	AYBU Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

- 11 • **Adalet Dergisinden**
12-14 • **Abdulhamit GÜL/Takdim**

ÖZEL DOSYA:”HUKUKİ AÇIDAN COVID-19”

- 17-55 • **Prof. Dr. Muharrem KILIÇ/** Pandemi Dönemi İnsan Hakları Siyaseti: Hak ve Özgürlükler Düzeninin Kırılma Doğası
Human Rights Politics in the Pandemic Period: The Fragile Nature of the Rights and Freedoms
- 57-85 • **Prof. Dr. Hakan HAKERİ- Dr. Öğretim Üyesi İpek Sevda SÖĞÜT/ Tıp** Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar
Infectious Diseases In Terms Of Medical Law
- 87-123 • **Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA/2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ve 7226 Sayılı Kanun Hükmüleri Çerçevesinde Koronavirüs Pandemisinin İcra ve İflâs Hukukuna Etkileri**
The Effects of Coronavirus Pandemic on Enforcement and Bankruptcy Law in Accordance with the Provisions of the President's Decree No. 2279 and Law No. 7226
- 125-139 • **Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN/** Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not
A Few Note On Curfew Decisions Taken Due To Dangerous Epidemic Disease
- 141-173 • **Dr. Öğretim Üyesi Sezercan BEKTAŞ/** Salgın Hastalıklar (Pandemi) Sebebiyle Devletlerin Uyguladıkları Liman Kısıtlamalarının Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi
Evaluation of Port Restrictions Imposed by States Due to the Infectious Diseases (Pandemic) in Terms of Public International Law
- 175-204 • **Av. Ash ETAN-İrem MELENGİÇ/** Covid -19 Salgınının Kira ve Eser Sözleşmeleri Üzerindeki Etkilerinin Değerlendirilmesi
Evaluating the Effects of the COVID -19 Outbreak on Lease Contracts and Contracts of Work

KAMU HUKUKU

- 207-238 • **Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU-Arş. Gör. Merve ÜNAL**
AÇIKGÖZ-Arş. Gör. A. Samet GÜLLER/ Osmanlı Anayasal Düzeninin
Bozulması ve Modernleşme (1699-1839)
The Disruption Of The Ottoman Constitutional Order And Modernization
(1699-1839)
- 239-268 • **Prof. Dr. Mahmut KOCA-Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ/ Taksirli**
Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan
Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler
The Theoretical Structure Of Negligent Offences And The Relevant
Evaluations On The Criminal Liability Arising From Occupational Accidents
- 269-296 • **Prof. Dr. İbrahim BAZ-Suat ŞİMŞEK/ Hazine Taşınmazlarında İmar**
Uygulamaları Kaynaklı Sorunlar ve Çözüm Önerileri
Problems Related To The Land Re-Adjustments For Immovable Properties
Owned By Treasury And Recommended Solutions
- 297-330 • **Doç.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ-Dr. Alkın KARAKURUMER/ Askeri**
Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Firar Suçlarının Osmanlı'dan
Günümüze Tarihsel Gelişimi
The Historical Development Of The Crimes Of Desertion In The Military
Criminal Law From The Ottoman Empire To Present Day
- 331-378 • **Doç. Dr. Koray DOĞAN/Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayırımında İçtihat**
Değişikliğinin Değerlendirilmesi
The Assesment Of Change in Judicial Opinion About The Division of Oblique
Intent and Recklessness
- 379-400 • **Dr. Öğretim Üyesi Ferhat USLU-Av. Elif GÖRGÜ/Disciplinary**
Crimes And Punishments In Turkish Political Parties Law: A Short
Analysis
Türk Siyasi Partiler Hukukunda Disiplin Suç ve Cezaları: Kısa Bir Analiz
- 401-430 • **Murat ATAN-Dr. Bülent BÜBER/ Kamu Sağlık Örgütlerinin Alım**
İhalelerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme Yazısı
General Review On Public Procurement Of Public Health Institutions
- 431-455 • **Arş. Gör. Merve Nur ÖZTÜRK/"Şuhûdü'l Hâl"ın Tarihsel Gelişimi ve**
Osmanlı Devleti'ndeki Fonksiyonu
Historical Development Of "Şuhûdü'l Hal" And Its Function In The Ottoman
Empire
- 457-477 • **Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL/ İnternette İfade Özgürlüğüne İlişkin**
Görev ve Sorumluluklar Kapsamında Bilgiye Erişim ve Gizli Belge
Paylaşımı
Duties and responsibilities relating to freedom of expression on the Internet
Access to information and disclosure of confidential information

ÖZEL HUKUK

- 481-506 • **Prof. Dr. Refik KORKUSUZ-Dr. Öğretim Üyesi M. Halit KORKUSUZ/ İş Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı İfa Edilen Zorunlu Arabulucu Anlaşmalarının Hukuki Durumu**
Legal Situation Of Compulsory Intermediary Agreements Against The Public Order Of Labour Law
- 507-530 • **Doç. Dr. İbrahim ERMENEK/ Borca Batıklık Nedenine Dayalı Konkordatoda Geçici Mühletin Kaldırılması**
Removal of Temporary Respite in Composition With Creditors Based on Overindebtedness
- 531-564 • **Arş. Gör. Mehmet Zahit YENER/ İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Sulh Sözleşmesi ve İbra Sözleşmesi İle Çözülmesi**
Settlement Of Occupational Accidents And Occupational Diseases By Peaceful Agreement And Extinction By Agreements
- 565-583 • **Arş. Gör. Ömer Ali GİRĞİN/ Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Arabuluculuk Bakımından Sonuçları**
Legal Consequences of Lack of Legal Entity of Simple Partnership in terms of Mediation
- 585-603 • **Arş. Gör. Yusuf Berat BAŞ/ Anonim Şirket Yönetim Kurulu Başkanının İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğu**
The Criminal Liability Of Chairman Of The Board At Joint Stock Company Due To Occupational Accidents

ALAN DIŞI

- 607-628 • **Dr. Öğretim Üyesi Canan OLPAK KOÇ/Kadın (Nisa) Hapishaneleri Bağlamında “Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu” ve “Burası Cezaevi” Anı/Romanlarında “Kadın Gardiyanlar”**
"Yıldırım Region Women's Women" And "Here Prison" In The Context Of Women Prison "Women Guarantees"

ARAŞTIRMA İNCELEME

- 631-670 • **Dr. Tamer SOYSAL/ Türk Tarihi Çerçevesinde Malta Tarihi ve Yargı Düzenine Bir Bakış-1565 Malta Kuşatması, 1918 Malta Sürgünleri ve Malta Türk Şehitliği-**
- 671-690 • **Yaşar Fatih MENGÜÇ/1876 Anayasasında (Kanun-i Esasi'de) 1909 Tadilleri**
- 691-710 • **Kamuran KAYA/Tanzimat Devrinden Cumhuriyetin İlk Dönemine Hukukun Düşünsel Dayanakları**
- 712-716 • **Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

ADALET DERGİSİNDEN

Adalet Dergisi'nin yeni ve dopdolul bir sayısıyla daha huzurlarınızdayız. Dergimiz, sahip olduğu tarihe layık bir yayın yapma çabasını devam ettirmektedir. 147 Yıllık dergi tarihinin en önemli aşaması, kuşkusuz derginin akademik bir hüviyet kazanması olmuştur. Dergimiz, tüm adalet camiası, yargı teşkilatı ve akademik dünyanın birikimlerinin ortaya çıkması için bir zemin olmayı hedeflerken, hukuk ve yargı hayatına ilişkin farklı görüş ve derinlikli bakış için bir platform misyonu görmeye devam edecektir. Akademik dünyanın birikiminin, dergimiz aracılığı ile farklı ve önemli bir işlev yükleneceğı inancındayız.

Dergi çalışmalarımız heyecanla sürerken, diğere yandan ise dergimizin arşivinin toparlanıp kayıt altına alınması çalışmalarında sona gelmiş bulunuyoruz. 1873 Yılında Ceride-i Mehâkim olarak yayın hayatına başlayan dergimizin tüm arşivini toparladık. Osmanlı'nın son dönemini, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçişi, Cumhuriyet'in ilk dönemleri ve günümüze kadar ki tüm süreçleri bu arşiv üzerinden hukuk hayatı açıdan okumak mümkün olacaktır. Arşivimizin akademik dünya için önem taşıdığı kadar, yargı teşkilatının da özel ilgisini çekeceğı, çekmesi gerektiğı düşüncesindeyiz. Zira bu dergi, hukuk hayatımızın tüm evrelerini, dönemsel dalgalanmalarını gösterecek bir tarihe sahip bulunmaktadır. Dergimiz için kurduğumuz internet sitesi (www.adaletdergisi.adalet.gov.tr) ilgisini ve meraklıları beklemektedir.

Bu sayımızda ülkemizde ve tüm dünyada çok ciddi etkiler doğuran "Covid 19" salgını hakkında bir dosya hazırladık. Konuya hukukun farklı açılarından bakan yazılara yer verdik. Dosya konusu dışında kıymetli isimlerin yazıları da dergimizi zenginleştirdi. Hukukun farklı dallarının, tarihi, felsefe ve hatta edebiyat boyutunda ele alınan tartışma konularıyla zenginleşeceğı düşüncesindeyiz. Bu nedenle maddi hukuka ilişkin metinlerin yanında, hukuk bakışını güçlendirecek, hukuk mantığını geliştirecek metinleri de yayınlamayı sürdüreceğiz.

Adalet Dergisi'nin bir sonraki sayısında görüşmek üzere.

Saygılarımızla.

Takdim

DÜNYA YENİLENİRKEN HUKUK ANLAYIŞIMIZ DA YENİLENİYOR!

Abdulhamit GÜL
Adalet Bakanı

Değişmeyen tek şeyin değişim olduğu bir dünyada yaşıyoruz. Modern çağın belli karakteristik özellikleri var; bunlar hız ve teknik gelişimdir. Son iki yüzyıl adeta teknik gelişim karşısında toplumların sürekli bir yenilik üretme çabasına sahne olmuştur. Bu süreçte insan hakları, toplumların düzeni, toplumsal ilişkilerin ahengi ve devletlerin işleyişi değişmeyen gündemler arasında yer almıştır. Her geçen gün değişen toplumsal ilişkiler kendine özgü hukuk kurallarını da beraberinde getirmektedir. Tam da bu noktada devletlerin ortaya koydukları kurallarla, hem kendi hem de toplumlarının önünü açacak bir rol üstlenip üstlenmediği hususu tartışmanın merkezine yerleşmelidir.

Mutlak ve değişmez kurallar oluşturma çabası insanoğlunun en büyük açmazını oluşturmaktadır. Değişen zaman ve şartlar karşısında bunda doğal olarak başarı beklemek doğru da olmayacaktır. Bu nedenle tarihin eski çağlarından itibaren insanoğlunun gelişimi hukuk için belirleyici bir unsur olurken, hukukun toplumun gerisinde kalması da farklı karmaşalara neden olmuştur.

Toplumsal ilişkilerden devletlerin rollerine, bireylerin yeni hak kazanımlarından gelişen teknolojinin niteliğine kadar büyük değişimlerin içerisindeyiz. Sadece iki yüzyıllık modernleşme süreci değil, bu sürecin değişik aşamalarını düşündüğümüzde, günümüzün önemli bir evre olduğunu görmek mümkün olacaktır. Bu değişimi okumak bilim insanlarının olduğu kadar kanun yapımcıların ve devletlerin önemli bir önceliği ve görevidir.

Son aylarda tüm dünyanın yaşadığı Covid 19 salgını devletlerin rollerinin, birey-toplum ve birey-devlet ilişkilerinin yeniden ele alınmasını, yeni fikirlerin, kuralların, önceliklerin belirlenmesi gerektiğini göstermiştir. İnsanlar ve bütün devletler bu süreci iyi okumak zorundadır. Görünen o ki, bu yaşananlar insanı merkeze alan politikaların geliştirilmesi ve öncelenmesini, doğal hayatın korunmasına ilişkin kuralların tavizsiz uygulamasını zorunlu hale getiren bir mesaj yalın bir gerçek olarak karşımıza çıkarmaktadır.

İlk aylarında tıp sahasının yoğun söz aldığı salgın sürecinin iktisadi, sosyolojik, siyasi ve hukukî açıdan kapsamlı olarak değerlendirilmesi bir zaruret halini almıştır. Bütün dünya devletleri ve doğal olarak Türkiye yukarıda saydığım başlıklarda mecburi değişime neden olabilecek bu süreçleri doğru okuma ve yönetme gayretinde olmalıdır. Bizim gördüğümüz meselenin özünü oluşturan unsur insanın ve doğanın merkeze alınması gerçeğidir.

İnsanın etkileyen etkilenen olarak içinde bulunduğu doğal dengenin korunması, kaynakların sürdürülebilir kullanımının her anlamda bir güvenceye bağlanması, ulusal ve uluslararası düzeyde hukukî korumaya alınması büyük önem taşımaktadır. Bu bakımdan yeni dönemde insanın insanla ilişkisi, insanın doğayla ilişkisi, insan toplum ilişkisi, insan devlet ilişkisi konularında yerleşik paradigmalardan ve anlayışların yeniden değerlendirileceğini öngörebiliriz.

Covid 19 salgını en başta insanların sosyal hayatlarının yeniden şekillendiği bir formu dayatmaktadır. Diğer taraftan salgının ekonomik çerçevesi ve sonuçları zaman içerisinde daha net görülecektir. Bu iki konuda ülkemizde Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip Erdoğan'ın liderliğinde hükümetimiz tarafından atılan adımların kritik öneme haiz olduğunu özellikle vurgulamak gerekiyor. Bu olayda, sosyal devlet anlayışının birçok gelişmiş ülkede ne kadar geride olduğunu, ülkemizdeki sağlık ve benzer diğer hizmetlerin seviyesinin ileri seviyeye taşındığını da görmüş olduk. Medeniyet anlayışımızın temelinde yer alan insanın zübde-i alem olduğunu ve insanı yaşatmanın devleti yaşatmak olduğunu salgın sürecinde somut olarak bütün insanlığa bir kez daha gösterdik.

Adalet Dergisi'nin yeni sayısını okurlarımızın istifadesine sunmanın, diğer yandan da salgın sürecini hukukî açıdan ele alan özel bir dosya hazırlamanın mutluluğunu taşıyoruz. Covid 19 virüsü salgın sürecini hukukun farklı dalları açısından ele alarak, sıcaklığı süren bu konuda, derli toplu ve ilk sayılabilecek bir çalışma yapmış olmayı Bakanlığımızın toplum, hukuk ve devlet hayatına katkısı olarak değerlendiriyoruz.

Yaşadığımız bu yeni durumun doğal olarak hukuk hayatımıza somut etkileri olacaktır. Yargı ve hukuk camiasının bu yeni durum karşısında diyecekleri kadar, yenilenme talepleri de önem taşımaktadır. Türkiye olarak hukukumuzun yeni dönemde etkin bir şekilde işletilmesi, milletimizin huzuru, sağlığı ve sahip olduğu imkanların daha da geliştirilmesi açısından hassasiyet noktamızı oluşturmaktadır. Karşımızdaki sorun tüm insanlığın sorunudur, bunun da bilinciyle biz milletimizin karşılaştığı veya karşılaşacağı sorunlara odaklanarak çözüme katkı sunma amacını taşıyoruz.

Adalet Bakanlığı olarak salgın sürecinde gereken tüm tedbirleri aldık ve süreci en az zarar seviyesinde tutmayı başardık. Uygulamaya aldığımız alternatif çözümlerimiz, tam bir kapanma yaşadığımız günlerde adaletin kendisini kapatmasına müsaade etmemiştir. Adaletin

gecikmesinde telafi edilmesi imkansız veya telafisi zor zararların doğmasına engel olma çabasını projelerimizle, önceliği insan sağlığına tanıyarak ortaya koyduk.

Dergimizin yeni sayısında Covid 19 salgını özel dosyasına başta olmak üzere, diğer konularda katkı sunan tüm yazarlarımıza şükranlarımı sunuyorum. Dergimizin güçlenerek devam etmesi için hem yargı camiasının hem de akademik camianın katkılarının önem taşıdığını ifade etmek isterim. Saygılarımı sunuyorum.

**ÖZEL DOSYA:
“HUKUKÎ AÇIDAN
COVID-19”**

PANDEMİ DÖNEMİ İNSAN HAKLARI SİYASETİ: HAK VE ÖZGÜRLÜKLER DÜZENİNİN KIRILGANLAŞAN DOĞASI

Human Rights Politics in the Pandemic Period: The Fragile Nature of the Rights and Freedoms

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ*

Özet: Tarih boyunca birçok kez kamu sağlığını tehdit eden salgınların yıkıcı veya ölümcül etkisine maruz kalmış olan insanlık, bu felaketlerden birini bu kez Covid-19 salgını sebebiyle tecrübe etmektedir. Covid-19 virüsünün ilk günden bu yana sebep olduğu insani krizin ne zaman sonlanacağı konusu ile bu krizin toplumsal, siyasal ve ekonomik anlamda dünya ulusları açısından nasıl bir maliyet yaratacağı hususu belirsizliğini sürdürmektedir. Bu kriz sadece kamusal sağlığımızı tehdit etmemekte, toplumsal psikolojiden ekonomiye, eğitimden sağlık hizmetlerine, yargı adaletinden hukuk sistemine, kamu düzeninden insan haklarına, sosyal adaletten özgürlük haklarına kadar yaşamımızın her alanını enfekte etme riski taşımaktadır.

Bu çalışma, hukuk ve insan hakları siyaseti açısından bir dönüşümün tarihi olarak görebileceğimiz pandeminin, insan sağlığına yönelik ağır tehdit altında travmatize olmuş bir toplumsallığı yöneten siyasal aklı ve yönetsel pratikleri dönüştürmesini merkeze almaktadır. Alınan olağanüstü tedbirler neticesinde 'özgürlük-güvenlik dengesi; ölçülülük prensibi; hukukilik ilkesi'; ve 'yerindelik esası' gibi klasik insan hakları doktrininin temel paradigmatik ölçütlerinin yeni bir değerlendirilmesi yapılacaktır. Söz konusu ilke ve esaslar üzerinden ülke uygulamaları da dikkate alınarak insan hakları siyasetindeki dönüşüme dikkat çekilecektir. Ayrıca pandemi sürecini yöneten üst-örgütsel akıl ile ulusal uygulamalar arasındaki gerilimli ilişki üzerinden insan hakları siyasetindeki dönüşümün izinin, post-pandemik dönemin olası dinamikleri açısından değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Covid-19 virüsü, salgın, küresel pandemi, olağanüstü hâl, insan hakları, insan hakları siyaseti.

Abstract: Throughout history; humanity, which has been subjected to the devastating or fatal effects of outbreaks that threaten public health many times, has been experiencing one of these disasters this time because of the Covid-19 outbreak. The time when the humanitarian crisis caused by the Covid-19 will end and its social, political and economic costs for the nations of the world remains uncertain. This crisis does not only threaten our public health, it carries the risk of infecting every area of our lives, from social psychology to the economy, from education to healthcare, from judicial justice to the legal system, from public order to human rights, from social justice to freedom.

This study focuses on the transformation of the political mind and administrative practices that govern a traumatized society under the threat of human health, by the pandemic which we can see as the history of a transformation in terms of law and human rights politics. As a result of extraordinary measures, a new assessment of basic paradigmatic criteria of the classical human rights doctrine, such as the freedom-security balance, the principle of proportionality, the principle of lawfulness and the principle of the expediency, will be made. The transformation in human rights policy will be highlighted by taking into consideration the states practices over these principles. In addition, it is aimed to evaluate the trace of the transformation in human rights politics in terms of the possible dynamics of the post-pandemic period, through the tense relationship between the top-organizational mind and the national practices that govern the pandemic process.

Keywords: Covid-19 virus, outbreak, global pandemic, state of emergency, human rights, policy of human rights.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
muharremkilic@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7937-3998
Makale Geliş Tarihi:28/05/2020, Makale Kabul Tarihi:17/06/2020

Giriş

İlk olarak Aralık 2019 tarihinde Çin'in Hubei eyaletinin Wuhan kentinde tespit edilip Covid-19 olarak kaydedilen virüs, tüm küreyi oldukça kısa sayılabilecek bir süre zarfında hem bedensel, ruhsal hem de sosyal anlamda enfekte etmiştir. Öyle ki yaklaşık bir ay içerisinde yeni tip koronavirüs, ortaya çıktığı ülke, bölge ve coğrafya ile sınırlı bir epidemik salgın olmanın ötesine geçerek bütün dünyayı viral etkisi ile esir alan bir pandemiye dönüşmüştür. Dünya tarihinde insanlık, uzunca yıllar kamu sağlığını tehdit eden buna benzer çok sayıda salgın ya da pandemilerin yıkıcı ve/ya ölümcül etkisine maruz kalmıştır. Örneğin 18. yüzyılda yaklaşık bir milyon insanın ölümüne yol açan İspanyol gribi, insanlık tarihinde ağır bir salgın trajedisine yol açmıştır. Bütün dünyayı etkisi altına alan ölümcül pandemi bilançoları, kuşkusuz insanlık tarihi açısından esaslı dönüştürücü kırılmaları beraberinde getirmiştir. Çağ kuşaklarını hem bedensel hem de sosyal anlamda enfekte eden pandemiler, sonraki dönemler açısından ciddi zihinsel dönüşümlere, onto-epistemik kopuşlara, paradigmatik kırılmalara ve sosyo-kültürel değişimlere yol açmıştır.

Covid-19 virüsünün ilk günden bu yana sebep olduğu insani krizin ne zaman sonümleneceği veya sonlanacağı konusu belirsizliğini sürdürüyor. Bu krizin toplumsal, siyasal ve ekonomik anlamda dünya ulusları açısından nasıl bir maliyet yaratacağına dair ürkütücü öngörüler çekingenlikle dillendiriliyor. Öngörülemezlikler ve belirsizliklerle gelen bu pandemik korku anaforunun, insanlığı topyekun bir bilinmezlikler denizine doğru savurmakta olduğu görülüyor. Bütün bilinmezlikleri ve belirsizlikleriyle dünya kamuoyunu paralize eden bu küresel enfeksiyonun, karanlık bir ufukta belirmeye başlayan yeni bir dünyanın doğum sancıları olarak yorumlanabileceği de düşünüyor.

Bir yanda sosyo-ekonomik yapıdan finansal düzene; yerleşik siyasal düzenlerin yönetsel rutinlerinden politik önceliklerine; içkin devlet gündemlerinden ekonomi politikalarına; diğer yanda rutinleşen toplumsallıklardan sosyal pratiklere; bireysel yaşam pratiklerinden popüler beğenilere varıncaya kadar insanlığın ortak kaygısı, pandemi öncesi duruma yani bir toplumsal beklenti olarak tanımlanan '*normal*' olana dönüş umudu olarak dillendiriliyor.

'*Normal*' olan yaşamın akış dinamiğini inkıtaya uğratan pandemi, içten içe geçmişle bir hesaplaşma ve yapıp-edilenler üzerine bir muhasebe imkanı var etmiştir. Covid-19 pandemisi, insanlığın küresel oburluğu, bitimsiz tamahkarlığı ve yıkıcı doyumsuzluğu üzerine muhasebe edebilmenin imkanını sunmuştur. İnsanın ontik doğasına ters düşen zorunlu sosyal izolasyon uygulamaları ile ağırlaşan zamanlar, insanların dayanışma yoksunluğunu hatırlamalarına fırsat sağlamıştır. Sosyal yalıtkanlığın doğurduğu icbâri münzevilik, insanlığa sükunetle gelen bir aydınlanma imkanı bahşetmiştir. Dikkate alınıp değerlendirildiği takdirde bu imkan, ekonomi yönetiminden yatırım stratejilerine; sanayileşme hamlelerinden hukuk politikasına; eğitim-öğretim anlayışından kentleşme politikalarına; kültür-sanat

politikasından kamu düzeni fikrine varıncaya kadar birçok alanda etraflı bir düşünsel süreci işletebilmenin zeminini oluşturmuştur. Bu noktada tüm dünya ulusları krizi fırsata çevirme imkanı veya bir “kriz ekonomisi” yaratabilme potansiyeline sahiptir. Prospektif bir düşünümSELLİKLE değerlendirildiğinde, bütün yıkıcılığı ile hükmünü sürdüren pandeminin, sonrasında kurucu bir aklın tesisine ilişkin bir imkan ufku barındırdığı görülmektedir. Ancak pandemi öncesi zihinsel evrenimizi imleyen ‘normale’ dönüş miti, kendinde imkan körlüğünü şimdiden deklare etmektedir.

Çok da gerçekçi olmayan bir iyimserlikle pandemi sonrasına ilişkin tahayyül etmiş olduğumuz “imkan metafiziği”, salgın krizinin ortasında küresel hegemonların kurdukları çatışmacı söylemleri ve düşmanlaştırıcı dilleri sayesinde naifliğini ortaya koymaktadır. O yüzden gerçekçilik adına burada, küresel ölçekte sosyal bünyemizi travmatik bir tahripkarlıkla enfekte eden bu viral salgının ağır bilançosunun çıkarılması, kamusal entelektüalite açısından yaşamsal bir sorumluluk olarak karşımızda durmaktadır. Bu bilanço, “toplumsal psikolojiden ekonomiye, eğitimden sağlık hizmetlerine, yargı adaletinden hukuk sistemine, kamu düzeninden insan haklarına, sosyal adaletten özgürlük haklarına” kadar geniş yelpazeli bir kırılğanlıklar ve istisnalar alanı yaratarak ağırlaştırmıştır. Kamu düzeni ve sağlığı adına atılması gereken idari adımlar ve alınması gereken olağanüstü tedbirler, pandeminin icbar edici tehdidi karşısında toplumsal bir meşruiyet zemini bulabilmektedir. Sosyal yalıtkanlık ile hak ve özgürlükler temelinde kısıtlanmışlık durumunun post-pandemik dönemde ne türden bir sosyal travma yaratacağı sorusu ise gündemdeki yerini korumaktadır.

Bu çalışma, pandeminin insan sağlığına yönelik ağır tehdidi altında travmatize olmuş bir toplumsallığı yöneten siyasal aklın ve yönetsel pratiklerin dönüşümünü merkeze alacaktır. Alınan olağanüstü tedbirler ve kısıtlar bizatihi kamu sağlığı ve düzeni fikri üzerinden kendinde bir meşruiyet ilkesine dayanmaktadır. Çoğunluk yurttaşların bu süreçte alınan olağan dışı tedbirler karşısında uyarılı bir sosyal tutum geliştirmeleri ve benimsemeleri bu meşruiyeti güçlendirici bir etken olarak görülmektedir. Bütün meşrulaştırıcı etkenleri paranteze alarak ifade edecek olursak, pandemi dönemi, hukuk ve insan hakları siyaseti açısından bir dönüşümün tarihi olarak kaydedilebilecektir. Alınan tedbirlerin “özgürlük-güvenlik dengesi; ölçülülük prensibi; hukukilik ilkesi”; ve “yerindelik esası” gibi klasik insan hakları doktrininin temel paradigmatik ölçütleri açısından değerlendirilmesi icap etmektedir. Burada söz konusu ilke ve esaslar üzerinden ülke uygulamalarını da dikkate alarak insan hakları siyasetindeki dönüşüme dikkat çekmeye çalışacağız. Ancak bunun öncesinde bu istisna hâlini öngören insan hakları müktesebatına sözleşmesel metinler, normlar ve yargısal içtihatlar üzerinden değinilecektir. Bunun ardından, uluslararası kurum ve örgütlerin bu süreçteki uyarıcı deklarasyonlarına ve tavsiyelerine yer verilecektir. Sonrasında bu deklaratif metinler ya da tavsiyelerin

etkililiği ülke uygulamaları üzerinden serimlenecektir. Son olarak pandemi sürecini yöneten üst-örgütsel akıl ile ulusal uygulamalar arasındaki gerilimli ilişki üzerinden insan hakları siyasetindeki dönüşümün izi post-pandemik dönemin olası dinamikleri açısından değerlendirilecektir.

1- İnsan Hakları Rejiminin Normatif-Sözleşmesel Çerçevesi ve İstisna Hâli

Doğal haklar felsefesi temelinde kuramsal çerçevesi insanlığın soyutlayıcı kolektif aklının bir ürünü olarak doğan insan hakları rejimi, kurucu ulusların başını çekmiş olduğu sözleşmesel bir üst çerçeveye sahiptir. Birden fazla sözleşme ve bunlara ek protokoller, insan hakları yargılamasının içtihatları ve ulusal-anayasal normlar bir bütün olarak modern insan hakları kanonunu oluşturmaktadır. İnsan hakları rejimini tesis eden hem kuramsal aklın oluşumu hem de kurumsal mekanizmaların ortaya çıkışı tarihsel bir süreçte varlık bulmuştur. Süreçsel olarak ortaya çıkan bu özgün müktesebatın tarihsel arka planı dikkate alındığında insan hakları, kimi sınıfsal mücadeleler ve kimi ağır trajedilere eşlik eden normatif kazanımlar alanı olarak değerlendirilebilir.

Uluslararası insan hakları kanonunun temel sözleşmesel metinleri tarandığında yaşam hakkından başlamak üzere sıralanan normatif kazanımların odak noktasını “insan onuru” oluşturmaktadır. Literatürde Jellinek’in klasikleşmiş sınıflaması dikkate alındığında “negatif statü hakları”¹ olarak sıralanan haklar kümesinde devletin, birey üzerindeki üstün iktidarını sınırlandırma biçimi özgülenen alana müdahallikten kaçınma yükümlülüğüne işaret etmektedir. “Pozitif statü haklarını” deyimleyen haklar kümesi ise devleti, bireyin hak temelli beklentilerini karşılama veya kendisini gerçekleştirebilme imkanı ile yükümlendirmektedir. Bu doğrultuda devlet açısından kamusal bir sorumluluk doğuran “pozitif yükümlülükler” ortaya çıkmaktadır.

Sözü edilen “pozitif yükümlülükler”, genel olarak “ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla” ilişkilendirilmektedir. Bu türden yükümlülükler doğuran haklar çoğunlukla, -örneğin sağlık hakkının gereklerinin icrası adına sağlık hizmetleri sunulması gibi- mali sonuçları olan birtakım kamusal sorumluluklar doğurmaktadır. Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “negatif ve pozitif yükümlülükler tipolojisine” bağlı kalmaktadır. Ancak insan hakları yargısında “*insan haklarına saygı; insan haklarını koruma; ve insan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülükleri*” olarak belirlenmiş olan üçlü bir tipolojinin yerleşik hale geldiğini kaydedebiliriz.² İnsan hakları, doktriner sistematigi, yargısal pratiği ve kurumsal yapılanması boyutlarıyla bir

¹ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 6.

² Bkz., Harris, D. J.; O’Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev.: Ed. H. Dinçer, Avrupa Konseyi, 2013, s. 19.

bütün olarak hakları sorumluluklar dizgesi ile birlikte normlaştıran bir hak ve özgürlükler rejimi olarak yapılandırılmıştır. Bu rejim normatif çerçevesini, olağan dışı koşulları da dikkate alan bir düşünsel temel üzerine inşa etmiştir. Öyle ki, temel hak ve özgürlükler temelinde herhangi bir ulusu tehdit eden olağanüstü dönemlerin istisnai niteliği *sui generis* bir insan hakları rejiminin varlığını doğurmuştur.

Kamu hukuku doktrininde oldukça zengin bir içerikle düzenleme konusu yapılan olağanüstü hâl,³ istisnai bir duruma tekabül etmektedir. Bir istisnai durum (*state of exception*) olarak tezahür eden olağanüstü hâl, doktrinde “*hemen harekete geçmeyi gerektiren ve genellikle tehlikeyi içeren beklenmedik, ani, öngörülemeyen bir kriz hali*” olarak tanımlanmıştır. Bilişsellik, geçicilik ve varoluşsallık bileşenlerini içeren olağanüstü hâl, öngörülemezlik karşısında ivedi bir eylemselliği gerekli kılan bir istisna durumuna tekabül etmektedir. Söz konusu bileşenlerden ilki, “*beklenmeyen, öngörülmeyen ve ani olma yönünü ifade ederken*”; ikincisi, “*hemen ancak sınırlı bir süre için bir davranışta bulunmayı gerektiren duruma*” işaret etmektedir. Üçüncü bileşen ise “*hukuki ve siyasi düzenin varlığına, bütünlüğüne ya da sürekliliğine karşı önemli bir tehdit oluşturma durumunu*” ifade etmektedir. Olağan dönem idari uygulamalar, tasarruflar ve hukuksal düzenlemelerle yönetilmesi imkansız olan “afet, ayaklanma ve savaş” gibi olağan dışılıklarla mücadelede başvurulan istisnai yönetim biçimini deyimlemektedir.⁴

İstisnai yönetsel durumun normatif çerçevesinin belirlenmesi noktasında dünyada ulusal anayasalarda üç farklı sistemsel yaklaşım⁵ ile karşılaşılmaktadır. Bunlardan ilkini, olağanüstü hâl durumuna ilişkin hiçbir hükme yer vermeyen anayasalar oluşturmaktadır.⁶ İkinci sistemsel yaklaşımda, olağanüstü hâl hükümlerine anayasalarında genel hatlarıyla yer veren devletler yer almaktadır. Üçüncüsünü ise, bunalım durumlarında olağanüstü yönetim usullerini ayrıntılı olarak düzenleyen ulusal anayasalar oluşturmaktadır.⁷

Ulusların selametini ve iyiliğini tehdit eden veya tehlikeye sokan bir durumun tespit edilmesi ile etkinleşen olağanüstü durumların

³ Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkilâp Kitapevi, 4. Baskı, İstanbul, 2002, s. 248.

⁴ Bkz., Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 5-6. Ayrıca olağanüstü hâl rejimlerinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda uyulması gereken koşullara ilişkin olarak bkz., Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 244-248.

⁵ Türkiye’nin anayasal sistemi açısından olağanüstü yönetim biçiminin düzenlenişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 10. Baskı, s. 355 vd.

⁶ Bu tür anayasal sistemin en bariz örneğini Amerikan Anayasası oluşturmaktadır. İlgili Anayasa devlet bunalımlarına ilişkin hiçbir düzenleyici norma yer vermez. Buna rağmen Supreme Court, bir bunalım durumunda diğer organların yetkilerinin kısıtlanarak kime yetki tanınacağına ilişkin çeşitli kararlar vermiştir. Bkz., Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı...*, s. 249.

⁷ Doehring, *Genel Devlet Kuramı ...*, s. 248.

nedenleri doktrinde çoğunlukla “siyasi, ekonomik veya toplumsal bir bunalım” olarak sıralanmaktadır.⁸ Bir “bunalım ya da buhran” hali olarak nitelenen bu durumun yol açacağı olağanüstü hâl hukuku, varoluşsal bir mücadeleyi gerekli kılan bir kamusal durum olarak kaydedilmektedir.⁹ Varlık ve güvenlik temelinde devleti tehdit eden bu türden olağanüstü durumlarda, özgürlükler düzeninin olağan dönemdeki şekliyle korunması imkansız hale gelmektedir. Hatta öyle ki çağ krizleri, “özgürlüklerin korunması ile otoriter yönetsellik” arasında paradoksal bir ilişkisellik durumu yaratabilmektedir.¹⁰

Yukarıda sözünü etmiş olduğumuz “bunalımlı kamusal duruma” yol açan genel nedenlerin dışında “depresyon, sel, volkanik olaylar, kuraklık, toprak kayması, yangın ve salgın hastalıklar” gibi ağır yıkıma yol açan doğa kaynaklı felaketler de olağanüstü hâli gerekli kılan gerekçeler olarak kaydedilmektedir.¹¹ Bu türden olağan dışı ve öngörülemez “insani veya tabii” katastrofik durumları yönetebilmek adına olağanüstü yönetsel mekanizmalar öngörülmüştür.

Olağanüstü yönetsel mekanizmaların devreye sokulmasını gerekli kılan bunalım dönemlerinde hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya askıya alınması, sözleşmeler öncesi dönem açısından devletler için sorun teşkil etmemekle birlikte, bölgesel veya uluslararası nitelikli insan hakları sözleşmeleri sonrasında durum değişmiştir.¹² Nitekim uluslararası insan hakları rejimi, sözünü etmiş olduğumuz olağan dışı dönemlerin hukukunu belirleyen ilgili ulusları bağlayıcı birtakım sözleşmesel normlara ve ilkelere yer vermiştir. Bunların başında Birleşmiş Milletlerin (BM) 1976 tarihli *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi* gelmektedir. İlgili Sözleşmenin 4/1. maddesi uyarınca, herhangi bir “*Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşmeye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.*”¹³

Sözleşmenin ilgili hükmünün yorumunda devletlerin söz konusu yükümlülükleri askıya alma veya bu yükümlülüklerle aykırılık teşkil eden tedbirler almaya yönelik uygulamaların istisnailiği ve geçiciliği öngörülmektedir. İlgili maddeye dayalı biçimde bir istisna hâli öngörecektir. İlgili devletin öncelikle iki temel koşulu yerine getirmesi beklenmektedir. Buna göre, “olağanüstü durumun” ilgili ulusun kamusal yaşamını tehdit edici nitelikte olması ve olağanüstü durumun varlığının

⁸ Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, s. 38.

⁹ Doehring, *Genel Devlet Kuramı...*, s. 246.

¹⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 242.

¹¹ Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, s. 39.

¹² Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2011,

4. Basım, s. 111-112.

¹³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>

resmen ilan edilmiş olması icap etmektedir. İkinci koşul, “kanunilik ve hukukun üstünlüğü” ilkelerinin korunması amacına matuf bir esas koymaktadır. Taraf devletlerden sözleşmeden doğan yükümlülüklerde *derogasyona* neden olacak olağanüstü durum ilanlarında, bu durumda kullanılan yetkileri düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmeleri beklenmektedir. Sözleşmenin 4. maddesinin birinci paragrafında belirtildiği üzere, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirlerin alınmasının söz konusu olabilmesi, ancak alınacak tedbirlerin olağanüstü durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Bu gereklilik, olağanüstü durumun süresi, içeriği, coğrafi alanı ve olağanüstü durum nedeniyle başvurulmuş *derogasyon* tedbirleriyle ilişkilidir. Dördüncü maddenin birinci paragrafına göre, bu Sözleşmeden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle ve özellikle uluslararası insancıl hukuka aykırı olmamak durumundadır. Taraf devletin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alması veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alması durumu, ilgili devletin taraf olduğu diğer bir uluslararası sözleşmenin veya genel bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuruyorsa, dördüncü madde Sözleşmenin bazı hükümlerinin *derogasyonunu* meşrulaştıramayacaktır.¹⁴

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde Sınırlama ve Derogasyon Hükümlerine ilişkin olarak düzenlenmiş olan 1984 tarihli “*Siracusa İlkeleri*,” “*Olağanüstü Hâl Durumlarında Derogasyonların*” aciliyet kesbeden bazı durumların varlığı halinde kabul edilebilirliğini esasa bağlamıştır. Buna göre ilk durum; “*Ulusun Yaşamını Tehdit Eden Kamu Acil Durumları*” olarak belirlenmiştir. Bu noktada, herhangi bir ulusun yaşamına yönelik olarak ortaya çıkan tehdidin, “nüfusun ve devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını etkiler” nitelikte veya “nüfusun fiziksel bütünlüğünü, politik bağımsızlığını veya devletin toprak bütünlüğünü veya Sözleşmede tanınan hakların sağlanması ve korunması için vazgeçilmez kurumların varlığı veya temel işleyişini” tehdit eder düzeyde olması gerekir. *Siracusa İlkelerine* göre, Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden vazgeçen devletin, ulusun yaşamını tehdit eden bir kamu acil durumunun varlığını resmen ilan etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yine dördüncü madde gereğince “bir *derogasyonun* sona ermesiyle birlikte Sözleşme ile korunan tüm hak ve özgürlükler tümüyle geri kazanılır.”¹⁵

İlgili ilkelerin öngörmüş olduğu bir diğer prensip ise, kesin biçimde gerekli olan durumlara işaret etmektedir. Buna göre, “*herhangi bir derogasyon tedbirinin ciddiyeti, süresi ve coğrafi kapsamı, yalnızca ulusun yaşamına yönelik tehdidi ele almak için kesinlikle gerekli olacak ve doğası ve*

¹⁴ United Nations, “International Covenant on Civil and Political Rights”, General Comment on Article 4’.

¹⁵ UN Commission on Human Rights, “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, 28 September 1984.

kapsamı ile orantılı olmalıdır.” Bu durumda “katı gereklilik ilkesinin nesnel bir şekilde uygulanması öngörülmektedir. Her önlem fiili, açık, mevcut veya yakın bir tehlikeye yönelik olmalı ve yalnızca potansiyel tehlikenin kavranması nedeniyle uygulanmamalıdır.”¹⁶

Bu bağlamda bir başka temel sözleşmesel çerçeveyi ortaya koyan metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. İlgili Sözleşmenin “olağanüstü hâllerde yükümlülükleri askıya alma” başlıklı 15/1. maddesine göre; “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.” Ancak ilgili maddenin ikinci fıkrası istisna hâlini meşrulaştıran birinci hükmün, 2. maddede düzenlenen “yaşam hakkı”; “işkence yasağı” (3. madde); “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” (madde 4/1); ile “kanunsuz ceza olmaz” ilkesine (7. madde) aykırı tedbirlere cevaz vermeyeceği düzenlenmiştir.¹⁷ Sözleşmenin “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkın” düzenleyen 5/1-e maddesi kamu sağlığını güvence altına almak adına “bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için bunu taşıyanların, akıl hastalarının, alkol ve uyuşturucu bağımlısı olanların veya serserilerin hukuka uygun olarak tutulmasına” imkan sağlamaktadır.¹⁸ Sözleşmesel çerçeve ve doktriner açıklamaya yer verdikten sonra, içinde bulunduğumuz küreselleşmiş krizin uluslarüstü ölçekte yönetici aktörleri/örgütlerinin sürece ilişkin tavsiye ve telkinlere yer verelim.

Bu örgütlerden birisi olan İşkencenin Önlenmesi Alt-Komitesi (Subcommittee on the Prevention of Torture, SPT), koronavirüs salgınında özellikle ceza ve infaz kurumlarında mahkumların ve tutukluların haklarına ilişkin tüm üye devletlere çağrıda bulunmuştur. Komite üye devletlere, “Tokyo Kurallarında”¹⁹ belirtildiği şekliyle hapis dışı önlemleri tam olarak dikkate alarak, yapılması kendileri için güvenli olan tutuklular için erken, şartlı veya geçici salıverilme uygulanarak cezaevlerinde ve mümkün olan diğer alıkonulma yerlerindeki

¹⁶ UN Commission on Human Rights, “The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, 28 September 1984.

¹⁷ European Convention on Human Rights, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

¹⁸ Bkz., Harris, D. J.; O’Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 123.

¹⁹ United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules) (1990), <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-standard-minimum-rules-for-non-custodial-measures-the-tokyo-rules/> Asgari Standart Kuralları, hapis dışı önlemlerin kullanılmasını geliştirmek için temel prensipleri ve hapis cezalarına alternatif bir cezaya tabi olan kimseler için minimum koruma kurallarını düzenlemektedir. Bu kurallar, ceza adaletinin yerine getirilmesinde ve özellikle suçlulara muamele konusunda toplumun daha fazla katılımının sağlanması ve ayrıca suçlular arasında topluma karşı sorumluluk duygusunun geliştirilmesi amacıyla hazırlanmıştır.

popülasyonu azaltmaları tavsiye edilmiştir. Popülasyonlarını mümkün olduğunca en aza indirmek amacıyla göçmenlerin tutulduğu alıkonulma merkezlerinin ve kapalı mülteci kamplarının kullanımlarının bu süreçte gözden geçirilmesi salık verilmiştir. Enfeksiyona karşı özellikle savunmasız olanlar için uygun önlemlerin devreye sokulması adına tutukluluktan tahliye incelemeye tabi olmalıdır. Ziyaret rejimlerinin sağlıkla ilgili gerekçelerle sınırlı olması durumunda, tutukluların telefon, internet/e-posta, video iletişimi ve diğer uygun elektronik araçlar vs. aracılığıyla aileleriyle ve dış dünya ile iletişimlerini sürdürmeleri için yeterli, telafi edici önlemler sağlanmalıdır. Yine “tıbbi izolasyon kullanımının disiplin hücre hapsi şekline dönüşmesinin engellenmesi için tıbbi izolasyon, bağımsız bir tıbbi değerlendirmeye dayanmalı, orantılı olmalı, zaman bakımından sınırlı olmalı ve usûli güvencelere tabi olmalıdır. Tüm tutukluların ve personelin alınan tüm önlemlere, bunların sürelerine ve gerekçelerine ilişkin güvenilir, doğru ve güncel bilgi almasının sağlanması tavsiye edilmiştir”.²⁰

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) küresel misyonu çerçevesinde²¹ Covid-19 bağlamında halk sağlığının ve sosyal önlemlerin ayarlanmasında dikkat edilmesi gereken birtakım tavsiyelerde bulunmuştur. Buna göre DSÖ, tüm şüpheli vakaların tanımlanmasını, test edilmesini, izole edilmesini ve bakımının yapılmasını ve irtibatlarının tanımlanmasını, izlenmesini ve karantinaya alınmasını önermiştir. Örgüt, halk sağlığı ve sosyal önlemlerin alınması yönündeki kararların bilimsel kanıtlar ile gerçek dünya deneyimine dayanmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Ayrıca bu bağlamda ekonomi ve güvenliğe ilişkin etkenler, insan hakları, gıda güvenliği ve kamuoyu duyarlılığı ve uyumu gibi diğer kritik etmenlerin de dikkate alınmasını öngörmüştür. Örgüt tedbirlerin alınmasında tedricilik ilkesine dikkat çekmiştir. Önleyici tedbirlerin alınmasına ilişkin kararlarda savunmasız nüfusların (*vulnerable populations*) korunmasının merkezi önemine dikkat çekilmiştir. İş yerlerinde ise fiziksel mesafelendirme, el yıkama, solunum görgü kuralları ve potansiyel olarak termal izleme açısından standart Covid-19 önleme tedbirlerini teşvik etmek ve mümkün kılmak için uygun direktifler ve kapasiteler de dahil olmak üzere önleyici tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Uzaktan çalışma, kademeli

²⁰ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi (SPT), “İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi’nin Taraf Devletlere ve Ulusal Önleme Mekanizmalarına Koronavirüs Salgınına İlişkin Tavsiyesi”, Mart 2020.

²¹ ‘Herkes için her yerde daha iyi sağlık hizmeti için çalışma’ (working for better health for everyone, everywhere) mottosuyla hareket eden Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ‘dünyanın her yerinde ırk, din, politik görüş, ekonomik veya sosyal durumdan bağımsız olarak tüm insanlara yüksek standartlı sağlık hizmetlerini erişilebilir kılmayı’ kendisine misyon edinmiştir. Bkz., https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7.

vardiyalar ve kalabalıklaşmayı azaltmaya yönelik diğer uygulamalarının da teşvik edilmesi tavsiye edilmiştir.²²

Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü kamp ve kamp benzeri yerleşimlerdeki sığınmacı ve göçmenlerin koronavirüsün önlenmesi ve kontrolü için yapılması gerekenlere dair rehber ilkeler belirlemiştir. Bu noktada Örgüt ilk olarak, *ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardından yararlanma hakkı* kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. Bütün devletlerin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, ulusal sınırlarında barınan mülteciler ve göçmenler dahil herkes için sağlık hakkını koruma ve teşvik etme yükümlülüğünü ifade etmiştir. Örgüt, sözü edilen kırılgan gruplar açısından “Covid-19 hazırlık, önleme ve kontrol hakkının, ayırım gözetmeyen, çocuk ve cinsiyete duyarlı kapsamlı yasalar ve ulusal politika ve uygulamalar yoluyla kullanılmasını” tavsiye etmiştir. Ayrıca ulusal sağlık sistemlerinin, tüm toplulukların erişebildiği kültürel, dilsel ve “çocuk, cinsiyet ve yaşa” duyarlı Covid-19 hizmetleri sunmayı amaçlaması gerektiğini kaydetmiştir. Mülteci ve göçmen işçilerin, “uluslararası çalışma standartlarının ve temel hakların korunması” noktasında da pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi öngörülmüştür.²³

Öte yandan Avrupa Konseyi ise pandemi sürecinde “demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı” ilkesine riayet noktasında uyarıcı bir çerçeve ortaya koymuştur. Bu bağlamda dört temel noktaya işaret eden Konsey, ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde düzenlenmiş olan olağanüstü durumlarda “derogasyon” hakkına dikkat çekmiştir. Pandemi tehdit karşısında alınan ulusal önlemlerin kapsamı ve uygulanma şekilleri, devletten devlete değişkenlik arz edebilir. Üye devletler tarafından alınan bazı kısıtlayıcı tedbirler, sağlığın korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin olağan hükümleri temelinde gerekçelendirilebilse de istisnai nitelikteki önlemler, devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinden sapma durumu yaratabilir. Tam da bu noktada Konsey, yönetsel keyfiliği bertaraf edebilmek adına öngörülen istisna hâlinin, iç hukukta açık bir temele sahip olmasını ve kamusal aciliyet durumu ile mücadelede başvurulması kesinlik arz eder nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Devletler, alınan tüm önlemlerin demokratik düzeni tehditlere karşı korumaya çalışması gerektiğini ve çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük gibi demokratik bir toplumun değerlerini

²² WHO, “Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance”, April 2020, <https://www.who.int/publications-detail/considerations-in-adjusting-public-health-and-social-measures-in-the-context-of-covid-19-interim-guidance>

²³ WHO, “Preparedness, prevention and control of coronavirus disease (COVID-19) for refugees and migrants in non-camp settings”, April 2020, [https://www.who.int/publications-detail/preparedness-prevention-and-control-of-coronavirus-disease-\(covid-19\)-for-refugees-and-migrants-in-non-camp-settings](https://www.who.int/publications-detail/preparedness-prevention-and-control-of-coronavirus-disease-(covid-19)-for-refugees-and-migrants-in-non-camp-settings)

korumak için her türlü çabayı göstermeleri gerektiğine dikkat çekmiştir.²⁴

Konseyin bu bağlamda öngörmüş olduğu ikinci temel nokta ise, ilgili devletlerin olağanüstü durumlarda “hukukun üstünlüğüne ve demokratik ilkelere saygı” göstermesinin gerekliliği olmuştur. Bu doğrultuda Konsey dört ilkesel çerçeve belirlemiştir. Bunların ilki, “yasallık ilkesi” olup, olağanüstü durumda da idarenin eylemlerinin yasaya uygunluğunu ifade eden “hukukun üstünlüğü” ilkesini öne sürmüştür. İkincisi, *olağanüstü hâl rejimi ve acil durum tedbirlerinin belirli bir süre sınırlaması öngörmesine ilişkindir*. Acil durum rejiminin temel amacı, vaki olan krizin gelişimini kontrol altına almak ve mümkün olan en kısa sürede normale dönmektir. Sözü edilen olağanüstü hâl rejiminin uzatılmasının ise ilgili ulusal meclis tarafından gereklilik kontrolüne tabi tutulması gerekliliği söz konusudur. Üçüncü ilke ise “gereklilik ilkesi” olarak açıklanmıştır. Buna göre acil durum önlemlerinin, demokratik karar alma sürecinin normal kural ve prosedürlerinde en az değişiklik yapılarak amaçlarına ulaşabilmesini öngörmektedir. Bu bağlamda dördüncü ilke, *olağanüstü hâl rejimi sırasında yürütme eylemine ilişkin yetkilerin ve kontrollerin dağılımına ilişkindir*. Buna göre yürütme organı hızlı ve verimli bir şekilde hareket edebilmelidir. Bu, daha basit karar alma prosedürlerinin benimsenmesini ve bazı kontrol ve dengelerin hafifletilmesini gerektirebilir. Bununla birlikte, parlamentolar, yürütmenin acil durum yetkilerinin haklı olup olmadığını doğrulayarak veya yürütmenin kararlarını değiştirmek veya iptal etmek için geçici olarak müdahale ederek yürütmenin eylemini kontrol etme gücünü muhafaza etmelidir. Bu noktada anayasa yargısı başta olmak üzere yargının temel işlevi muhafaza edilmelidir. Yine hâkimlerin, acil durum mevzuatının getirdiği insan haklarının en ciddi kısıtlamalarını incelemesi önem arz etmektedir. Bu meyanda ertelemeler, “hızlı izleme” veya belirli dava kategorilerinin grup olarak ele alınmasına izin verilebilir.²⁵

Avrupa Konseyi tarafından dikkat çekilen üçüncü temel nokta ise insan hakları standartlarına ilişkindir. Buna göre ilk olarak, *yaşam hakkı; İşkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza yasağı; sağlık hizmetlerine erişim hakkına (gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesi) dikkat çekilmiştir*. Bunlardan “yaşam hakkı” ve “ışkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza yasağı”, Covid-19 gibi acil durumlarda bile herhangi bir *derogasyona* tabi olamayacakları için Sözleşme kapsamındaki temel haklara ilişkindir. Hem Sözleşme hem de Avrupa Sosyal Şartı uyarınca, devletler, pandemi ile ilgili bilinen riskler ve hastalığın yayılmasını önlemek için alınan önlemler hakkında halkı bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda ikinci olarak Konsey,

²⁴ Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis”, April 2020.

²⁵ Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis”, April 2020.

özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 5) ile adil yargılanma hakkına (md. 6) dikkat çekmiştir. Buna göre, 5.1 (e) maddesinde bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesinin, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği gerekçelerden biri olduğunu belirtmiştir. Bu tür önlemlere başvurmadan önce devletlerin ilgili bir yasal dayanağın varlığını kontrol etmeleri ve özgürlüğünden yoksun bırakma ile ilgili önlemlerin daha az sıkı alternatiflere karşı kesinlikle gerekli olup olmadığını düşünmeleri beklenmektedir. Devletler ayrıca, yargılamaların temel adalet gereksinimini (silahların eşitliği gibi) karşılamasını ve masumiyet karinesine saygı göstermesini sağlamak ve hâkimlerin bağımsızlığına müdahale edecek hiçbir adım atılmamasını sağlamak için genel bir yükümlülük altındadır.²⁶

Konsey, “özel hayat hakkı (*right to private life*), vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne” dikkat çekmiştir. Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde güvence altına alınan tüm bu hak ve özgürlüklerden etkili bir şekilde yararlanmak modern demokratik toplumların bir ölçütüdür. Onlarla ilgili kısıtlamalara yalnızca yasa ile oluşturulmuş ve sağlığın korunması da dahil olmak üzere izlenen meşru amaç ile orantılıysa izin verilebilir. Bu meyanda son olarak Konsey, ayrımcılık yasağı ile çeşitlilik (*diversity*) ve kapsayıcılık (*inclusion*) ilkeleriyle ilgili standartlara dikkat çekmiştir. Son olarak Konsey tarafından kaydedilen dördüncü nokta, “suçtan korunma (*protection from crime*)” ve “suç mağdurlarının korunmasına (*protection of victims of crime*)” ilişkin çerçeve olmuştur. İzolasyon ve hapsedilme politikası; ev içi cinsel ve cinsiyete dayalı şiddetin artmasına ve dolayısıyla bu durumlara karşı daha fazla koruma ihtiyacı olduğunu gösteren olaylara sebep olmuştur. Bu çerçevede Avrupa Konseyi örneğin şiddet olaylarını bildirmenin alternatif yollarına izin vermek gibi, üye devletlerde uygulamaya konan pratikler hakkında bilgi sunabilir.²⁷

2- İnsan Hakları Yargısı Açısından Pandemi ile Mücadele Önlemleri

Salgın hastalıkların yanı sıra doğal afetler gibi kamusal yaşamı tehlikeye sokan olağanüstü durumların vaki olması, olağanüstü hâl rejimi çerçevesinde demokratik siyasal sistemlerde idareye birtakım koşul ilkeler çerçevesinde önlemler alabilme yetkisi tanınmıştır. Demokratik siyasallığın meşruiyet koşulları olarak, “yasallık”, “ilan ve bildirim”, “neden”, “yetki sahiplerinin belirliliği” ve “süre ve lokasyona ilişkin sınırlılık” ilkeleri sıralanmaktadır.²⁸ Doktrinde bu türden istisna hâlinde idare tarafından alınabilecek bazı önleyici tedbirler sıralanmıştır.

²⁶ Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis”, April 2020.

²⁷ Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis”, April 2020.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, s. 34-43.

Bu kapsamda olmak üzere, “bölgenin belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı yasaklamak”; “resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak”; “gazino, lokanta, birahane, meyhane, sinema, tiyatro gibi yerleri denetlemek, bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak” gibi bazı önlemler sıralanabilir.²⁹ Yukarıda olağanüstü hâl rejimi açısından belirlenmiş olan çerçevede idarenin, durumun aciliyetine ve niteliğine bağlı biçimde başkaca önlemlere başvurması da mümkündür. Nitekim Avrupa Konseyi’nin yayınlamış olduğu deklarasyonda da dikkat çektiği üzere, alınacak önlemler konusunda ulusal dinamikler doğrultusunda farklılıklar söz konusu olabilmektedir.³⁰ Ancak alınan önlemlerin insan hakları hukuku açısından “ölçülülük” ilkesine uygunluğu ve “yerindeliliğinin” yargısal denetime açık olması büyük önem arz etmektedir.

Halen yıkıcı etkisi sürmekte olan Covid-19 pandemisi³¹ ile ilgili insan hakları yargısına intikal etmiş herhangi bir yargısal süreç söz konusu değildir.³² Ancak önümüzdeki kısa vadede pandemi dönemi boyunca vaki olan insan hakları ihlallerine ilişkin davaların açılması, yargılama süreçlerinin başlaması ve yargısal içtihatların oluşmasına tanıklık edeceğimiz aşikardır. Burada pandeminin yarattığı krizin yönetilmesi sürecinde ulusal ölçekte idarelerin almış oldukları önlemler “ölçülülük” ve “yerindelik” ilkeleri açısından yargısal denetime konu olacaktır. Bunun yanı sıra, küresel ölçekte salgınla birlikte giderek daha da derinleşen ırkçılık ve ayrımcılık gibi ağır insan hakları ihlallerinin de yargısal denetime konu olacağı beklenmektedir.

İdarenin ulusal ölçekte ve spesifik bir durumda salgın hastalıklarla mücadele konusunda almış olduğu önlemlerin yerindeliliğine dair AIHM’in 2005 tarihli Enhorn v. İsveç davası bu bağlamda tipik bir yargısal içtihat oluşturmuştur. Her ne kadar Covid-19 pandemisi ile HIV salgını arasında bulaş riski, yayılım etkisi, mortalite ve morbidite oranı ve önleyici tedbirler seti açısından farklılıklar söz konusu olmakla birlikte her ikisi de küresel pandemi olarak kabul edilmektedir. İlgili

²⁹ Esen, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, s. 188.

³⁰ Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis,” April 2020.

³¹ Dünya Sağlık Örgütü’nün 13 Mayıs 2020 tarihli verilerine göre dünya genelinde 4.179.479 onaylanmış

Covid-19 vakası bulunmaktadır. Onaylanmış ölüm sayısı ise 287.525 olarak kaydedilmiştir.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

³² Avrupa Konseyi Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı şimdiye kadar yalnızca, özellikle karantina ve eve kapanma tedbirlerinin uygulanması konusunda polis, ırka dayalı fişleme de dahil olmak üzere ayrımcılık teşkil eden eylemlerinin bildirildiğini kaydetmiştir. Bkz., Avrupa Konseyi-Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı, “COVID-19 ile mücadelenin ayrımcılık yasağı, çeşitlilik ve kapsayıcılık boyutları”, Strazburg, Nisan 2020.

davada başvuran, HIV virüsü taşıyan ve bu virüsü başkasına bulaştırmış olan bir kişidir. Davaya konu olayda, ilçe sağlık görevlisi tarafından 1988 *Bulaşıcı Hastalıklar Yasası*³³ uyarınca başvuru sahibine belirli talimatlar verilmiştir. Başvuran (*applicant*) planlanmış birkaç randevuya gitmemiş, bunun üzerine ilçe sağlık memuru, ilgili Yasa uyarınca, başvurunun üç aya kadar zorunlu olarak bir hastanede tutulması için ilçe İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvurucunun zorunlu tecridi altı ayda bir defaetle uzatılmış ve tecrit süresi toplamda bir buçuk yıl sürmüştür. AİHM, başvurana uygulanan zorunlu tecridin HIV virüsünü yaymasını önlemek için son çare olmadığını, zira daha az ciddi tedbirlerin dikkate alınmadığını ve kamu çıkarlarını korumak için yeterli bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurunun zorunlu tecrit emrini neredeyse yedi yıllık bir süre boyunca uzatarak, toplamda neredeyse bir buçuk yıl boyunca istemsiz bir şekilde hastaneye kaldırılmasıyla, yetkililerin HIV virüsünün yayılmadığından emin olma ihtiyacı ile başvuranın özgürlük hakkı arasında “adil denge” kurma konusunda başarısız olduğuna ve dolayısıyla AİHS'nin 5§1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴

Söz konusu davada Mahkeme, esasında bir kamu sağlığı ve güvenliği amacı olduğunu kabul etmiştir. Bu olayda kişiye uygulanan “tutma önlemi”, “kamu sağlığı yasasının uygulaması kapsamında, toplumun diğer üyelerini korumak için getirilmiş gönüllü tedbirlere uyulmaması nedeniyle verilmiş bir mahkeme kararına dayanmaktadır”. Burada tutma önleminin nedeni, başvurunun cinsel ilişki kurarak hastalığı yaymasının önlenmesi olarak belirlenmiştir. Böylelikle AİHM, tutmanın iç hukukta bir temeli olduğunu kabul etmiştir.³⁵ Ancak Mahkeme “bulaşıcı hastalıklar” kapsamındaki tutmanın AİHS 5 (1) (e) maddesine göre hukuka uygunluğunun tespit edilmesinde iki kriter belirlemiştir. Bu kriterlerden ilki, “bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığına ilişkindir.” Mahkemece belirlenen ikinci kriter ise “daha hafif tedbirlerin kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülerek hastalığın yayılmasının önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığı” meselesidir.³⁶ Mahkeme bu kriterler çerçevesinde ihlal kararı vermek suretiyle salgın hastalıklarla mücadele önlemleri noktasında bir içtihat geliştirmiştir.

Ulusal ölçekte bir başka örnek yargı kararı ise Amerika Birleşik Devletleri'nde verilmiştir. Yargıya taşınan bu olay Kaci Hickox, y.

³³ Smittskyddslagen,

<https://www.riksdagen.se/sv/global/sok/?q=Smittskyddslagen&st=1&p=3>,

Erişim

Tarihi: 13.05.2020.

³⁴ European Court of Human Rights, Dated 25 January 2005, Application No: '56529/00', 'Case of Enhorn v. Sweden', <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68077>.

³⁵ Bkz., Harris, D. J.; O'Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 155-156.

³⁶ Bkz., Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, s. 155.

Christogher James Chrjstie davasıdır. Hickox, Batı Afrika'daki ebola hastalarını tedavi edip geri döndükten sonra Newark Havaalanı'nda birkaç günlüğüne gözaltına alınmış ve kendisine yapılan ebola testi negatif çıkmıştır. Havaalanında alıkonulduktan sonra Hickox, Newark'taki Üniversite Hastanesi'nde garajda bir tarla çadırında tutulmuştur. Negatif kan testinden sonra bile, New Jersey Hickox'u iki gün daha gözaltında tutmuş ve hapis süreci üç günden fazla uzatılmıştır. Mağdur 2015 yılında haksız tutukluluk iddiası ile dava açmıştır. Dava sonucunda taraf, New Jersey Eyaleti ile anlaşmaya varmıştır.³⁷ Taraflar arasındaki anlaşma ile karantinaya ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır. İlgili düzenleme çerçevesinde karantina veya izolasyon uygulaması yalnızca ebolanın yayılmasını önlemek için tıbbi destek amaçlı ve epidemiyolojik olarak gerekli olduğunda uygulanacaktır.³⁸

Bu meyanda Anayasa Mahkemesine 2014/19081 tarih ve sayılı dosya numarası ile bireysel başvuruya konu olan olaya ilişkin karar oldukça ilgi çekici bir içtihat oluşturmuştur. Olayda Yüksek Mahkemeye başvuran kişi, HIV pozitif olan bir işçidir. Başvurucu sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığı ve daha sonra haksız olarak işten çıkarıldığını, bu durumun ayrımcı muamele teşkil ettiğini ileri sürerek iş mahkemesinde ayrımcılık yasağı tazminatı ile manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır.³⁹ Başvuran sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığını, sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini, hastalığının çalışma hayatına olumsuz bir etkisinin olmadığını, iş yerindeki diğer çalışanlar için riskli bir durum teşkil etmediğini sağlık

³⁷ Kaci Hickox, y. Christogher James Chrj, Case No., 2: 15.

https://www.courts.maine.gov/news_reference/high_profile/hickox/verified_petition_for_public_health_order.pdf

³⁸ https://www.aclu-nj.org/files/4615/0119/3665/2017_7_27_Hickox_settlement_agreement_opt.pdf

³⁹ 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi 'Eşit davranma ilkesi'ni düzenlemiştir. Buna göre; "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>

Anayasamızın 10. maddesi ise 'Kanun önünde eşitlik' ilkesini düzenlemiştir. Buna göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Yine 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 64. maddesi şöyle bir düzenlemeye yer vermektedir. "57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilâi şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrî ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır." Bkz., <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1593.pdf>

raporları ile kanıtlamış olduğunu, bu nedenlerden dolayı Anayasa'nın 10, 17, 20, 35, 36, 40, ve 49. maddelerinde tanınan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Yargıtay ve iş mahkemesi kararlarında hastalığın "bulaşıcı" olması hususuna odaklanarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün iş yerinden uzaklaştırılması olduğunu karara bağlamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi işverenin iş yerinde başvurusunun diğer çalışanlar için risk teşkil etmeyecek başka pozisyonlarda çalıştırma imkanları hakkında değerlendirme yapma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Ayrıca iş hukukunda öngörüldüğü biçimde "işten çıkarılmasına neden olacak bir eylemde bulunmadıkça yasal olarak çalışmaya devam edebileceği yönündeki haklı beklentisinin kabulü gerekir" diyerek başvurunun HIV pozitif olduğunun işverence öğrenilmesinden sonra birkaç ay süreyle çalıştırılmadığının sabit olduğunu, farklı muameleye tutulduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi "eşitlik" ilkeleriyle birlikte incelenen "özel hayata saygı hakkının" ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna ve bu hakların ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁰

3- İnsan Hakları Siyaseti ve Kırılganlaşan Hak ve Özgürlükler Kataloğu

Küresel ölçekte taşıdığı risk faktörünün boyutları ve maliyeti tümüyle kestirilemeyen bir pandemi yaratan Covid-19 virüsünün tahrip edici etkisi, insan hakları siyaseti açısından da ağır bir bilanço ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir. Sağlık hizmetleri temelinde pandemiye karşı yürütülen küresel mücadelenin ortasında insan hakları kataloğunda birden çok hak ve özgürlük kategorisinde ihlallere tanıklık etmekteyiz. Bu bağlamda "yaşam hakkı" başta olmak üzere, "sağlık hakkı, doğal çevre hakkı; seyahat hakkı; kişisel verilerin korunması hakkı güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma hakkı; sosyal güvenlik hakkı; ve özel hayatın gizliliği hakkı" gibi çok sayıdaki hak alanlarında ihlaller, insan hakları siyasetinin değişim dinamiklerini ve kırılgan doğasını göstermektedir. Herhangi bir ulusun yaşamını tehdit eden bu türden olağanüstü acil durumlarda uluslararası insan hakları hukuku, bazı hakların askıya alınmasına izin vermektedir.

Ancak acil durumun resmi olarak ilan edilmiş olması ve ilgili önlemlerin bazı koşullara sahip olması öngörülmektedir. Söz konusu koşullar, BM tarafından Covid-19 pandemisi döneminde tekraren hatırlatılmıştır. Bu koşullardan ilki, önlemler yalnızca kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde alınmalıdır. İkincisi, uluslararası hukuk kapsamındaki diğer yükümlülüklerle tutarsızlık arz etmemelidir. Üçüncüsü, alınan önlemler zaman bakımından sınırlı olmalıdır. Son olarak, bu durumda alınan önlemler, herhangi bir ayrımcılığa yol

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 2014/19081 Başvuru Numaralı, 1/2/2017 Karar Tarihli, T.A.A Başvurusu, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19081.pdf>

açmamalıdır.⁴¹ Alınan önlemlerin belirli bir zamansal süre ile bağlı olması ve kalıcı hale gelmemesi zorunludur. Bu çerçevede olmak üzere, kişilerin kişisel verileri korunmalıdır. Ayrıca etnik ve dini azınlıklara ile diğer ötekileştirilmiş gruplara karşı ayrımcı etkiler dikkate alınmalı ve azaltılma yoluna gidilmelidir.⁴²

Olağanüstü koşullarda devletlerin bazı insan hakları yükümlülüklerini durdurmasının yasal zemini bulunmakla birlikte, bu durumda bile birtakım temel haklara ilişkin yükümlülüklerini askıya alamazlar. Pandemi ve benzeri olağanüstü koşullarda devletlerin hiçbir biçimde, acil durum tedbirlerini “ayrımcı” bir şekilde uygulaması kabul edilemez. Uluslararası insan haklarının öngördüğü perspektife bağlı biçimde hükümetler, olağanüstü durumun özellikle “savunmasız gruplar” üzerindeki etkisini mutlak surette dikkate almak ve ilgili kırılğan gruplar üzerindeki orantısız etkilerini hafifletmek adına özel adımlar atmalıdır.⁴³

Covid-19 ile mücadele sürecinde bazı ülkelerin aşırı güç kullanımı yoluyla “insan onurunu” zedeleyen uygulamaları devreye soktukları görülmüştür. Bu kapsamda olmak üzere bazı ülkeler karantina tedbirlerinin ihlali durumunda sokağa çıkma yasağını ihlal edenlerin kafese yerleştirilmesi gibi orantısız ve onur kırıcı cezalar öngörmüşlerdir. Örneğin Filipinler’de karantina uygulamasının ihlali durumunda “ateş etme politikasının” (*shoot to kill policy*) uygulanması, Singapur’da göçmen işçilerin sınır dışı edilmesi; Güney Afrika ve Kenya’da virüs önleme tedbirlerinde aşırı polis gücü kullanılması, Hindistan’da dezenfeksiyon amacıyla göçmen işçilere kimyasal madde püskürtülmesi gibi ihlalleri kaydedebiliriz.⁴⁴ Yine Tayland, Endonezya, Fas ve Macaristan hükümetlerinin yanlış bilgiyle mücadele kisvesi altında hükümetin salgına müdahalesini eleştiren grupları susturmak amacıyla “sahte haber yasasını” yürürlüğe koymuştur. Ürdün, Mısır ve Çin gibi devletler pandemiye ilişkin olarak kamuda paylaşılan bilgilere yönelik basın özgürlüklerinin kaldırılması uygulamasına yer vermişlerdir. Endonezya’da hükümetin sosyal medyayı izlemesi ve Cumhurbaşkanı’nın Covid-19’a ilişkin kararlarını eleştirenleri cezalandırması da benzer ihlaller olarak kaydedilebilir.⁴⁵

Bazı ülkeler Covid-19’un yayılmasını izlemek için gözetim ve kişisel verilerin toplanmasını kolaylaştıracak önlemler uygulamaya koymuştur. İletişim teknolojisi “halk sağlığına” ilişkin krizlerin yönetilmesinde önemli bir araç olmakla birlikte, dijital gözetim ve kişisel verilerin toplanmasındaki artış, mahremiyet, ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etkiye sahip

⁴¹ United Nations, “COVID-19 and Human Rights-We are all in this together”, April 2020, p. 17.

⁴² Rights and Security International, “Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners”, p. 14.

⁴³ Rights and Security International, “Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners”, p. 20.

⁴⁴ Rights and Security International, “Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners”, p. 17.

⁴⁵ Rights and Security International, “Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners”, p. 17-18.

olabilmektedir. Bu noktada pandemiyle mücadeleye yönelik olarak alınacak olan önlemlerin “şeffaf, yasal, gerekli ve orantılı” olması önem arz etmektedir. Covid-19 ile mücadele sürecinde uygulanan her türlü gözetim ve veri toplama tedbiri/yetkisi yasalarda belirtilmeli ve meşru halk sağlığı hedefleri için gerekli ve bununla orantılı olmalıdır.⁴⁶

Kuşkusuz pandeminin ortaya çıkarmış olduğu kriz dönemi özellikle kırılgan gruplar açısından insan hakları ihlallerinin bilançosunu daha da ağırlaştırmaktadır. Nitekim bunun bir göstergesi olarak bu dönemde *Avrupa Konseyi Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığına* şimdiye kadar bildirilen sorunlu uygulamalar, bu trajik durumu gözler önüne sermektedir. Bu kapsamda olmak üzere, karantina ve eve kapanma tedbirlerinin uygulanmasında, polisin, açıkça ırka dayalı fişleme de (*racial profiling*) dahil olmak üzere Romanlara yönelik ağır ve ayrımcılık teşkil eden eylemler icra ettikleri bildirilmiştir. Yine bu minvalde devletin resmi dili veya dilleri dışında kalan dillerde pandemiye ilişkin bilgiye ve talimatlara erişilememesi durumu kaydedilmiştir. Ayrıca sosyal mesafe uygulamasının mülteci kamplarında ve Romanların yerleşim alanlarında sürdürülmesinin imkansızlığı ifade edilmiştir.⁴⁷ Burada insan hakları alanındaki temel sözleşmesel belgelerde⁴⁸ öngörülen “ayrımcılık yasağına” aykırılık teşkil eden uygulamalara tanıklık edilmektedir. “Aynı durumdaki kişi veya grupların farklı muamele gördükleri ve farklı durumlardaki kişi veya grupların aynı şekilde muamele gördükleri senaryoları yasaklayan”⁴⁹ ayrımcılık yasağı, AİHS’in 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”⁵⁰

Sözleşmenin ilgili maddesi, AİHS ile teminat altına alınan maddi hakların kullanımıyla ilgili olarak eşitliği garanti etmektedir. Ayrıca,

⁴⁶ Rights and Security International, “Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners”, p. 14.

⁴⁷ Avrupa Konseyi-Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı, “COVID-19 ile mücadelenin ayrımcılık yasağı, çeşitlilik ve kapsayıcılık boyutları”, Strazburg, Nisan 2020, s. 2.

⁴⁸ Ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası mevzuat; ‘İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (4 Kasım 1950); ‘Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16 Aralık 1966); ‘Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (16 Aralık 1966); ‘İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (9 Aralık 1975); ‘İrk Ayrımcılığının Bütün Biçimlerinin Tasfiyesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (4 Ocak 1969); ‘Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (18 Aralık 1979); ‘Engelli Kişilerin Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (13 Aralık 2006); ‘Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (20 Kasım 1989); ‘İnsan Hakları Evrensel Beyanname (10 Aralık 1948)’.

Bkz., Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010, s. 145.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf.

⁴⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, Avrupa Konseyi, 2010, s. 22.

⁵⁰ AİHS, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

2005 yılında yürürlüğe girmiş olan AİHS'ye ek 12 no'lu protokol, "ayrımcılık yasağının" kapsamını genişleterek, herhangi bir AİHS hakkının kapsamına girmediği durumlarda bile, ulusal düzeyde garanti edilen herhangi bir hakkı bu yasağın kapsamına almıştır.⁵¹ AB'nin "ayrımcılık yasağı" yönergelerinde korunan hukuki menfaatler açıkça cinsiyet, ırk veya etnik köken, yaş, engellilik, din veya inanç ve cinsel yönelim ile sınırlanmıştır. AİHS kapsamında korunan hukuki menfaatler ise açık uçlu olup, somut olay bağlamında geliştirilebilir niteliktedir.⁵²

4- Pandemi Döneminde Kırılgan Gruplar

Covid-19 pandemisi, sağlık ve refah hizmetlerine, eğitime ve istihdama erişim gibi konulardaki mevcut eşitsizlikleri ve dezavantajlı grupların karşılaşmaları sorunları artırma eğilimi göstermektedir.⁵³ Bu kapsamda dezavantajlı gruplar, insani yoksunluklar olarak kaydedebileceğimiz çok sayıda yaşamsal sorunla karşı karşıya kalmaktadır. Bunlardan ilkinin, *evsiz ya da yoksul nüfus* açısından ortaya çıkan zorluklar oluşturmaktadır. Bu noktada evsiz bireylerin, bağışıklık sistemini tehlikeye sokan ağır hastalıklardan daha fazla oranda muzdarip oldukları görülmektedir.⁵⁴

Bu çerçevede yine karantina önlemlerinin göçmen işçilerin kitlesel göçüne yol açabileceği ve bunun da göçmen işçiler için ilave bir stres kaynağı olacağı ve sonuçta enfeksiyonun yayılma riskini artıracak kaydedilmiştir. Birleşik Krallık Ulusal Sağlık Servisi (*the United Kingdom's National Health Service*) tarafından "*kilit çalışan*" (*key workers*) olarak tanımlanmayan göçmenlerin çoğunun, İçişleri Bakanlığı'nın "*Düşmanca Ortam*" ("*Hostile Environment*") politikası kapsamında sağlanan devlet desteğine erişimi engellenmektedir. Benzer bir mağduriyet Lübnan'daki göçmen işçiler açısından söz konusudur. Burada göçmen işçilerin test yaptırabilmeleri için yüksek maliyetlere ulaşan birtakım evrakların tedarikinin gerekmesi nedeniyle sözü edilen mağduriyet görülmektedir.⁵⁵

Aşırı zorluklar ve ağır insani krizlerle (gıda, su ve sağlık sıkıntısı dahil) karşı karşıya kalan mülteciler ile ağır insani kriz bölgelerinde bulunan diğer bireylerin Covid-19 kapsamında aşırı risk altında olduğu aşıkardır. Coronavirüs, gıda ve sağlık hizmetleri açısından özellikle savaş

⁵¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010, s. 57.
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf.

⁵² Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010, s. 119.
https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf.

⁵³ Avrupa Konseyi-Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı, "*COVID-19 ile mücadelenin ayrımcılık yasağı, çeşitlilik ve kapsayıcılık boyutları*", Strazburg, Nisan 2020, s. 2.

⁵⁴ Rights and Security International, "Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners", p.20.

⁵⁵ Rights and Security International, "Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners", p.20.

bölgelerinde olanlar için aşırı bir risk teşkil etmektedir.⁵⁶ Covid-19 salgını ile mücadele sürecinde bütüncül çabaların bir parçası olarak mülteci ve göçmenlerin genel nüfusa dahil edilmesi gerekmektedir. Bu çabalar pandemiye küresel müdahalenin hedeflerine uygun olmalı ve uluslararası insan hakları yükümlülükleri, mülteci hukuku, uluslararası çalışma standartları ve diğer ilgili uluslararası ve bölgesel araçlar ve standartlar da dahil olmak üzere birçok yasal belge ile uyumluluk arz etmektedir.⁵⁷

Pandemi döneminin risk altına aldığı bir başka kırılgan grup da cezaevinde bulunan mahkumlardır. Mahkumlar ve gözaltında tutulanlar gerçek enfeksiyon riski ve uygun sağlık önlemlerine erişim eksikliği ile karşı karşıya kalabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Göçmenlik ve Gümrük Muhafaza (ICE, *Immigration and Customs Enforcement*) merkezlerindeki göçmen tutukluları ve Birleşik Krallık'taki gözaltı merkezleri idari sınırlama nedeniyle daha fazla enfeksiyona maruz kalmaktadır.⁵⁸ Kamu makamları, sosyal mesafe ve diğer sağlık tedbirlerine ilişkin Dünya Sağlık Örgütü rehberini göz önünde bulunduran tedbirler dahil olmak üzere hapisanelerdeki yoğunluğa çözüm için gerekli adımları ivedilikle atması icap etmektedir. Özellikle uluslararası hukuk tarafından tanınmayan suçlardan dolayı tutuklu bulunan kimselerin serbest bırakılmasına öncelik verilmelidir.⁵⁹

Özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin tıbbi muayeneden geçmeleri sonrasında ihtiyaç duyduklarında sağlık hizmeti alabilmelerinin imkanı sağlanmalıdır. Sağlık taramasının amacı tutuklunun, tutulma merkezi çalışanlarının ve diğer tutukluların sağlığını korumak ve virüsün yayılmasını önlemek adına herhangi bir hastalıkla hemen ilgilenilmesini sağlamaktır. Aile ziyaretlerinin yerini telekonferans, elektronik iletişim ve telefon görüşmeleri gibi diğer çözümlerin alması tutulma merkezleri idarelerinin kurumsal olarak uzun süreli çabalarını gerektirebilir. Bu süreçte öngörülen çözümler konusunda tutuklular bilgilendirilmelidir. Keyfi biçimde ve hukuka aykırı olarak 'gizliliğe veya aile hayatına müdahalede bulunulmamalıdır.⁶⁰

Ayrıca tutulma merkezlerinde izolasyon ve karantina tedbirleri 'hukuka uygun, orantılı, gerekli, zamanında ve incelemeye tabi' olmalıdır. Bu önleyici uygulamalar fiili hücre hapsine dönüşmemelidir.

⁵⁶ Rights and Security International, "Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners", p.21.

⁵⁷ WHO, "Preparedness, prevention and control of coronavirus disease (COVID-19) for refugees and migrants in non-camp settings", April 2020.

⁵⁸ Rights and Security International, "Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners", p. 22.

⁵⁹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği/Dünya Sağlık Örgütü, "Ara Rehber: Covid-19: Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişiler Hakkında", Mart 2020.

⁶⁰ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği/Dünya Sağlık Örgütü, "Ara Rehber: Covid-19: Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişiler Hakkında", Mart 2020.

Karantinaların zaman sınırı olmalıdır. Enfeksiyonun yayılmasını önlemek amacıyla ilgili idareler tarafından devreye sokulan bu uygulamalara başka alternatif koruyucu önlem kalmadığı takdirde uygulamaya alınmalıdır.⁶¹

5- Pandemi Döneminde İnsan Hakları Ülke Uygulamaları

Pandemi döneminin kamu sağlığını tehdit eden olağanüstü koşullar altında ulusal ölçekte farklı ülkeler, insan hakları rejimi açısından birtakım kısıtlar öngörmüşler ve önleyici tedbirler düzenlemiştir. Alınan birtakım ulusal tedbirler, kişinin temel hak ve özgürlüklerini askıya alan bir kısıtlayıcılık doğurmaktadır. Bu noktada kimi zaman ihlale yol açan birtakım dikkat çekici ülke uygulamalarına yer verilecektir.

Pandemiye dönüşen virüsün ilk ortaya çıktığı ülke olan Çin, krizle mücadele döneminde alınması gereken tedbirler noktasında ilk uygulama örneklerini ortaya koymuştur. Bu meyanda Çin'in yüzlerce kentinde yaşayan vatandaşların, akıllı telefonlarına kişisel bilgilerine ve son yolculuklarının ayrıntılarına dayanarak karantinaya almaları veya halka açık yerlere girmeleri gerekip gerekmediğini belirleyen yazılımı yüklemelerini öngörmüştür. Söz konusu yazılım, kullanıcıların konumunu izlemekte ve verileri güvenlik güçleri ile paylaşmaktadır.⁶² Yine bu kapsamda olmak üzere, Arjantin Güvenlik Bakanlığı, özellikle pandemi döneminde ortaya çıkabilecek bilgi kirliliğini önlemek adına sosyal medyada gözetim ve denetim işlevini icra edecek "siber devriyeler" oluşturmuştur.⁶³

Tüm dünyayı çok yönlü bir çaresizliğe mahkum eden pandemi krizinin süreçsel yönetimi kritik önemi haizdir. Bu bağlamda, yalnızca sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım boyutunun ötesinde çok yönlü bir süreç yönetiminin söz konusu olduğu kaydedilmelidir. Bu süreç yönetiminin önemli boyutlarından birisini de iletişim süreci oluşturmaktadır. Süreç sahibi ilgili idari birimin veya ulusal hükümetin hem dünya hem de ulusal kamuoyunu saydamlık ilkesi çerçevesinde doğru ve sürekli biçimde bilgilendirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bunun yanı sıra bu dönemde gündeme gelen "infodemi"yi⁶⁴ bertaraf edecek bir düzenleme öngörülebilir.

⁶¹ BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği/Dünya Sağlık Örgütü, "Ara Rehber: Covid-19: Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişiler Hakkında", Mart 2020.

⁶² <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶³ <https://www.icnl.org/covid19tracker/?location=&issue=10&date=&type=>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶⁴ Infodemikler, bir sorun hakkında aşırı miktarda bilgi olup bir çözümü tanımlamayı zorlaştırır. Infodemi, acil sağlık durumunda yanlış bilgi, dezenformasyon ve söylentiler yaymak suretiyle etkili bir kamu sağlığı sürecini engelleyebilir ve güvensizlik durumu yaratabilir. Infodemikleri yönetmek için DSÖ, 'Salgın Bilimler Ağı' adlı yenilikçi bir iletişim girişimi geliştirmiştir. DSÖ bu noktada, EPI-WIN aracılığıyla güvenilir kaynakları tanımlamıştır. <https://www.who.int/docs/default->

Avustralya'da “*Acil Durum Yönetim Değişikliği (Covid-19 Müdahale Yasası)*”, 2005 yılında Batı Avustralya'nın Acil Durum Yönetim Yasası'nı değiştirerek hükümetin koronavirüs krizi sırasında izole edilmesi gerekenlerin toplulukla etkileşime girmesini önlemek için evlere gözetim cihazları kurmasına izin vermiştir. Buna uymayan kişiler hakkında 12.000 dolar para cezası veya bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılması düzenlenmiştir.⁶⁵ Pandemi ile mücadelede dijital/elektronik izleme ve gözetleme mekanizması geliştiren Bahreyn ise “*BeAware*” uygulamasını devreye sokmuştur. Bu uygulama ile kendisini izole eden kişiler için telefonlarından 15 metre uzakta olduklarında izleme istasyonunu bilgilendirecek bir elektronik bilezik takma zorunluluğu getirilmiştir. Uygulamayı kullanan kendisini tecrit eden bireyler, varışta “*Ev Konumunu Belirleyi*” seçerek izolasyon konumlarını belirlemek zorundadır.⁶⁶

Avrupa'da pandeminin ağır bilançosuna tanıklık ettiğimiz ülkelerin başında gelen Fransa, Covid-19 salgınına yönelik olarak 2020-290 sayılı *Acil Durum Kanununu* çıkarmıştır. İlgili Kanun, Covid-19 salgını ile ilgili olarak Anayasanın 38. maddesi uyarınca iki ay süreyle “*sağlık acil durumu*” öngörmüştür. Acil sağlık durumu, Başbakanın, bireylerin hareket ve toplanma özgürlüğünü kısıtlayan kararnameler çıkarmasına ve pandemi krizini ele almak için gerekli olan diğer herhangi bir düzenleyici tedbiri almasına izin vermektedir.⁶⁷ Avrupa'da pandemi sürecini oldukça disiplinli biçimde yöneten Federal Almanya'da ise “Federal Devlet Başkanlarının 15 Nisan Kararı” çıkarılmıştır. İlgili karar, toplantıları yasaklayan ve kişilerin kamusal alanlarda zaman geçirmesini kısıtlayan 12 ve 22 Mart tarihli ortak kararları genişletmektedir.⁶⁸ Hong Kong'ta ise hükümet, karantinaya alınan kişileri etkin biçimde izleyebilmek ve denetlemek adına onlara elektronik bileklikler takma zorunluluğu getirmiştir.⁶⁹

Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerden Macaristan, olağanüstü hâl dönemine ilişkin yetkiler noktasında tartışma yaratan bir yasal düzenlemeye imza atmıştır. “*Coronavirüse Karşı Koruma Kanunu*” ile hükümetin olağanüstü hâl yetkilerini süresiz olarak uzatmış ve bu süre zarfında seçimleri askıya almıştır. İlgili yasa gereğince hükümetin,

source/coronaviruse/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-novel-coronavirus---8-february-2020>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

⁶⁵ [https://www.parliament.wa.gov.au/Parliament/Bills.nsf/5924018EEA598B994825853B001C0B08/\\$File/Bill179-1.pdf](https://www.parliament.wa.gov.au/Parliament/Bills.nsf/5924018EEA598B994825853B001C0B08/$File/Bill179-1.pdf), Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶⁶ <http://www.iga.gov.bh/en/article/the-iga-begins-distribution-of-electronic-bracelets-compatible-with-beaware-app>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶⁸ <https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁶⁹ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

yürürlükteki yasalara bağlı kalmadan kararname ile etkili bir şekilde karar verebilmesi öngörülmüştür. Ayrıca yasa, salgın hakkında “yanlış” bilgi veren kişileri beş yıl hapis cezası ile cezalandırma yetkisini düzenlemiştir.⁷⁰

Pandemi ile mücadele sürecinde dünya kamuoyuna ilginç görüntülerle gelen Hindistan’da ev karantinasını takip adına cep telefonu ile izleme mekanizması öngörülmüştür. Ülkenin Karnataka eyalet hükümeti karantinadaki tüm kişilerin, evlerinden her saat kendileri için bir “özçekim/selfie” yaparak göndermelerini zorunlu tutmuştur. İlgili yönerge, özçekim görüntüsünü gönderen kişinin yerini bildirmek için konum koordinatları içereceğinden söz etmektedir. Evde karantinaya alınan kişi tarafından gönderilen her özçekimin hükümet tarafından doğrulanacağından bahsedilmiştir. Ayrıca eyalet hükümeti Covid-19 hastalarının adreslerini tespit eden bir mobil uygulama yayınlamıştır.⁷¹ Yine Hindistan’da Maharashtra eyaleti hükümeti, karantinaya alınması gereken bireylerin ellerini damgalayacağına dair bir uygulamayı duyurmuştur. Pullar (*hand stamps*), damgalı kişinin evde iki hafta kalması gerektiğini ve kişinin gerekli izolasyon tarihlerini belirtmektedir.⁷²

Pandemi ile mücadele sürecinde tartışmalı tedbirlere imza atan bir başka ülke ise İsrail olmuştur. İsrail hükümeti, bireylerin cep telefonu verilerini izleme sistemini geliştirmiştir. Buna göre, söz konusu düzenleme, güvenlik güçlerinin koronavirüs hastalarının veya enfekte olduğundan şüphelenilenlerin cep telefonlarını mahkeme kararı olmadan izlemesine imkan sağlamıştır.⁷³

Avrupa’da pandeminin en ağır bilançosuna tanıklık ettiğimiz İtalya’da ise “Covid-19’un Epidemiyolojik Acil Durumunu İçeren ve Yöneten Acil Önlemler” paketi çıkarılmıştır. Sekiz numaralı kararname, Bakanlar Konseyi Başkanına, Covid-19’un İtalya’nın “kırmızı bölgeler” olarak adlandırılan belirli bölgelerine yayılmasını, bireylerin seyahat ve hareketlerini sınırlandırmak da dahil olmak üzere önlemler alma yetkisini içermektedir. Tüm kamusal ve özel toplantıları veya diğer toplantıları yasaklamak ve teyit edilmiş koronavirüs vakaları ile temas etmiş olan kişilerin gözetiminin yapılması öngörülmüştür.⁷⁴

Pandemi’de en çok kayıp veren Avrupa ülkelerinden İspanya, 463/2020 sayılı “Covid-19’un Sebep Olduğu Sağlık Krizini Yönetmek İçin Alarm Durumunu Bildiren Kraliyet Kararnamesi” yayımlamıştır. Söz konusu kararname, pandemi nedeniyle ülke çapında 15 günlük bir “alarm durumu” öngörmüştür. Öngörülen diğer tedbirlerin yanı sıra, ilgili kararname bireysel hareketleri belirli temel faaliyetlerle (gıda veya

⁷⁰ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷¹ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷² <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷³ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷⁴ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/08/20A01522/sg>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

tıbbi bakım temin etmek) sınırlandırmıştır. Buna göre hayati nitelikte olmayan işletmelerin faaliyetleri askıya alınmış ve sağlık hizmetleri ile diğer kritik hükümet işlevlerinin kontrolü merkezleştirilmiştir.⁷⁵

Pandeminin yönetimi noktasında krizin başlangıcında “sürü bağışıklığı” politikasını benimseyen⁷⁶ ve fakat sonra vaka sayılarının kontrolden çıkması üzerine dünyadaki genel mücadele stratejisine uyarlı bir politikayı uygulamaya koyan Birleşik Krallık’ta bir mücadele yasası (*Coronavirus Yasası 2020*) çıkarılmıştır. İlgili yasa, Birleşik Krallık makamlarına, “potansiyel olarak bulaşıcı” kabul edilen bireyleri alıkoyma ve onları tecrit tesislerine yerleştirme yetkisi de dahil olmak üzere, pandemi ile mücadele konusunda acil yetkiler öngörmüştür.⁷⁷ Bu krizin dünyada en fazla kayba yol açtığı ve bütün bir sağlık sistemini zaafa uğrattığı küresel güç olan Amerika Birleşik Devletleri’nde de birtakım tedbirler öngörülmüştür. Bu çerçevede “devlet arşivi talepleri ve kamu toplantısı gereksinimlerini etkileyen tedbirlere” imza atılmıştır. Buna göre, federal ajanslar ile eyalet ve yerel yönetimler, Covid-19’un devlet arşivi talepleri ve kamuya açık toplantı gereklilikleri üzerindeki etkisine ilişkin bir dizi politika direktifleri, emir ve yasalar çıkarmıştır. New Jersey ve Washington DC gibi bazı eyaletler, olağanüstü durum süresi boyunca devlet arşivi talepleri (*public record requests*) son yanıtama tarihlerini (*deadline*) askıya almıştır.⁷⁸ Ulusal Savunma Kanunu çerçevesinde Ürdün Bakanlar Konseyi (*Jordanian Council of Ministers*), Covid-19’un yayılmasına yol açtığı gerekçesiyle gazetelerin basım ve satışını askıya almıştır.⁷⁹

İlk vakanın görüldüğü 10 Mart 2020 tarihinden itibaren Türkiye, “bilimsellik ilkesi” temelinde sürecin yönetsel dinamiklerini belirlemiştir. Sürecin bilimsel temelde yönetimini üstlenen Koronavirüs Bilim Kurulu’nun⁸⁰ önerileri doğrultusunda etkin bir merkezi yönetim pratiği geliştirilmiştir. Bu çerçevede Sağlık Bakanlığı, Covid-19 hastalarının karantina önlemlerini takip etmesini sağlamak için “*Pandemi İzolasyon İzleme Projesini*” başlatmıştır. Koronavirüs hastaları açısından söz konusu uygulamayı indirmenin zorunluluğu öngörülmüştür. Virüs

⁷⁵ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷⁶ İngiltere hükümetine bilim alanında tavsiyelerde bulunan danışman Patrick Vallance, ‘yatıştırma’ planını BBC’ye şöyle açıklamıştır: “Amacımız vakaların zirve noktasını aşağıda tutmak ve o çizgide seyretmesini sağlamak, yoksa tümüyle bastırmak değil. Ayrıca, nüfusun büyük kısmı hastalığı hafif şekilde atlatacağı için ‘sürü bağışıklığı’ geliştirilmiş olacak ve böylece bu hastalığa karşı bağışık olacaklardır.” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51927577>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

⁷⁷ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/pdfs/ukpga_20200007_en.pdf, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷⁸ <https://docs.google.com/spreadsheets/d/e/2PACX-1vTyXoIXI2whyI9akO7WT5tL9dzUdwOfFJZC9K-DHuIC7JhmD-R5QM4EMe2k9gmBrY5c3-P08qhs8ijW/pubhtml#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁷⁹ <https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁸⁰ <https://www.saglik.gov.tr/TR,63605/koronavirus-bilim-kurulu-bakan-kocabaaskanliginda-toplandi.html>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

testi pozitif olan hastaların ikamet ettikleri yerleri terk etmeleri durumunda otomatik kısa mesaj ve çağrı yoluyla uyarılması düzenlenmiştir.⁸¹ Ayrıca Türk İçişleri Bakanlığı 65 yaşın üzerindeki kişiler, kronik hastalığı olan vatandaşlar ile 20 yaş altı çocukların sokağa çıkmalarına yönelik kısıtlamalar getirilmiştir. Bu vatandaşların parklar ve yollar gibi ortak alanlarda yürümleri ve toplu taşıma araçları ile seyahat etmeleri yasaklanmıştır.⁸²

Birçok ülke, mevcut kaynakları dahilinde Covid-19'un popülasyonları üzerindeki olumsuz etkisini azaltmak için birtakım mali ve ekonomik tedbirler almıştır. Bu kapsamda bazı ülkeler örneğin "gecekondu bölgelerine acil su temini; kriz sırasında ödenmemiş kira için konut tahliyelerinin askıya alınması; evsizler için acil barınma sağlanması; temel hizmet çalışanları için çocuk bakımı sağlanması; işsizlik ödeneği verilmesi" gibi birtakım pozitif adımlar atmışlardır.⁸³ Bu kapsamda Türkiye'de ise; düzenli sosyal yardım almakta olan T.C. vatandaşı ihtiyaç sahibi 2 milyon haneye 1.000 TL nakdi destek verilmesi kararı alınmıştır. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca Covid-19 pandemisi sürecinde, güvenlik yönünden risk altında bulunmayan, yalnızca barınma amacıyla kadın konukevlerine başvuran kişilere barınma imkanı sağlanması kararlaştırılmıştır.⁸⁴ Yine, "Biz Bize Yeteriz Türkiye" sloganı ile Covid-19'a karşı alınan tedbirler dolayısıyla mağduriyet yaşayabilecek ihtiyaç sahiplerine ilave destek için "Milli Dayanışma Kampanyası" başlatılmıştır.⁸⁵

Ayrıca "Ekonomik İstikrar Kalkan Paketi" ile iki milyondan fazla mükellefin muhtasar, KDV ve prim ödemelerinin altı ay ertelenmesi, firma ve gerçek kişilerin kredi ödemelerinin asgari üç ay ertelenerek finansman desteğinin sağlanması, çalışan sayılarında azaltma yapılmaması ön koşuluyla salgından etkilenen tüm firmalara "İş'e Devam Kredi Desteği" verilmesi; kamu sektöründe ve özel sektörde esnek ve uzaktan çalışma modelinin devreye alınması; işten çıkarmaları önlemek için koronavirüsten etkilenen iş yerlerinde çalışanlara yönelik olarak kısa çalışma ödeneğinin devreye alınması; kısa çalışma ödeneği ile faaliyetlerini azaltan ya da durduran işletmelerde çalışan vatandaşlara üç

⁸¹ <https://www.iletisim.gov.tr/english/haberler/detay/director-of-communications-altun-shares-a-post-on-pandemic-isolation-tracking-project>, Erişim Tarihi:1.05.2020.

⁸² <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-uzeri20-yas-altikronik-rahatsizligi-bulunan-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-istisnasi-genelgesi>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁸³ United Nations, "COVID-19 and Human Rights-We are all in this together", April 2020.

⁸⁴ <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/basin-aciklamalari/2-milyar-liralik-nakdi-yardim-ile-ilgili-basin-aciklamamiz/>,

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/covid-19-pandemisi-surecinde-kadinlara-barinma-hizmeti/>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

⁸⁵ <https://bizbizeyeriz.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

ay maaş desteği verilmesi” kararlaştırılmıştır.⁸⁶ 17.04.2020 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun” ile “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair KanunG ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenerek İş Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemeyeceği düzenlenmiştir.⁸⁷

Bazı ülkeler, salgın arttıkça ülkenin sağlık hizmetlerine tam erişim sağlamak ve böylece daha geniş halk sağlığı risklerini azaltmak için düzensiz bir durumda olan tüm göçmenlere ve sığınmacılara geçici olarak ikamet hakları vermiştir. Diğer bazı ülkeler tüm koronavirüs tedavisini herkese ücretsiz hale getirmiştir. Kimi hükümetler Covid-19’un hapishane popülasyonu üzerindeki etkisini hafifletmek için bazı mahkumların serbest bırakılması ile ilgili önlemler almıştır. Birçok ülke, pandemi ile mücadeledeki durum ve müdahaleler hakkında halkı bilgilendirmek için günlük basın brifingleri başlatmıştır.⁸⁸

Lublin kenti, yabancıların eczanelerden ilaç satın almaları ve devlet ya da yerel yetkililer tarafından sağlanan hizmetleri kullanmaları için sosyal güvenlik numarası almalarına imkan tanıyan prosedürleri başlatan Polonya’daki ilk şehirdir. İtalya, Gürcistan, Almanya ve Norveç gibi ülkelerde, Covid-19 hakkındaki bilgiler artık bütün ana azınlık ve göçmen dillerine çevrilmekte ve yayımlanmaktadır.⁸⁹

6- Pandemi Dönemi ve İnsan Hakları Politikası

Birleşmiş Milletler yayınlamış olduğu “Covid-19 ve İnsan Hakları” politika özetinde belirli politikaların gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlk olarak, Covid-19 ile mücadelede önce insan haklarının ilgi odağı olmasının altını çizmiştir. Bu kapsamda mevcut pandemide ön planda olan üç temel hak bulunduğunu dile getirmiştir. Bunlar, “yaşam hakkı ve yaşamı koruma görevi”, “sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerine erişim hakkı”, “hareket özgürlüğünün tehdit edilmesi/temel zorludur”.

⁸⁶ COVID-19 Ekonomik İstikrar Kalkını Paketi ve Diğer Tedbirler, <http://www.isim.org.tr/content/upload/attached-files/covid-19-ekonomik-istikra-20200414170956.PDF>, Erişim Tarihi: 14.05.2020.

⁸⁷ Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/04/20200417-2.htm>

⁸⁸ United Nations, “COVID-19 and Human Rights-We are all in this together”, April 2020.

⁸⁹ Avrupa Konseyi-Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı “COVID-19 ile mücadelenin ayrımcılık yasağı, çeşitlilik ve kapsayıcılık boyutları”, Strazburg, Nisan 2020.

Virüsü kontrol etmek ve yaşam hakkını korumak, enfeksiyon zincirini kırmak anlamına gelmektedir. Burada insanların birbirlerine temas etmesi ve etkileşimde bulunmasının sonlandırılması icap etmektedir. Devletler tarafından Covid-19'a karşı alınan en yaygın kamu sağlığı önlemi; karantina veya evde kalma talimatı ile hareket özgürlüğünü kısıtlamaktır. Sağlık hakkı kapsamında herkesin sosyo-ekonomik durumlarına bakılmaksızın ihtiyaç duydukları sağlık hizmetlerine erişebilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Uluslararası hukuk, güvenlik ve acil tıbbi müdahale durumları gibi ulusal acil durumlar da dahil olmak üzere, “orantılı” ve “ayrımcı olmamak” kaydıyla hareket özgürlüğü ile ilgili bazı kısıtlamalara izin vermektedir. Etkili ve genelleştirilmiş test uygulaması ve takip ile karantina önlemleri ayırım gözetmeyen kısıtlamalara olan ihtiyacı azaltabilir. İkinci olarak, BM, ekonomik ve sosyal hakların krize dayanıklı olarak oluşturulmasının uzun vadede önemini vurgulamıştır. Son olarak Örgüt, kriz sürecindeki uygulamaların, “eşitlikçi, ayrımcılık yapmayan ve kapsayıcı olmasının” gereğini beyan etmiştir.⁹⁰

Uluslararası Af Örgütü ise “önce insan” ilkesi doğrultusunda Covid-19'a ilişkin birtakım prensipler belirlemiştir. Bu noktada öncelikle pandemiden etkilenen herkesin temel haklarını koruma, onlara saygı gösterme ve ayrımcılık yapmadan en savunmasız kişi ve grupların haklarına özen göstermenin gereğini vurgulamıştır. Bu meyanda ulusal yasaların uygulanması herhangi bir şiddet unsuru ya da baskı içermemelidir. Herkesin bu kriz sürecinde tıbbi, maddi ve finansal desteğe küresel ölçekte eşit biçimde erişebilme imkanı var edilmelidir. Orantılılık ilkesi doğrultusunda kriz ve etkileriyle mücadele için yürürlüğe giren tüm önlemlerin alınması icap etmektedir. Alınan tüm önlemlerin insan haklarının temel ilkelerine uyarlı biçimde belirli bir zamansal sürece bağlı olarak belirlenmesi öngörülmektedir. Örgüt, Covid-19 ile mücadele sürecinde hesap verebilirlik ve saydamlık ilkesine riayetle, ilgili kurum ya da idarelerin toplumun tüm sektörlerini etkin biçimde bilgilendirmesinin gereğini vurgulamıştır.⁹¹ Yine Örgüt, küresel bir krize dönüşen Covid-19 pandemisinin ortaya çıkardığı dünya çapındaki büyük buhran karşısında ihtiyacı olan tüm ülkelere destek verilmesini salık vermiştir. Bu noktada “küresel dayanışma, iş birliği ve kaynak paylaşımının”⁹², pandeminin yıkıcı etkilerinin üstesinden gelmek

⁹⁰ United Nations, “COVID-19 and Human Rights-We are all in this together”, April 2020.

⁹¹ Amnesty International, “Covid-19 Response and Rebuilding Principles”, April 2020.

⁹² Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı'nın 3 Mayıs 2020 tarihinde yapmış olduğu açıklamaya göre, Türkiye bu kapsamda ABD, İspanya, İtalya, İngiltere, İran, Bulgaristan ve Pakistan başta olmak üzere dünya çapında yaklaşık 60 ülkeye insani yardımda bulunmuştur. Kişisel koruyucu ekipmanların da aralarında bulunduğu birçok yardım malzemesi adı geçen ülkelere gönderilmiştir

ya da bu etkileri en aza indirmek noktasında temel öncelik olduğunu kaydetmiştir. Gelecek perspektifi doğrultusunda alınacak olan kısa, orta ve uzun erimli önlemlerle daha “adil, dayanıklı ve sürdürülebilir” bir ekonomik yapı, sağlık sistemi ve toplumsal doku oluşturmaya çaba gösterilmesinin gerekliliğini vurgulamıştır.⁹³

7- Post-pandemik Dönemin Olası Dinamikleri Açısından İnsan Hakları Siyaseti

Modernleşme sürecinin “ilerlemeci ve gelişmeci” dinamikleri ile dönüşen toplumsal yapının, “*risk toplumu*” olarak adlandırılan yeni bir toplum tipolojisi var ettiğini öne süren Alman sosyolog Ulrich Beck uygarlık risklerinin küreselleşmesinden söz etmiştir. Tanımlamış olduğu bu toplum tipolojisi, ona göre modernliğin sürekliliği içerisinde yeni bir toplumsal biçim üretmiştir. “Başka bir modernliğe doğru” evrilen bu yeni toplumsal tipoloji, “risk” kavramı ile tanımlanmıştır. Küreselleşmiş olan bu riskler, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün insanları tehdit etmektedir. Özlü bir ifadelendirmeyeyle Beck, bu gerçekliği şöyle dile getirmiştir: “*yoksulluk hiyerarşiktir, kirli hava tabakası demokratiktir.*”⁹⁴ Modernleşmenin doğa, çevre ve ekolojik düzeni tahrip eden yıkıcı etkisi ile tehdit ve tehlikenin küreselleştiğini vurgulayan düşünür, bunun “*sosyal bir bumerang etkisi*” göstererek modernleşmenin aktörlerini de vurduğunu kaydetmiştir. Öyle ki ona göre artık “*zenginler ve iktidar sahipleri bile riskler karşısında emniyette olamayacaklardır.*”⁹⁵ Modern tıp ve sağlık hizmetlerinin gelişimine rağmen modernleşme döneminde yıkıcı etkisi daha da sofistike bir hal alan salgın hastalıklar, Covid-19 pandemisinde olduğu biçimiyle sınır tanımaz bir risk faktörü olarak tüm insanlığı tehdit eder duruma gelmiştir.

Pandemi, bütün bu yıkıcı etkileri ile küresel ölçekte bir istisna hâli ve çaresizlik durumu yaratmıştır. Hangi türden olursa olsun bütün güç merkezlerini çaresizliğe gark eden bu olağanüstü durum, bir anda küresel dünyanın tüm yapı dinamiklerini ve kurumsal aklını sorgulanır hale getirmiştir. Ulus devlet yapılarından federal devletlere; bölgesel birliklerden (Avrupa Birliği gibi) uluslararası örgütlere (BM, DSÖ, Uluslararası Af Örgütü ve Uluslararası Göç Örgütü-IOM gibi); demokratik siyasal sistemlerden otoriter rejimlere varıncaya kadar modern dünyanın yapı dinamikleri ve kurumsal yapılanmaları tartışma zeminine çekilmiştir. Pandeminin “eşitlikçi” yıkım ve enfekte edici gücü,

https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dis_basinda_turkiye/detay/fahrettin-altun-muttetiklerimiz-dostlarimizi-ve-dunyada-ihhtiyac-olanlari-desteklemeye-devam-edecegiz, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

⁹³ Amnesty International, “Covid-19 Response and Rebuilding Principles”, April 2020.

⁹⁴ Beck, Ulrich, *Risk Toplumu*, Başka Bir Modernliğe Doğru, Çev.: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan, İthaki Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2016, s. 49.

⁹⁵ Beck, *Risk Toplumu...*, s. 50.

ayrısız biçimde bütün dünyayı zengin-fakir; güçlü-güçsüz; doğulu-batılı vs. demeksizin esir almıştır. Kuşkusuz bu yıkıcı esaret, pandemi sonrasına sirayet edecek olan yeni düşünsel perspektiflerin, farklı toplumsallıkların ve yapı dinamiklerinin doğmasına yol açabilecektir.

Bu bağlamda post-pandemik dönemin özellikle siyasal sistemler açısından bir hesaplaşma zemini yaratacağı öngörülebilir. Neo-liberal politikaların rehberliği ile kurulu dünyanın sosyal adaletsizliği derinleştiren düzenine dair sorgulamanın daha sistematik biçimde sürdürüldüğü bir dönemin şafağına tanıklık ediyoruz. Küresel sermaye düzeninin yatırım politikalarının ağırlık merkezini oluşturan savaş sanayisinin, pandemi dönemindeki anlamsızlığı üzerinden geliştirilen yeni bir perspektif arayışını gözlemliyoruz. “Sağlık hakkı” kapsamında pozitif bir yükümlülük olarak devletlerin kamusal yatırımlar yapmasını gerekli kılan sosyal devlet sorumluluğunun acı bir biçimde hatırlanmasına tanıklık ediyoruz. Buna bağlı olarak pandemi sonrasında devlet aygıtının işlevsel dönüşümüne tanıklık edebileceğimizi öngörüyoruz. Sosyal adaleti tesis edebilme noktasında sürdürülebilirlikten uzak ekonomi politikalarının pandemiyle aldığı ağır yaranın onarılması adına ekonomi-politiğin dönüşüm potansiyelinin izlerini görüyoruz.

Küresel ekonominin yapılandırmış olduğu tedarik zinciri ve yatırım politikasının pandeminin yıkıcı etkisi altında çaresizleşmesi devlet aktörlerinin yeni bir ekonomi düzeni inşa etme yönünde evrilmesinin itici gücünü doğurmuştur. Bilişim teknolojisinin dramatik gelişimi ile her geçen gün daha çok dijitalleşen çağ açısından pandemi dönemi yeni bir faza erişim imkanını yaratmıştır. Karantina dönemlerinde temel insani ihtiyaçların giderilmesinde imdada yetişen dijitalize dünyanın olanaklarının etkin kullanımı, pandemi sonrası dünyanın dijitalleşme momentine yeni bir ivme kazandırmıştır. Bu noktada, adalet hizmeti başta olmak üzere birçok kamu hizmetinin dijital evrende sunulabilir olacağı bir dünyaya doğru gidişin hızı katlanarak büyümüştür.

İnsanlığı büyük bir bunalıma gark eden bu pandemi gerçekliğinin, post-pandemik döneme ilişkin birçok kaygıyı da bünyesinde barındırdığını görebiliyoruz. Bu kaygıyı Agamben, “*egemeni olağanüstü hale karar veren*” olarak tanımlayan Carl Schmitt’in⁹⁶ siyaset felsefesi üzerinden açıkladığı “*istisna hâli*” kavramsallaştırması çerçevesinde çözümlenmiştir. Pandemiye ilişkin İtalyan Araştırma Konseyi’nin (NRC) verilerine dayanarak yaptığı çözümlemede Agamben, paylaşılan veriler doğrultusunda virüsün riskleri dikkate alındığında Covid-19’un gripten pek farklı olmamasına rağmen, medya ve yetkililerin panik halini yaydıklarını ve bu nedenle hareket konusunda ciddi sınırlamalar ve tüm bölgelerde günlük yaşamın askıya alınması suretiyle gerçek bir istisna

⁹⁶ Schmitt, Carl, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, 2. Baskı, s. 13.

hâlinin kışkırtılması durumu olduğunu kaydetmiştir. Bu durumu sorgulayan Agamben, böylesi orantsız tepkiyi izah edebilmek için iki etkenden söz edebileceğini vurgulamıştır. Bunların ilki ve en önemlisi, istisnai bir durumu hükümet için normal bir paradigma olarak kullanma eğilimidir. Diğer etken ise, son yıllarda açıkça bireysel vicdanlar arasında yayıldığı ve salgının bir kez daha ideal gerekçe sağladığı “kolektif panik” durumlarında otantik bir ihtiyaca dönüşen “korku” durumudur. Bu nedenle, sapkın bir kısır döngüde, hükümetler tarafından empoze edilen özgürlük sınırlamaları, hükümetler tarafından yaratılan “güvenlik arzusu” adına kabul edilmektedir.⁹⁷ Kolektif korku iklimi ile kışkırtılan “güvenlik arzusu”, özgürlük hakkına ilişkin normları askıya alabilme iktidarını doğurmaktadır. İdeal anlamda hak temelli bir siyasal düzenin ilkesi olan “özgürlük-güvenlik” dengesi buharlaşabilmektedir. Burada pozitif anlam içeriği ile “denge” metaforunun da kimi zaman nesnel bir gerekçelendirme olmaksızın özgürlüğün güvenlik lehine kısıtlanmasında sihirli bir sözcük olarak kullanıldığına ve retoriksel bir gerekçelendirmeye dayandığına ilişkin eleştirileri de dikkate almamız icap etmektedir.⁹⁸

Agamben çağdaş siyasette istisna hâlinin “egemen yönetim paradigmasına dönüşme eğiliminin” gün geçtikçe güç kazandığını kaydetmiştir. Geçici ve istisnai bir önlemin böyle zemin değiştirerek bir yönetim tekniğine dönüşmesinin, anayasal siyasal sistem anlayışını kökten değiştirdiğini ifade etmiştir. Agamben olağanüstü bütün iktidar teknolojileri ile istisna hâlinin “demokrasi ile mutlakiyet arasında bir belirsizlik eşiğine dönüştüğünü” kaydetmiştir.⁹⁹ İstisna hâlinin belirsizliğine ilişkin olarak Agamben, tanımlama sorununu bünyesinde barındıran bu durumun “hukuki düzenin ne dışında ne de içinde olduğunu” hatta “iç ile dışın birbirini dışlamadığı, tersine birbirini belirlediği bir eşik” ya da bir belirsizlik bölgesi olduğunu öne sürmüştür.¹⁰⁰

Pandemi ile birlikte yaşanan bireysel ve toplumsal olağan dışılıklarla kendisini gerekçelendirerek varlık bulan bu istisna hâli, insan hakları siyaseti açısından post-pandemik dönemde ciddi bir kırılma riskini barındırmaktadır. Bunun dışındaki bir diğer ürkütücü risk faktörü, pandemi döneminde ulusal yönetimlerce etkin biçimde kullanılan gözetim teknolojisinin “yeni normal” yaşam düzenindeki kullanım durumudur. Bir modernleşme heyulası olarak devletlerin

⁹⁷ Agamben, Giorgio, “The Invention of an Epidemic”, <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers/>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

⁹⁸ Bkz., Neocleous, Mark, *Güvenliğin Eleştirisi*, çev.: Tonguç Ok, NotaBene Yayınları, Ankara 2014, s. 23 vd. Kılıç, Muharrem, “Onto-Politik Bedenlenme: Politik Alanın İnşası ve Güven/lik Toplumu”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, cilt. 10, sy. 23, 2018.

⁹⁹ Agamben, Giorgio, *İstisna Hâli*, çev.: Kemal Atakay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2018, s. 11.

¹⁰⁰ Agamben, *İstisna Hâli*, s. 35.

gözetleme teknolojileri ile gerçekleştirdikleri izleme uygulamaları bir distopik kaygı hali yaratmaktadır. Nitekim bu durumu görece erken dönemde ünlü yazar George Orwell *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört* adlı kült romanında yaratıcı biçimde poetik bir çözümlemeye tabi tutmuştur. Romandaki alıcı ve verici işlevi görmekle kalmayıp görüntüleyen tele-ekranının¹⁰¹ bireyi gözetleyen ve denetleyen totaliteryen iktidarını anıştıran birçok dijital karantina tedbirlerine tanıklık etmiş bulunmaktayız. Kökenini Bentham'ın yaratıcı gözetim mimarisinde ya da gözetleme ilkesinde bulduğumuz bu gözetim-denetim teknolojisi bizatihi özneyi ve toplumu yıkıcı bir kuşatma altında tutmaktadır.

Bentham, gözetleme ilkesine dayalı biçimde öngördüğü yapı tasarımının, çok sayıda kamusal sektörde kullanılabilecek bir denetim-gözetim mekanizması olduğunu kaydetmiştir. Ona göre bu teknoloji, *“endüstrinin her alanındaki iş kollarında ıslah edilemeyenlerin cezalandırılması, delilerin denetim altında tutulması, ahlaksızların ıslah edilmesi, şüphelilerin hapsedilmesi, tembellerin çalıştırılması, acizlerin bakılması, hastaların tedavi edilmesi, gönüllülerin yönlendirilmesi, ya da eğitim alanında yeni neslin eğitilmesinde olsun: tek kelimeyle ölüm odalarında hükümlülerin kaldığı cezaevlerinin ya da yargılanma öncesi sanıkların tutulduğu nezarethanelerin ya da azılı suçluların kaldığı hapishanelerin ya da ıslahevlerinin ya da düşkünlerevinin ya da imalathanelerin, akıl hastanesinin ya da hastanelerin ya da okulların amaçlarına uygulanabilir.”*¹⁰² Bu yönetim teknolojisi, “insanların her an gözetlendiğine inanmasına”, veya “gözetlenmediğinden emin olamamasına” ya da “gözetlendiğine kendini inandırmasına” dayanmaktadır. Ona göre “gözetim evi” tasarımının temel amacı, kişileri “nezaret altında tutma, hapis, tecrit, zorla çalıştırma ve eğitim” gibi icbâri süreçlerde denetim altında tutmaktır.¹⁰³

Toplumsal alanı, güvensizlik öncülü üzerinden tanımlayan bu iktidar tasavvuru, bir yönetim teknolojisi üzerinden gözetimin sağlandığı “kontrol sistemi” üretmiştir. Her yeri ve herkesi gözetleyen bu iktidar aygıtı (gözetim iktidarı), modernitenin temel yansımalarındandır. Gözetim iktidarı, bilişim teknolojileri ile birlikte (bankalar, sanal dünya vs.) iktidar alanını kuşatıcı biçimde genişletmiş ve derinleştirmiştir. Nitekim Foucault'nun iktidar çözümlemesinde Bentham'dan tevarüs etmiş olduğu “panoptikon tasarısı” da bu totalizm düzenine işaret etmektedir.¹⁰⁴ Foucault, Bentham'ın “*optik prosedürünün iktidarı rahat ve*

¹⁰¹ Orwell, George, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev.: Celâl Üster, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2016, 55. Baskı, s. 15.

¹⁰² Bentham, Jeremy, *“Panoptikon ya da Gözetim-Evi”*, Çev.: Zeynep Özarslan, *Panoptikon: Gözün İktidarı*, Haz.: Barış Çoban-Zeynep Özarslan, Su Yayınları, İstanbul, 2016, 2. Baskı, s. 12.

¹⁰³ Bentham, *“Panoptikon ya da Gözetim-Evi”*, s. 13.

¹⁰⁴ Bkz., Foucault, Michel, *Büyük Kapatılma*, Çev.: Işık Ergüden-Ferda Keskin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2011, 3. Basım, s. 126, 135, 224-225, 237-240. Foucault, Michel, *İktidarın Gözü*, Çev.: Işık Ergüden-Osman Akınhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2007, s. 86-87, 91-97. Kılıç, Muharrem, “Onto-Politik Bedenlenme: Politik Alanın İnşası ve Güven/lik Toplumu”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, S. 23, 2018

kolay işletmeye yönelik büyük bir yenilik olduğunu düşündüğünü aktarmaktadır. Görünürlük ve gözetleme ilkelerini esas alan bu yönetim mekanizması, on sekizinci yüzyıl sonundan itibaren devletler tarafından büyük ölçüde kullanılagelmiştir. Ancak Foucault modern toplumlarda uygulamaya konan iktidar teknolojilerinin bunun dışında daha çok sayıda, çeşitli ve zengin bir portföye sahip olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁵

Bütün bu yönetim teknolojilerine içkin dönüştürücü öz, modern toplumların güvenliğe ilişkin tasavvurunu da dönüşüme uğratmıştır. Bir anlamda modern toplum, hassasiyeti yüksek bir risk algısı ile kendinde bir güvenlik bilinci üretmiştir. Öyle ki Bauman bu toplumun, “*güvenliği sağlamak için bilinçli önlemler almadan güvenli kalılabileceğine inanmadığını*” kaydetmiştir. Söz konusu önlemler ise öncelikle “insan davranışının yönlendirilmesi ve kontrol edilmesi yani toplumsal kontrol anlamına gelebilecek” olan kendinde bir denetim durumu var etmiştir.¹⁰⁶ “*Eksiksiz ve bölünmez güvenlik*” ilkesinin egemenliğinde modern toplumsal kategoriler, hız düzeni içerisinde devletin her geçen gün ‘yayadan füzeye, metabolizmasal olandan teknolojik olana kadar hiyerarşisini giderek daha çok denetim altına aldığı *mevcut düzenin askeri haline* getirilmiştir.¹⁰⁷ Modern Batı toplumunun umudu olarak nitelenen hız, (“*Hız Batının umududur*”)¹⁰⁸ üst-gözetim ve denetim teknolojileri ile yeni “güdümlü toplumsallıklar” yaratmıştır.

Modern toplum veya kültürün bu risk ve güvenlik algısını Giddens özgün biçimde tabloştürmüştür. Karşılaştırmalı biçimde düşünür, modern öncesi ve modern kültürlerde güven ve risk ortamlarına ilişkin bir şema sunmuştur. Buna göre modern öncesi döneme ilişkin risk ortamı, “*bulaşıcı hastalıkların yaygınlığı, iklimin güvenilmezliği, sel baskınları ya da diğer doğal felaketler gibi doğadan kaynaklanan tehdit ve tehlikeler*” olarak belirlenmiştir. Bunun karşısında modern dönem ve modern toplumun risk ortamının ise, “*modernliğin düşünümüllüğünden kaynaklanan tehdit ve tehlikelerden*” oluştuğunu öne sürmüştür.¹⁰⁹ Her iki dönem toplumu açısından risk profili analiz edildiğinde, yukarıda da değindiğimiz üzere, “*riskin yoğunluk anlamında küreselleşmesi*” olgusu ile karşılaşmaktayız. Bu meyanda Giddens, insanoğlunun varlığını tehdit eden nükleer savaflara dikkat çekmiştir.¹¹⁰ Ancak Covid-19 pandemisinin etkisi, Giddens’in modern öncesi toplumlara özgülüğü olduğu “salgın hastalıklar” riskinin halen yıkıcı güncelliğini koruduğunu göstermiştir.

¹⁰⁵ Foucault, *Gözü*, s. 87.

¹⁰⁶ Bauman, Zygmunt, *Özgürlük*, Çev.: Kübra Eren, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015, s. 19.

¹⁰⁷ Virilio, Poul, *Hız ve Politika*, Çev.: Meltem Cansever, Metis Yayınları, İstanbul 1998, s. 115-116.

¹⁰⁸ Virilio, *Hız ve Politika*, s. 52.

¹⁰⁹ Giddens, Anthony, *Modernliğin Sonuçları*, Çev.: Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2018, s. 103.

¹¹⁰ Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, s. 124.

Hatta laboratuvar üretimi olma olasılığı üzerinden bu riskin daha konvansiyonel bir hal aldığı tespiti yapılabilir.

Aslında pandemi ile birlikte sükun eden ve sürecek olan birçok bu türden sorgulamalar yeni değildir. Köklü bir düşünsel gelenek ve ekol üzerinden modernitenin var ettiği anlam ve eylem dünyasına ilişkin modern Batılı düşünürler arasında güçlü bir eleştirel damar bulunmaktadır. Bu isimlerden birisi olan Touraine, “toplumsalın sonuna” ve hatta “toplum fikrinin terkedilişine” yol açan büyük bir dönüşüm ile karşı karşıya olduğumuza dikkat çekmiştir. Düşünür, toplumsal olanın sonunu getiren, toplum fikrinin yıkılışını doğuran ve buna bağlı biçimde derin bir boşluk yaratan krize yol açan etkenleri çözümlenmiştir. Yaşanan küresel çaptaki krizleri ne öngörebilecek ne de gereken tedbirleri alabilecek bir aklın var olmadığını gözlemlemiştir. Bu kriz durumunu çözümlenebilecek ve yönetebilecektir politik aklın yetersizliğini teşhis etmiştir.¹¹¹

Ne yazık ki, Covid-19 pandemisi tam da bu öngörüyle destekler nitelikte küresel düzeyde bir yönetsel başarısızlık olarak tarihe geçecektir. “Toplumsalın” çözülmesine yol açan bu kriz durumunun insan hakları rejimi gibi modern kurucu değerleri ve düzeni esaslı biçimde örselediğine tanıklık etmekteyiz. Devletlerin pandemi dönemindeki kimi ayrımcı “güvenlik temelli aktivizminin” trajik tablosunun sistematik bir politik tutuma evrilme kaygısını taşımaktayız.

Bu kaygı, büyük bir mücadelenin sonunda gelen devrimci bir zaferle ortaya çıkmış olan insan hakları idealitesinin amaçsal sapması ile birlikte düşünüldüğünde giderek derinleşmektedir. Douzinas’ın “*İnsan Haklarının Sonu*”nu kaleme aldığı özgün yapıtında ifade ettiği üzere, devrimci bir mücadele ruhu ile cisimleşen bu müktesebat, giderek “daha fazla bildirge, antlaşma ve diplomatik yemeklerde” özsel bir yok oluşa doğru sürüklenmektedir.¹¹² Bu durum bir yönüyle, pragmatik insan hakları siyaset/ler/inin, hak ve özgürlük temelli talepleri sönlendiren dinamiği ve öz-yıkıcı doğası ile izah edilebilir. Sözü edilen bu öz-yıkıcı siyasal pratik, bir iletişim teknokrasisi dolayımı ile hakikati perdeleyen bir söylem geliştirmek suretiyle kendisine bir “istisna hali” var etmektedir. Kuşkusuz, sahicilikten uzak olan bu söylemsel dizge her geçen gün hak ve özgürlükler düzenini daha fazla kırılğanlaştırmakta ve bu durum özellikle kırılğan gruplar açısından katlanılması güç insani travmalara yol açmaktadır.

¹¹¹ Bkz., Touraine, Alain, *Toplumların Sonu*, Çev.: Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 29-33.

¹¹² Douzinas, Costas, *İnsan Haklarının Sonu*, Çev.: K. Akbaş/ U. D. Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018, s. 410-411.

Sonuç Yerine

Dünya birkaç ayla ifade edilebilecek biçimde oldukça kısa bir süre zarfında küresel bir salgınla hem organik ve psiko-somatik hem de sosyolojik anlamda enfekte olmuştur. İnsanlık tarihi farklı dönemlerde ölümcül salgın hastalıkların ağır bilançolarına tanıklık etmiştir. Uzun süreli ölümcül etkilerini sürdüren bu salgınlar on binlerce insanın ölümüne yol açmıştır. Hem sağlık bilgisi hem de kurulu sağlık düzeni açısından bu salgınlarla mücadele edebilecek sosyo-ekonomik imkanlardan yoksunluk, söz konusu tarihsel epidemilerin ölümcül yıkımını bertaraf edebilme noktasında insanları çaresizliğe mahkum etmiştir.

Özellikle sanayi devrimi ile birlikte “eski dünyadan” radikal bir kopuşla ayrılan “modern dünya”, kendi içkin dinamikleriyle evrildiği küreselleşme sürecinde köyleri kentlere; kentleri bölgelere; bölgeleri ülkelere ve bütün ülkeleri global dünya ile zorunlu bir iç-bağımlılık ilişkisine icbar etmiştir. Bireysel ve kamusal yaşamı tüm sektörleri ile birbirine entegre eden bu totalleştirici ağ, yaşamı görece kolaylaştırıcı ve kuşatıcı gücüyle geleneğin yadsınmasına eş biçimde öznellikleri buharlaştırmıştır. Orwell’in kurmacasından ilhamla söyleyecek olursak, bu “yeni dünya” karşımıza “yeni söylem kuralları” ile çıkmıştır.¹¹³ “*Yeni söylem kuralları*” üzerine inşa edilmiş olan “yeni dünyanın” en derin paradoksu, “ilerlemeci” ideolojiye olan inançla atılan her bir adım veya atılımın bir ric’at haline dönüşmesi olmuştur. Modern “yeni dünyanın” tüm alanları ile teknolojik ilerleyişi, insanın ruh ve bedenine görünmez bir pranga vurmuştur.

Bütün sektörleriyle otomatize olan sanayileşme hamlelerinin küresel aktörleri pervasızlıkla dünyayı ekolojik bir yıkıma uğratmıştır. Konvansiyonel savaş teknolojilerinin gelişimiyle birlikte kıskartılan savaş tertipleri, özellikle belirli coğrafyaları yaşanabilir olmaktan çıkarmıştır. Doğdukları coğrafyaların yıkıcı kaderine mahkum olan savunmasız halklar, açlık, sefalet, kan ve gözyaşı içerisinde yurtlarından sürgün edilmişlerdir. Bütün bu yıkım tablosu karşısında çaresiz dünya halkları, soyutlanan insanlık fikri üzerinden temellendirilen insan hakları müktesebatının kendileri açısından koruyucu bir kalkan olmanın çok uzakta olduğunu kederle keşfetmişlerdir. Kökensel dışlayıcılığa imkan tanıyan insan haklarına içkin bu teorik zemin ve meta-söylem, normatif çekirdek alanı tayin edilmiş olan hak ve özgürlükler dizgesini sonlu siyasal bir ideolojiye dönüştürmektedir. Bu tehlikeli durum, yalnızca “öteki” olarak tanımlanan ya da damgalanan toplumsal gruplar (göçmenler vd.) açısından değil, “beriki” ya da “içerideki” olanlar açısından da varlığını sürdürmektedir. Çalışmamıza konu olan pandemi krizinin yaratmış olduğu sosyal iklim, her iki grup açısından söz konusu tehdidin tehlikeli sınırlarında gezinen bir insan hakları siyaseti üretmeye teşnedir. Nitekim yukarıda kaydettiğimiz bütün uluslararası direktif ve

¹¹³ Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, s. 323.

tavsiyelere rağmen bu olağan dışı kriz durumunu istisnai bir hale veya keyfi yönetsel pratiğe tahvil etme güdüsünün birtakım örnekleri bazı ülke uygulamaları üzerinden görülebilmektedir.

Bu durum, insan hakları fikrinin normatif varlığını tecessüm ettiren bütün üst-kurumsal yapılar veya örgütlerin hak ve özgürlük temelli bir insan hakları siyasetinin güvencesi olabilecek bir kurumsal otoriteye sahip olmadığını göstermiştir. Trajedilerle sonuçlanan çetin mücadelelerin eseri olan hak ve özgürlük dizgesinin, her bir kriz anında pragma merkezli küresel politik dinamige kurban edilişine tanık olunmuştur. Nitekim bu milenyumda tanıklık ettiğimiz tarihi kriz anları (11 Eylül hadisesi ve 2008 finans krizi gibi) kendisini bazı uluslara, bir istisna hâli ve yeni bir düzen siyaseti olarak dayatmıştır. İçinde bulunarak tarihe tanıklık ettiğimiz Covid-19 pandemi krizi de bu apolitik duruma meşruiyet kazandırıcı potansiyelini bazı uygulamalarda bize göstermiştir.

Daha şimdiden pandemik bir şiddete dönüşmenin bulgularını bize sunan mevcut insan hakları siyasetinin oynak ideolojik zemini, pandemi sonrası dönem açısından ağır bir tehdit olma riskini taşımaktadır. Tarihte yaşanan büyük krizlerin ortaya çıkarmış olduğu ayrık toplumsal ve siyasal durumlar üzerinden üretilen zihinsel kodların, sonrasına sirayet eden prospektif bir etki yarattığı tarihsel bir gerçekliktir. İnsanlık tarihi açısından bu sarsıcı gerçeklik, yeni söylem düzenekleri ve sosyo-politik dizgelerin varlığını doğurmuştur. İnsan hakları siyaseti bağlamında bu gerçekliğin post-pandemik dönemde yıkıcı tesirlerinin minimize edilebilmesi insan hakları fikrini örseleyen üst-kurumsal/örgütsel pratiğin tashihinden söylemsel özgünlüğe kadar geniş ve derinlikli bir mesaiye ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Agamben, Giorgio, “The Invention of an Epidemic”, <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers/>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

Agamben, Giorgio, *İstisna Hâli*, Çev.: Kemal Atakay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2018.

Amnesty International, “Covid-19 Response and Rebuilding Principles”, Nisan 2020.

Anayasa Mahkemesi, 2014/19081 Başvuru Numaralı,1/2/2017 Karar Tarihli ,T.A.A Başvurusu, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19081.pdf>

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, 2010.

Avrupa Konseyi Ayrımcılıkla Mücadele Dairesi Başkanlığı, “COVID-19 ile mücadelenin ayrımcılık yasağı, çeşitlilik ve kapsayıcılık boyutları”, Strazburg, April 2020.

Bauman, Zygmunt, *Özgürlük*, Çev.: Kübra Eren, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2015.

Beck, Ulrich, *Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru*, Çev.: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan, İthaki Yayınları, İstanbul, 2016, 2. Baskı.

Bentham, Jeremy, “Panoptikon ya da Gözetim-Evi”, Çev.: Zeynep Özarslan, *Panoptikon: Gözün İktidarı*, (Haz.: Barış Çoban/ Zeynep Özarslan), Su Yayınları, İstanbul, 2016, 2. Baskı.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği/Dünya Sağlık Örgütü, “Ara Rehber: Covid-19: Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişiler Hakkında”, Mart 2020.

Council of Europe, “Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis”, April 2020.

Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, (çev. Ahmet Mumcu), İnkılâp Kitapevi, İstanbul, 2002, 4. Baskı.

Douzinas, Costas, *İnsan Haklarının Sonu*, Çev.: Kasım Akbaş/ U. Deniz Tuna, Dipnot Yayınları, Ankara, 2018.

Esen, Selin, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

European Court of Human Rights, Dated 25 January 2005, Application No. ‘56529/00’, ‘Case of Enhorn v. Sweden’, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68077>

Foucault, Michel, *İktidarın Gözü*, Çev.: Işık Ergüden, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, 3. Basım.

Foucault, Michel, *Büyük Kapatılma*, Çev.: Işık Ergüden/Ferda Keskin), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, 3. Basım.

Giddens, Anthony, *Modernliğin Sonuçları*, Çev.: Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yayınları, 8. Basım, İstanbul, 2018.

Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017.

Harris, D. J.; O'Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev.: Ed. H. Dinçer, Avrupa Konseyi, 2013.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Alt Komitesi (SPT) "İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi'nin Taraf Devletlere ve Ulusal Önleme Mekanizmalarına Koronavirüs Salgınına ilişkin Tavsiyesi", Mart 2020.

Kaci Hickox, y. Christogher James Chrj, Case No., 2: 15. https://www.courts.maine.gov/news_reference/high_profile/hickox/verified_petition_for_public_health_order.pdf

Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2011, 4. Basım.

Kılıç, Muharrem, "Onto-Politik Bedenlenme: Politik Alanın İnşası ve Güven/lik Toplumu", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 23, 2018.

Neocleous, Mark, *Güvenliğin Eleştirisi*, Çev.: Tonguç Ok, NotaBene Yayınları, Ankara, 2014.

Orwell, George, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev.: Celâl Üster, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2016, 55. Baskı.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 10. Baskı.

Rights and Security International, "Covid 19: Toolkit for Civil Society Partners".

Schmitt, Carl, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi, Ankara, 2005, 2. Baskı.

Touraine, Alain, *Toplumların Sonu*, Çev.: Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017.

UN Commission on Human Rights, "The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", 28 September 1984.

United Nations, "COVID-19 and Human Rights-We are all in this together", Nisan 2020.

United Nations, "International Covenant on Civil and Political Rights", General Comment on Article 4.

Virilio, Poul, *Hız ve Politika*, Çev.: Meltem Cansever, Metis Yayınları, İstanbul, 1998.

WHO, "Considerations in adjusting public health and social measures in the context of COVID-19: interim guidance", April 2020.

WHO, "Preparedness, prevention and control of coronavirus disease (COVID-19) for refugees and migrants in non-camp settings", April 2020.

İNTERNET KAYNAKLARI

European Convention on Human Rights,
https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

COVID-19 Ekonomik İstikrar Kalkanı Paketi ve Diğer Tedbirler
<http://www.isim.org.tr/content/upload/attached-files/covid-19-ekonomik-istikra-20200414170956.PDF>, Erişim Tarihi: 14.05.2020.

<http://www.iga.gov.bh/en/article/the-iga-begins-distribution-of-electronic-bracelets-compatible-with-beaware-app>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/pdfs/ukpga_20200007_en.pdf, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

<https://docs.google.com/spreadsheets/d/e/2PACX1vTyXoIXl2whyI9akO7WT5tL9dzUdwOfFJZC9K-DHulC7JhmD-R5QM4EMe2k9gmBrY5c3-P08qhs8ijW/pubhtml#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

https://www.aclunj.org/files/4615/0119/3665/2017_7_27_Hickox_settlement_agreement_opt.pdf, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

<https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=140392>,
<https://www.icnl.org/covid19tracker/#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7., Erişim Tarihi: 12.05.2020.

<https://bizbizeyeriz.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/basin-aciklamalari/2-milyar-liralik-nakdi-yardim-ile-ilgili-basin-aciklamamiz/>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/covid-19-pandemisi-surecinde-kadinlara-barinma-hizmeti/>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51927577>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.bundeskanzlerin.de/bkin-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/08/20A01522/sg>,
Erişim Tarihi: 1.05.2020.

<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-uzeri20-yas-altikronik-rahatsızlığı-bulunan-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-istisnasi-genelgesi>,
Erişim Tarihi: 1.05.2020

[, Erişim Tarihi: 1.05.2020.](https://www.icnl.org/covid19tracker/?location=&issue=10&date=&type=)

<https://www.iletisim.gov.tr/english/haberler/detay/director-of-communications-altun-shares-a-post-on-pandemic-isolation-tracking-project>, Erişim Tarihi:1.05.2020.

https://www.iletisim.gov.tr/turkce/dis_basinda_turkiye/detay/fahretti-n-altun-muttefiklerimizi-dostlarimizi-ve-dunyada-ihhtiyac-olanlari-desteklemeye-devam-edecegiz, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00041746313&categorieLien=id#>, Erişim Tarihi: 1.05.2020.

[https://www.parliament.wa.gov.au/Parliament/Bills.nsf/5924018EEA598B994825853B001C0B08/\\$File/Bill179-1.pdf](https://www.parliament.wa.gov.au/Parliament/Bills.nsf/5924018EEA598B994825853B001C0B08/$File/Bill179-1.pdf), Erişim Tarihi: 1.05.2020.

<https://www.saglik.gov.tr/TR,63605/koronavirus-bilim-kurulu-bakan-koca-baskanliginda-toplandi.html>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/united-nations-standard-minimum-rules-for-non-custodial-measures-the-tokyo-rules/>.,Erişim Tarihi : 13.05.2020

<https://www.who.int/dg/speeches/detail/director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-novel-coronavirus---8-february-2020>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

Smittskyddslagen,
<https://www.riksdagen.se/sv/global/sok/?q=Smittskyddslagen&st=1&p=3>, Erişim Tarihi: 13.05.2020.

TIP HUKUKU AÇISINDAN BULAŞICI HASTALIKLAR

Infectious Diseases In Terms Of Medical Law

Prof. Dr. Hakan HAKERİ*
Dr. Öğretim Üyesi İpek Sevda SÖĞÜT**

Özet: Corona virüs (Covid-19) olarak bilinen solunum yolu bulaşıcı hastalığı; Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) 9 Mart 2020 tarihli raporuna göre, yüzden fazla ülkede, yüzdokuzbin teyit edilmiş küresel vakia ile kayıtlara geçerek, dünyada birden fazla ülkede veya kıtada, çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalık (pandemi/küresel salgın) olarak kabuledilmiştir. DSÖ, Corona virüs için 2 Mart 2020 tarihinde küresel risk seviyesini, "yüksek" ten, "çok yüksek" seviyesine çıkartarak, "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu" ilan etmiştir. Bu çalışmada, pandemi durumunda bulaşıcı hastalıkların, *sadece tıp hukuku açısından* hukuksal durumu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, konuya ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemeler ve Uluslararası Hukuktaki düzenlemeler ile Covid19 pandemisi dolayısıyla idari makamlar tarafından alınan güncel kararların hukuki değerlendirmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Pandemi, Bulaşıcı Hastalıklar, Covid-19, Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Üstün Kamu Yararı, Kamu Sağlığı, Zorla Tedavi

Abstract: Respiratory infectious disease known as Corona virus (Covid-19); according to the World Health Organization's (WHO) report dated on March 9, 2020, the epidemic / global epidemic (pandemic / global epidemic) that has spread over a wide area in more than one country or continent, by registering in more than a hundred countries, with hundreds of thousands of confirmed global facts.) has been accepted. WHO has declared the "International Public Health Emergency" on March 2, 2020, by increasing the global risk level from "high" to "very high" for Corona virus. In this study, the legal situation of infectious diseases only in terms of medical law will be presented in the case of a pandemic. Within this framework, legal evaluations of the regulations in our legislation and the regulations in International Law and the current decisions taken by administrative authorities due to the Covid19 pandemic will be made.

Keywords: Pandemic, Infectious Diseases, Covid-19, Public Health Law in Turkey, Restriction of Freedom for Protection, Superior Public Benefit, Public Health, Forced Treatment

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi Kurucu Başkanı, hhakeri@yahoo.com, ORCID NO: orcid.org/0000-0002-2471-875X.

** Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ipekss@khas.edu.tr, ORCID NO: orcid.org/0000-0002-3501-6593.
Makale Geliş Tarihi: 15/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 27/06/2020

GİRİŞ

Korona salgını bütün dünyayı olduğu gibi ülkemizi de etkilemektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak çok sayıda hukuki sorun da ortaya çıkmaktadır. Biz hukukçular son günlerde; Çin'e karşı dava açılabilip açılmayacağından, hekimlerin bu hastalığa yakalanması halinde meslek hastalığı¹ sayılıp sayılmayacağına kadar, çok sayıda soruya muhatap olmaktadır. Konunun, Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku, Muhakeme Hukuku alanları bakımından pek çok yönü olması yanında, ayrıca son birbuçuk aydır uygulanan idari tedbirlere uymayanlar hakkında yaptırımlar uygulanmaktadır.

Bu çalışmada, pandemi durumunda bulaşıcı hastalıkların, *sadece tıp hukuku açısından* hukuksal durumu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede, konuya ilişkin mevzuatımızdaki ve Uluslararası Hukuktaki düzenlemeler ile Covid19 pandemisi dolayısıyla idari makamlar tarafından alınan güncel kararların hukuki değerlendirmesi yapılacaktır.

Öncelikle, henüz iki hafta önce, İstanbul'da bir hastanede çalışma konumuza ilişkin olarak yaşanmış ve sosyal medyada paylaşılmış bir olaya bakılması uygun olacaktır:

“Eğitim araştırma hastanesine kontrol amaçlı giden hasta, hastanede kalmak istemediği halde alıkonulmuştur. Hastaya Covid-19 teşhisi konulmuştur.

¹ T.C. Ankara Valiliği, İl Sağlık Müdürlüğü, Ankara Şehir Hastanesi Başhekimliği'nin, 72300690-918.01 sayılı, Corona virüs (Covid-19) İş Kazası Bildirimi konulu yazısında; DSÖ tarafından pandemi olarak nitelendirilen Corona virüs (Covid-19) salgınının, ülkemizdeki sağlık çalışanları arasında da tespit edilmeye başlandığı, bu hastalığı tespit edilen ve iş kazası olarak nitelenen durumların bildirimini yapılabilmesi için, teşhisi koyan hekim tarafından, MEDULA (MEDikal-ULAk), sisteminde yer alan iş kazası bildirimini ile ilgili kısmın işaretlenmesi ve gerekli bilgilerin girilmesi hususu belirtilmiştir.

Diğer taraftan; Sosyal Güvenlik Kurumu Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından 07.05.2020 tarihinde 2020/12 sayılı bir Genelge yayımlanarak, DSÖ tarafından Covid-19'un pandemik (salgın) bir hastalık olarak ilan edildiği belirtilerek ve 5510 sayılı Kanun'un 15. maddesindeki “sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir” ibaresine atıf yapılarak; “COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerekmektedir” denilmektedir. Söz konusu Genelge ile; Covid-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu, bu nedenle iş kazası ve meslek hastalığı olarak ele alınmayacağı bir ön kabul olarak ifade ediliyorsa, bu durumda SGK'nın başvuru ve şikayet üzerine yapmakla yükümlü olduğu soruşturmaları objektif şekilde yürütmesinin beklenip beklenemeyeceği, sağlık hizmeti sunucuları tarafından Covid-19 hastalarının iş kazası veya meslek hastalığı beyanlarının dikkate alınıp alınmayacağı ve her ne kadar ilgili Genelge, sağlık hizmet sunucularına yönelik yayınlanmış olsa da, içeriğindeki “hastalık” vurgusu sebebiyle işverenlerin (işyeri hekimlerinin) iş kazası ve meslek hastalığı bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkıp kalmadığı şeklinde sıralanabilecek soru ve sorunları beraber getirdiği yönünde eleştirilmektedir.

<https://www.istabip.org.tr/5823-sgk-nin-2020-12-sayili-gengelgesi-is-kazasi-bildirim-yukumlulugunu-ortadan-kaldirmaz.html>, (Erişim Tarihi: 12.05.2020).

Hasta evde kalması daha uygun olacağı için doktoru tarafından eve gönderilmiştir. Eşiyle beraber kendilerini izole ederek talimatlara uygun evde hastalığı geçirirken, muhtemelen kullanılan ilaca bağlı kalp ritminde değişiklik olduğu sebebi ile hasta kontrole hastaneye gider. Ancak hasta, hastaneden gönderilmek istenmiyor. Hastanın hastanede tedavi görmeyi reddetmesi ve evde izolasyon formunu doldurarak ayrılma talebi; «buna siz değil ben karar veririm, yetki enfeksiyon hastalıkları uzmanında» denilerek ilgili hekim tarafından geri çevrilmiştir. Bu olayda, hastane başhekimisi hastanın taburcu olması yönünde talimat vermesine rağmen, müdavi hekim hastanın taburcu edilmesinin uygun olmadığı yönünde karar vermiştir.”

Burada ortaya çıkan ilk hukuki sorun, pandemide hastaların tedaviyi ret hakkı olup olmadığıdır. Ancak bu somut olay bağlamında, doğrudan tedavinin reddi de söz konusu olmadığından, sorun, bu durumdaki hastanın tedavisine evde devam etmeye yönelik talebinin hukuken karşılığı olup olmadığıdır. Diğer bir ifade ile, hastanın bu yöndeki talebine rağmen, tedavisinin hastanede zorla yapıлып yapılamayacağıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre,² bir tıbbi müdahale hastanın rızası olmaksızın ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şartlar altında yapılabilir.³ AİHS ile garanti altına alınan yaşam hakkı ile kişi kendisine karşı değil, başkalarına karşı korunmaktadır.⁴ Bu nedenle, kişinin yaşamını korumak için vücudu üzerinde rızasız müdahaleler yapmak, ancak belirli şartlarda mümkündür, aksi takdirde ise hukuka aykırıdır.

Kural hastanın kendi geleceğini bizzat kendisinin belirlemesi⁵ ve bu çerçevede her türlü tıbbi müdahale için rızasının bulunması ise de,

² Storck v. Almanya Kararı, Başvuru No: 61603/00, Karar Tarihi: 16.06.2005, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-69374,"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) , (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

³ Madde 8- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı

“1. Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır.”

⁴ Wicks, Elisabeth, “The Right to Refuse Medical Treatment Under The European Convention On Human Rights”, Medical Law Review, Spring 2001, Vol. 9, ss. 20-21.

⁵ Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, açıkça anayasalarda yer almamakla birlikte, ülkemiz bakımından kişinin tıbbi özerkliği kavramı, Anayasa'nın (AY.) 17. maddesinde düzenlenen, “ Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” hükmü ile karşılığını bulmaktadır. İlgili anayasal hüküm ile, kişilere ilke olarak kendi geleceğini belirleme imkanı sunulmaktadır. Özel yaşamın gizliliğinin ve insan onurunun korunması, hastanın kendi geleceğini belirleme

bazı hallerde rıza olmaksızın da tıbbimüdahalenin yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Özellikle yasal birtakım düzenlemelerle, zorunlu tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılındığı görülmektedir.⁶ Bu düzenlemelerin ortak noktası ise, zorla tıbbi müdahaleye olanak tanınmış olmasıdır. Tıp Hukukunda “zorla tıbbi müdahale” denildiğinde, teşhise veya tedaviye yönelik tedbirlerin, bir hekim tarafından hastanın rızası olmaksızın veya açıkça karşı çıkmasına rağmen, iyileştirme amacına yönelik olup olmasına bakılmaksızın uygulanması anlaşılmaktadır.⁷ Pandemi halinde de hastanın tedaviye ve/veya tecride, karantinaya rıza göstermesi mümkündür. Bu hususlar çalışma konumuzun dışında tutularak, hastanın aksi yöndeki iradesine rağmen alınabilecek zorlayıcı tedbirler üzerinde durulacaktır.

Zorla müdahale, anayasal zorunluluk nedeniyle, ancak bir kanun hükmüne dayanılarak yapılabilir. Zorla tedavi, anayasa tarafından korunan yaşam ve vücut bütünlüğü hakkına bir saldırı teşkil ettiğinden, yasal bir dayanağa sahip olması gerekir (AY. md. 17)⁸. Bir kimsenin rızası dışında tedavisi veya tecridi, sadece kanuni bir dayanak ile mümkün olabilir.

Keza Anayasa'nın 19. maddesi de kanuni dayanak gerekliliğini vurgulamaktadır: “...Toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz”.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin⁹ (Biyotıp Sözleşmesi) 26. maddesine göre de, böyle bir

hakkının özünü oluşturmaktadır. Tacir, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, Şubat 2011, s. 116.

⁶ Kişiler zorla bir sağlık kurumuna yatırılırsalar dahi zorla tedavi edilemezler. Zorla yatırma kişi hürriyetinden yoksun bırakılmasına ilişkin, zorla tedavi beden bütünlüğünün ihlaline ilişkindir ve hukuk düzeni buna izin vermemektedir. Fakat kanun ile düzenlenen bazı durumlarda, kişilerin zorla tedavisi de mümkündür. Bu noktada Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 57, 64, 67,72, 88, 101, 107, 119 ile Sıtmanın İmhası Hakkında Kanun'un 7.maddesi uyarınca bulaşıcı ve salgın hastalıklarda kişiler zorla tedavi edilebilir. Polat, Alperen, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 203.

⁷ Rieger, Hans-Jürgen, *Lexikon des Arztrechts*, Berlin, New York, 1984, kn. 2003.

⁸ Ulsenheimer, Klaus/ Laufs, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Band, München, 2002., §153, kn. 2.

⁹ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı

Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” Avrupa Konseyi bünyesinde 04.04.1997 tarihinde imzaya açılmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından, 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile Sözleşme'nin onaylanması uygun bulunarak; Biyotıp Sözleşmesi 16.03.2004 tarihinde onaylanıp, iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Katoğlu,

düzenleme ancak kanun hükmüyle getirilebilir. Ayrıca kanun hükmü ile düzenlenmesi dışında, böyle bir hükmün demokratik bir toplumda gerekli olması da gerekmektedir.¹⁰

AİHM'e göre, zorla tıbbi müdahale için kanuni dayanak gerekli olmakla beraber, yeterli değildir. Ayrıca meşru bir amaç bulunmalıdır.¹¹ Keza Amerika Birleşik Devletleri'nde de bu tedbirlere yer veren yasal düzenlemeler olsa bile, somut olayda bu tedbirlerin hukuka uygun olması için daha az kısıtlayıcı tedbirlerle aynı amaca ulaşıp ulaşılamayacağı değerlendirilmektedir.¹²

AİHM zorunlu tıbbi müdahaleler konusunda, yerleşik tıbbi uygulamalar esas alınarak, bu tür müdahalelerin kabul edilir olup olmadığına göre karar verilmesi gerektiği görüşündedir. Buna göre, tedavi için gerekli olan bir müdahale insanlık dışı veya küçük düşürücü olarak değerlendirilemez.¹³

Avrupa Konseyi Biyo-Etik Komitesi de 14.4.2020 tarihinde yaptığı açıklamayla, güncel pandemide tıbbi kararlar ve uygulamalarda insan onuru ve insan haklarının dikkate alınması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede komite, haklara yönelik kısıtlamaların kanunla yapılması ve kamu sağlığı da dâhil olmak üzere müşterek yararların korunmasını amaçlaması gerektiğini hatırlatmıştır¹⁴.

Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHF), C. 55, S.1, 2006, s.157.

¹⁰ Sözleşme'nin 26. maddesinde, "Sözleşme'de yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır" demek suretiyle anılan nedenlerle haklardan yararlanılması konusunda sınırlamalar getirilmesini yolu açılmıştır. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası bu tür sınırlamaların yine Sözleşme'nin genetik kalıtım dolayısıyla ayrımcılığı yasaklayan 11, önleme, teşhis ve tedavi dışında insan genomuna müdahaleyi yasaklayan 13, cinsiyet seçimi amacıyla suni dölllenme tekniklerini kullanılmasını yasaklayan 14, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasını öngören 16, araştırmaya rıza yeteneği olmayan kişileri koruyan 17, canlı donörden organ nakline ilişkin genel kuralı koyan 19, rıza yeteneğine sahip olmayan donörün korunmasına yönelik 20 ve insan vücudunun ve parçalarının, bu nitelikleri ile ticari kazançta konu olmasını yasaklayan 21. maddeleri bakımından mümkün olmadığını kesin bir ifade ile hükme bağlamaktadır. Sınırlanması mümkün olmayan hak ve koruyucu hükümlere ilişkin bu düzenlemeler, Sözleşme'nin özünü oluşturmaktadır. Katoğlu, s. 165.

¹¹ Solomakhin v. Ukrayna Kararı, Başvuru No: 24429/03, Karar Tarihi: 24.04.2012.

¹² Parmet, Wendy E/Sinha, Michael S., "Covid 19 – The Law and Limits of Quarantine", The New England Journal of Medicine, April 2020, s. 2.

¹³ Herczegfalvy v. Avusturya Kararı, Başvuru No: 10533/83, Karar Tarihi: 24.09.1992, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57781"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim Tarihi: 12.05.2020).

¹⁴ <https://www.coe.int/en/web/bioethics/-/covid-19-human-rights-principles-must-guide-health-decisio-1> (Erişim Tarihi: 15.05.2020).

Salgın hastalık halinde, hastanın tecridi, karantina altına alınması ve tedavisi, hastalığın başkalarına bulaşmasını önlemek bakımından bir zorunluluktur. Karşılaştırmalı Hukukta halk sağlığı pratiğinde, “karantina”, bulaşıcı bir hastalıkla karşı karşıya kalmış kişi veya toplulukların ayrılmasını ifade ederken; “izolasyon” halihazırda enfekte olmuş kişilerin ayrılmasını anlatmaktadır.¹⁵

“Bulaşıcı hastalık taşıdığı tespit edilen kişilerin toplumun diğer bireyelerine hastalık bulaştırmasını önlemek için başkalarıyla görüşmesinin yasaklanmasına (ihtilattan men edilmesine) tecrit, hasta olduğu kesin olmayan ama bulaşıcı hastalık taşıdığından «şüphelenilen» kişilerin tedbiren toplumun diğer kesimlerinden izole edilmesine ise karantina denilmektedir.” Ancak bu kavramlar mevzuatta her zaman bu anlamda kullanılmamaktadır. Örneğin Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹⁶ (UHK) md. 49’da “bulaşık olduğundan şüphelenilen yolcuların tecridi”nden bahsedilmektedir. Oysaki hastalık bulunduğu kesin değilse ve sadece şüphe söz konusuysa “tecrit” yerine “karantina” teriminin kullanılması gerekirdi. Dolayısıyla mevzuatta bu kavramların her zaman teorideki anlamlarında kullanıldığı düşünülmemeli ve zaman zaman birbirleri yerine kullanılabilirliklerine dikkat edilmelidir.¹⁷

Aşağıda, mevzuatımızda yer alan bulaşıcı hastalıklar ile ilgili alınabilecek tıbbi tedbirlere değinilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, aşağıda işaret edilen, rıza olmadan da tıbbi müdahalenin yapılabildiği hallerde, hasta tıbbi müdahaleye direniyorsa, sağlık çalışanının herhangi bir şekilde zor kullanarak tıbbi müdahale yapması beklenemez. Bu durumda zorla müdahale yapılmasına yönelik olarak, ilgili savcılık, mahkeme, idari makamlar veya Bakanlığın gerekli tedbirleri alması ve ondan sonra sağlık çalışanının tıbbi müdahaleyi yapması gerekir.

I- KAMU SAĞLIĞININ KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bu kısımda kamu sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler olarak; UHK, Türk Medeni Kanunu (TMK), alınan idari tedbirler bağlamında ise, İl İdaresi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Pandemi Genelgesi ve İçişleri Bakanlığı Genelgesi ele alınacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bazı durumlarda hastanın ya da ilgili kişinin rızası bulunmasa dahi, kamu sağlığının korunması amacı ile birtakım tıbbi müdahalelerde bulunulması söz konusu olabilir. Hukuka

¹⁵ Parmet/Sinha, s. 1.

¹⁶ 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, RG: 06.05.1930, Sayı:1489.

¹⁷ Palteki, M. Ebrar, Genel Sağlıkın Korunması Amacıyla Yürütülen İdari Kolluk Faaliyetleri ve Temel Hak ve Hürriyetler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s. 25.

uygunluk nedeni olarak üstün kamusal yarara¹⁸ dayandığı kabul edilen bu müdahalelerin gerçekleştirilmesine izin veren ve müdahalenin çerçevesini çizen kanuni düzenlemelerin de var olması nedeni ile, kanunun verdiği yetkinin kullanılması da, ikinci bir hukuka uygunluk nedeni olarak, diğer bir ifade ile, iki hukuka uygunluk nedeninin birarada olduğu bir durumla karşılaşılmaktadır. Ancak burada, dikkat edilmesi gereken husus, rızanın kamu sağlığının korunmasına yönelik hatta üstün kamusal yarara dayanılarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde, kesinlikle bulunmadığı şeklinde bir sonuca varılmamasıdır. Önemli olan, ilgili kişinin rızası olmasa dahi, yine de müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek olmasıdır.¹⁹

Bahsi geçen düzenlemelere geçmeden önce, “*karantinaya alınan bulaşıcı hastalık şüphesi taşıyan kimselere imzalatılan, aydınlatma ve rıza formu*”nun paylaşılmasının, talimatlara aykırı hareket edenler hakkında hangi yaptırımların uygulanabileceğini de ortaya koyması bakımından önemli olduğu düşünülmüştür:

TALİMATLARA AYKIRI HAREKET ETMEM DURUMUNDA

1. 1593 kanun numaralı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282'nci maddesinde yer alan "Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, ikiyüzlü Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir." hükmü gereği hakkımda 2020 yılı güncel tarifesi ile 3,150 TL (ÜÇBİN YÜZELLİ TÜRK LİRASI) idari para cezası uygulanacağı,

2. Yetkililerin uyarısına rağmen talimatlara uymama konusunda ısrar etmem durumunda 1593 kanun numaralı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 282'nci maddesinde yer alan idari para cezasının tekrar uygulanacağı ve evde izlemin/izolasyonun/karantinanın sonlandırılarak yetkililerce belirlenecek yerde (hastane, çadır vb.) izolasyon/karantina altına alınacağı,

3. Yetkililerce belirlenecek yerde (hastane, çadır vb.) izolasyon/karantina uygulamasına aykırı davranmam durumunda ise; 5237 kanun numaralı Türk Ceza Kanunu'nun Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma başlıklı 195'inci maddesinde yer alan

¹⁸ “Üstün nitelikteki kamusal yarar” ile “kanunun verdiği yetkiye dayanılması”, öğretilerde iki farklı hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınmaktadır. Buna karşılık, kişinin rızası ya da üstün nitelikte özel bir yararın bulunmamasına rağmen tıbbi müdahalenin hukuka aykırı sayılmadığı durumlarda, üstün nitelikte kamusal bir yarar ile kanun tarafından verilen yetkinin kullanılmasının genellikle bir arada bulunduğu dikkate alınmaktadır. Özbilen, Arif Barış, Özbilen, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 24, 2013/2, ss. 107-108.

¹⁹ Güneş Tunalı, Işıl, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, ss. 301-302.

"Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükümleri kapsamında hakkımda İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı,

4. Türk Medeni Kanunu'nun 432'nci maddesinde yer bulan "Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar." Maddesi ve olarak Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet Ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün 9'uncu maddesinin "Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren velayet altında bulunmayan küçük ile akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan bir erginin varlığını öğrenen idari makamlar, noterler ve mahkemeler de bu durumu hemen yerleşim yerinin bulunduğu vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür." maddesinin de işletileceği,

HUSUSUNDA TARAFIMA BİLGİLENDİRME YAPILMIŞ OLUP
BU BİLGİLENDİRME SONRASINDA EVDE
İZLEM/İZOLASYON/KARANTİNA UYGULAMASINI KABUL
EDİYORUM.

EVDE İZLEM/İZOLASYON/KARANTİNA UYGULAMASINI
İLİŞKİN TALİMATLARA UYACAĞIMI TAAHHÜT EDERİM.

EVDE İZLEM/İZOLASYON/KARANTİNA UYGULAMASINI
SONLANDIRILARAK YETKİLİLERCE BELİRLENECEK YERDE
(hastane, çadır vb. İZOLASYON/KARANTİNA UYGULAMASINI ve
DİĞER YAPTIRIMLARI KABUL ETTİĞİMİ AÇIKÇA VE YAZILI
OLARAK BEYAN EDERİM...../.../2020

Not: Yukarıdaki alana hasta, şahıs kendi el yazısı ile "OKUDUM, ANLADIM, ÖZGÜR İRADEM İLE ONAYLIYORUM" yazarak imzalayacaktır. (Bu Bilgilendirilmiş Rıza belgesi bir nüshası sağlık kurumunda, diğeri ilgilide kalacak şekilde iki nüsha hâlinde hazırlanır.)

A- UMUMİ HIFZISSİHHA KANUNU

1- Genel Olarak

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin müdahalelere rıza olmasa dahi olanak veren hükümlerin çoğu 1930 tarihli 1593 sayılı *Umumi*

Hıfzıssıhha Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun ikinci faslının başlığı “*Memleket Dâhilinde Sâri ve Salgın Hastalıklarla Mücadele*”dir. Kanunun 57. maddesinde sayılan hastalıkların bildirilmesi mecburi olup, 64. maddeye göre Sağlık Bakanlığı bu konuda, kanunda gösterilen tedbirleri almaya ve 67. maddeye göre ise, bu hastalarla ilgili olarak, hekimler hastanın yanına girmeye, hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye yetkilidirler. Aynı Kanunun 72. maddesine göre, hasta olanlar tecrit edilip tedavi altına alınabilecek, serum veya aşı uygulanabilecektir.

Bu Kanunun 23. maddesi her il merkezinde bir Umumi Hıfzıssıhha Meclisi toplanmasını öngörmektedir. Bu meclisin alınacak tedbirlerle ilgili önemli yetkileri bulunmaktadır: “*Umumi Hıfzıssıhha Meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin islahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler*” (md. 27).Bu hüküm çerçevesinde Umumi Hıfzıssıhha Meclisi karantina kararı alabilir.²⁰

Covid-19 salgını ile ilgili uygulanabilecek hüküm ise, bu kanunun 64. maddesidir: “*57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır*”.

Aynı Kanunun 76. maddesine göre, “*etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek sanatlarını icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyle menolunur*”.

²⁰ “ ...Dünya Sağlık Örgütü (DSO) tarafından pandemi (salgın) ilan edilen ve ülkemizde salgın riski olan Koronavirüs (COVID 19) hastalığının en temel özelliğinin; fiziksel temas, hava yolu vb. yollarla çok hızlı bulaşması ve enfekte insan sayısının çok hızlı artması olduğu, salgının yayılmasını engellemenin en etkili yolunun sosyal hareketliliği ve insanlar arası teması azaltarak sosyal izolasyonun mutlak şekilde sağlaması olduğu, aksi hallerde virüsün yayılımı hızlanarak vaka sayısı ve tedavi gereksiniminin artması sonucu vatandaşların hayatlarını kaybetme riski ile toplum sağlığı ve kamu düzeninin bozulmasına sebep olacağı gerekçesiyle;

1. 30.04.2020 tarihi saat 24.00 ile 03.05.2020 tarihi saat 24.00 arasında aşağıda belirtilecek istisnalar hariç olmak üzere ilimiz sınırları içinde bulunan tüm vatandaşlarımızın sokaga çıkmalarının kısıtlanması, uygulamada herhangi bir aksaklığa meydan verilmemesi ve mağduriyetlere neden olunmaması, alınan kararlara uymayan vatandaşlara Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 282 nci maddesi gereğince idari para cezası verilmesi başta olmak üzere aykırılığın durumuna göre Kanunun ilgili maddeleri gereğince işlem yapılması, konusu suç teşkil eden davranışlara ilişkin Türk Ceza Kanununun 195 inci maddesi kapsamında gerekli adli işlemlerin başlatılması...”. T.C. İstanbul Valiliği, İl Sağlık Müdürlüğü'nün, 83362133050.01.04 sayılı, İl Hıfzıssıhha Meclisi'nin 30 numaralı Kararı.

Yine bu Kanuna göre, Sağlık Bakanlığı, salgının olduğu veya salgın tehdidinin olduğu yerlerde toplanmaları sınırlandırabilir veya yasaklayabilir (md. 77).

Belirtelim ki, belli yaş üstü veya altı gruplara yönelik sokağa çıkma yasağı konusunda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri müsait değildir. 72. madde tecrit edilerek tedaviyi düzenlemektedir. Dolayısıyla sağlıklı bireyler açısından, bu madde esas alınarak yasak ihdas edilemez. Ayrıca 72. Madde sadece 57. maddede sayılan hastalıklar²¹ bakımından uygulanma kabiliyetine sahiptir ve Covid-19 bu kapsamda değildir. Bu noktada 64. madde ile Sağlık Bakanlığı'na verilen tedbir yetkisinin 72. maddedeki tedbirleri kapsadığı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce bu konudaki yetkinin açıkça düzenlenmiş olması gerekir. 72. maddede belirli hastalıklara yönelik tedbirler düzenlenmişken, 64. madde esas alınarak, bu tedbirlerin başka hastalıklara da teşmil ettirilmesi isabetli olmayıp, bu durum kanunilik ilkesinin dolanılması anlamına da gelecektir.

Yine 64. maddeye dayanılarak Sağlık Bakanlığı'nın sokağa çıkma yasağı koyup koyamayacağı tartışılmalıdır. Bu bakımdan da açık bir yetkinin bulunması gerektiği kanaatindeyiz. İdare Hukukunda da geçerli olan kanunilik ilkesi bunu gerektirmektedir. Sağlık Bakanlığı'nın da doğrudan yetki alanına girmeyen sokağa çıkma yasakları konusunda da, daha açık bir kanuni düzenleme ihtiyacı vardır. Bu nedenle genel tedbir yetkisini düzenleyen bu hükmün esas alınamayacağı kanaatindeyiz.

Giriş kısmında belirtilen Covid-19 teşhisli hastanın evde tedaviye devam isteğinin reddedilmesi olayı, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, mevzuatımızda bulaşıcı hastalığı olan kişilerin zorla tedavisine yönelik bir kanuni dayanak bulunmamaktadır. Anayasa'nın 17/2 madde hükmü karşısında, yasal bir dayanak olmaksızın zorla tedavi yapılamaz. Bu hasta açısından da hasta tedaviye zorlanamaz. Ancak evde izolasyona (tecride) zorlanabilir. Bu çerçevede, uygulamada, hastalara tedaviyi ret ve ayrıca yukarıdaki form imzalatılmakta ve hasta aile hekimi tarafından takip edilmektedir.

Bu noktada, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması" başlıklı 432. maddesi de tartışılabilir. Aşağıda

²¹ "Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması has- talıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduş şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

daha ayrıntılı olarak değinileceği üzere, bu hükmün uygulanabilmesi için hâkim kararına ihtiyaç vardır. Hekim, kendi kararıyla kurumda alıkoyma uygulaması yapamaz. Yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bulunduğu yer vesayet makamına aittir. İkinci olarak somut olayda, hasta tedavisini kendi sağlamak istemektedir.

Burada karantinanın, doğal olarak tedaviyi de içerip içermediği, yani karantinede tutma konusundaki yetkinin, doğal olarak tedaviye zorlamayı da içerip içermediği tartışılabilir. Kanaatimizce, Anayasa'nın 17/2 hükmü böyle bir yoruma engeldir.²² Zira bu tür bir zorlama için, açık kanun hükmüne gerek vardır. Burada yine akla gelen bir başka husus, hekimin hastanın bu tedaviye evde tek başına devam edemeyeceğini düşünerek hastaya, hastaneyi terk etme izni vermemesidir. Ancak bu konuda da, hekimin bir yetkisi bulunmamaktadır. Kişilerin tedaviyi kabul etme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Hastanın kültür seviyesi ve benzeri gerekçelerle, hastanın kendi geleceği hakkında, bir başkasının karar verme hakkı söz konusu olamaz. Toplum sağlığının etkilendiği, salgın hastalık gibi durumlarda özerkliğe saygı ilkesinden taviz verebilmek için, açık bir yasal dayanağa ihtiyacımız bulunmaktadır. Burada yine tartışılması gereken bir sorun da, bu düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılıp yapılamayacağıdır. Kanaatimizce, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir alan olması itibarıyla, bu alandaki düzenlemenin mutlaka kanun olması gerekmektedir.

2- Yurt Dışından Gelenlere Zorla Tıbbi Müdahale Yapılması ve Kendilerinin Karantinaya Alınması

Geçtiğimiz yıllarda domuz gribi salgını nedeniyle, Türkiye'ye giriş yapan yolculardan, domuz gribi şüphesi altında olanlar tedavi altına alınmaktaydı. Bugün de, umreden dönenlerin veya yurt dışından getirilen vatandaşların, Covid-19 şüphesi ile, 14 gün süre ile karantina altına alındıkları görülmektedir. Burada ortaya çıkan hukuksal sorun, kişilerin rızası olmadan böyle bir tedaviye katlanmak zorunda olup olmadıklarıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1 no.lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 352/1-c maddesine göre, Sağlık Bakanlığının görevleri

²² Anayasa'nın 17. maddesindeki "kanunda yazılı haller" ifadesinin, kanunların bireylere tıbbi müdahaleyi zorunlu kıldığı durumlar olarak değerlendirilmesi, bireyin tedaviyi ret hakkına daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Aynı maddede yer alan "tıbbi zorunluluklar" ifadesinin, tıbbi müdahale gerektiren durumları kapsayan bir ifade olduğunun ve tıbbi uygulamaların onam alınmadan gerçekleştirilemeyeceği kuralına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi durum bireylerin tıbbi uygulamalar konusunda karar verici olma haklarını engelleyecek ve tıbbi gerekliliğin bulunduğu hallerde, bireyin tıbbi uygulamaya zorlanmasına neden olabilecektir. Sert, Gürkan, "Türk Hukuku'nda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği", Terazi Hukuk Dergisi, S. 70, Haziran 2012, s. 20.

arasında, uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesinin önlenmesi de vardır.²³ “Uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesini önlemek”.

Ancak bu hüküm, olsa olsa hasta olan veya bulaşıcı hastalık riski taşıyan kimselerin önlenmesi bakımından tedbir alma yetkisi vermekte, buna karşılık, bir kimseyi zorla hastaneye götürerek, zorla tedavi altına alma yetkisini ise vermemektedir.

Genel hükümler çerçevesinde, bu tür tedavi bakımından da rıza gerekli olduğundan, zorla tıbbi müdahale için yasal düzenlemelere gereksinim vardır ve bu gereksinim UHK’da karşılanmıştır. Kanununun 49. maddesine göre;

“Türkiye limanlarına sâri ve salgın hastalıkların duhulüne mani olmak için aşağıda zikredilen tedbirler ittihaz edilir:

1 - Gemilerin tıbbi muayenesi.

2 - Bulaşık olduğundan şüphe edilen yolcuların nezaret altında bulundurulması veya tecridi.

3 - Hastaların tahaffuzane veya sâri hastalıkları hastanelerinde şifa buluncaya kadar tedavi ve etrafi için tehlikeleri zail oluncaya kadar tecridi.

....

6 - Yolcu ve mürettebata aşı veya serum tatbiki

Bu tedbirlerin tatbiki için lazım gelen zaman zarfında gemilerin limanlarda tevkiğine hudutlar ve sahiller sıhhat memurları salahiyyettardırlar.”

Benzer hükümler, aynı kanununun 54. maddesinde kara sınırları ile ilgili, 56. maddesinde ise hava nakil araçları bakımından da sevk edilmiştir.

B. TÜRK MEDENİ KANUNU

TMK’nun, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlıklı 432. maddesi, Covid-19 salgınına ilişkin olarak, ilkin Karabük’te verilen bir mahkeme kararıyla gündeme gelmiştir. Konuya ilişkin basında çıkan haber şu şekildedir:

“Karabük İl Sağlık Müdürlüğü, testi pozitif çıkan bir şahsın yanındaki G.Ü ve S.Ü hakkında, testleri negatif olmasına rağmen tedbiren evde 14 gün karantinaya uymayıp dışarı çıktıkları için toplum sağlığını tehdit ettikleri gerekçesiyle suç duyurusunda bulundu.

Suç duyurusu ve savcılığın devreye girmesinin ardından Safranbolu Sulh Hukuk Mahkemesi ilginç bir karara imza attı. 22 Mart’ta salgın nedeniyle ilk kez “koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması” kararı verildi. Çift, 26 Mart’a kadar evlerinde alıkonulacak. Kararda, çiftin 10 günlük yasal ve kesin

23 Önceki kararnamedeki hüküm, “Bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak” şeklinde daha net olarak yer almaktaydı.

süre içerisinde Safranbolu Asliye Hukuk Mahkemesi'ne itiraz hakları bulunduğu belirtildi. Mahkeme, koronavirüs bulaşma riski nedeniyle kararı verirken rapor istemedi ve Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre "toplum için tehlikeli hastalık taşıyan her kişinin alıkonabileceğine" vurgu yaptı. Mahkeme kararı ışığında, koronavirüs tanısı konulanların yanında bulunanlara ve hastalığı bulaştırma riski olanlara testleri negatif çıksa bile TMK'nın 432'nci maddesi gereğince "toplum için tehlike şartı oluştuğu" için evlerinde özgürlükleri kısıtlanarak alıkonulmaları tedbiri uygulanabilecek. Karar bu yönüyle örnek niteliği taşıyor. Mahkeme kararına rağmen de evden çıkana hapis cezası yolunun açılabilceği bildirildi.²⁴

TMK'nun 432. maddesine göre, "akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır".

Böylelikle kanun, sayılan hallerden biri olarak ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık durumunda, özgürlüğün sınırlanması ve zorla tedavi olanağı sağlamış gibi gözükmektedir. Ancak bunun için, hâkim kararına gereksinim vardır. Nitekim aynı kanunun 433. maddesine göre, "yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına aittir. Yerleştirme veya alıkoymaya karar veren vesayet makamı, kurumdan çıkarmaya da yetkilidir".

TMK md. 434 ise, "Kısıtlı bir kişi bir kuruma yerleştirildiği veya alıkonulduğu ya da ergin bir kişi hakkında vesayete ilişkin diğer önlemlerin alınmasına gerek görüldüğü takdirde, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunlarda öngörülen ilgililer, durumu yerleşim yeri vesayet makamına bildirmekle yükümlüdürler" hükmünü içermektedir.

Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir (TMK 436/5). Hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler (TMK 437/III).

TMK md. 436/7'ye göre de, bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir.

Burada görülmektedir ki, TMK'nun 432. maddesi, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık hallerini de, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için bir sebep olarak düzenleme altına almıştır. Ağır tehlike

²⁴ <https://www.haberler.com/karabuk-te-mahkeme-14-gun-kurali-na-uymayan-ciftin-13041950-haberi/>, (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

arz eden bulaşıcı hastalık nedeni ile özgürlüğün kısıtlanması durumu, esasen korumanın kişiden ziyade toplumu esas aldığını göstermektedir. AİHS md. 5'e göre de, kişi özgürlüğünü kısıtlamaya yönelik haller arasında, kişinin bulaşıcı bir hastalığı yayma ihtimali bulunması hali de sayılmıştır. Aynı durum ile İsviçre Medeni Kanunu'nun 397a maddesinde de karşılaşılmaktadır. TMK'nun 432. maddesinin gerekçesinde, ağır bulaşıcı hastalık olarak; AIDS, kolera, ilerlemiş verem gibi hastalıklar sayılmıştır. Bu hastalıklara yakalanan kişiler, hem kendi tedavileri için hem toplum sağlığı için, tedavi amaçlı bir kuruma yerleştirilirler. Burada kişideki tehlike arz eden bu hastalıkları belirlemek, tehlike boyutlarına dair değerlendirme yapmak uzman hekimlerin görevi olacaktır.²⁵

TMK md. 436/5'deki resmi sağlık kurulu raporu, koruma amacı ile özgürlüğün kısıtlanması kararının alınabilmesi için gerekli emredici bir ön şarttır. Önlemin alınması ivedi veya önlemin süresi geçici olsa bile alınmak zorundadır.²⁶ Oysa, bahsi geçen olayda Safranbolu Sulh Hukuk Mahkemesi'nin, korona virüs bulaşma riski nedeniyle kararı verirken rapor istemediği ifade edilmiştir.

Burada yine tartışılması gereken bir diğer husus da; koruma amacı ile özgürlüğün tedavi için kısıtlanması halinde, uygun bir kuruma mesela bir sağlık kliniğine yerleştirilen kişiye zorla tedavi uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir. Diğer bir ifade ile, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olarak TMK'unda öngörülen düzenlemenin, zorla tedavi için de, hukuki bir temel oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması tedbirinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan tıbbi müdahale, zorla yapılabilir. Örneğin bu yönde kuruma yerleştirilecek kişinin sakinleştirilmesi için kendisine ilaç verilebilir. Böyle bir durumda, zorla tıbbi müdahale ilgili kişinin iyileştirilmesine yönelik bağımsız bir tedavi oluşturmamaktadır. Burada konumuz bağlamında önem taşıyan husus, özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilen kişinin korunmasını gerektiren zayıflık hali, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebebinden kaynaklanıyorsa, bu hastalık UHK kapsamında bir hastalık olması durumunda, ilgili kişi zorla tedavi edilebilir. Zira burada ilgili kişinin tedavi edilebilmesi için yasal temeli UHK oluşturmaktadır. Ancak esas mesele, Covid-19 gibi, UHK kapsamında yer almayan bir hastalık dolayısı ile veya TMK md. 432'de sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı sebeplerinden biri ile, tedavisi için kuruma yerleştirilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu hükmün amacı sadece ilgili kişinin kuruma yerleştirilmesi olmayıp, kişisel koruma bakım ve tedaviyi içermektedir. Ancak tıbbi müdahale temel kişilik değerleri ile ilgili olduğundan, ilgili

²⁵ Dağlı, Mehmet, *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 32.

²⁶ Dağlı, s. 97.

kişinin rızası olmaksızın tedavi edilebilmesi için, bu yöndeki kanun hükmünün, zorla tedavinin hangi şartlar altında gerçekleştirilebileceğini, zorla tedavinin çeşidini, süresini ve yapılışını da tespit etmesi gerekmektedir.²⁷

Açıklanan bu sebeplerle, TMK'nun 432. maddesindeki genel düzenlemenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Bu hastalıkların tek tek sayılması, böylece herhangi bir takdire bırakılmaması gerekir.²⁸ Bu düzenleme, Anayasa'nın "*toplum için tehlike teşkil eden ...hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz*" (md. 19/2) hükmü ile uyumlu olmakla beraber, bu tür bir geniş düzenlemenin AİHM'nin aradığı meşru amaç kriterine de hizmet etmediği açıktır. Zira ölçülülük ilkesi uyarınca, ilgili kişinin hukuki durumuna daha az müdahale eden uygun bir tedbir bulunmalıdır. Bu yönde gerçekleştirilen tıbbi tedavi ölçülü olmalı ve bilimin son durumuna uymalıdır. Bilimsel yönden şüpheli veya tartışmalı tedbirler ya da cerrahi müdahaleler, hastanın rızası olmadan uygulanamaz.²⁹

C. İDARİ TEDBİRLER

Bu başlık altında; belirli yaşın üstündeki veya altındakilerin sokağa çıkmasına yönelik yasakların, 31 ildeki belirli günlerdeki sokağa çıkma yasaklarının, belirli şehirleri terk etme veya girme konusundaki yasakların hukuki dayanakları bu başlık altında incelenecektir.

Bu konuya ilişkin bir kısım hükümlere yukarıda değinilmiştir. Bunların dışında İdare Hukuku açısından ne tür düzenlemelere yer verildiği, bu kısımda ele alınacaktır:³⁰

1. İl İdaresi Kanunu

İl İdaresi Kanunu'nun³¹ 11/C maddesine göre, "*il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindenir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.*

Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayati durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi

²⁷ İmamoğlu, Selma Hülya, "Hukukî Açından, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD), C.7, S. 3-4, 2012, ss. 53-54.

²⁸ Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 5. Baskı, s. 806.

²⁹ İmamoğlu, s. 51.

³⁰ Alman Hukukundaki tartışmalar için bkz., Lorenz, Henning/Oğlakçoğlu, Mustafa, "Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmassnahmen nach dem IfSG", KriPoz 2, 2020, s. 113 vd.

³¹ 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu Kanunu, RG: 18.06.1949, Sayı:7236.

belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.

Bu fıkra kapsamında alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.

Aynı kanununun 66.maddesine göre, “il genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

Mevzuattaki bu hükümlere dayanılarak bazı yasaklar uygulanmaktaysa da, birkaç yönden sorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle, kanun ildeki belirli yerlere giriş ve çıkışı yasaklarken, uygulamada yasak, tüm ili kapsayacak şekilde ilan edilmektedir. Yine belirli kişiler için bu yasak getirilebilirken, uygulamada o ilde yaşayan tüm vatandaşlar için bu yasak öngörülmektedir. Bu haliyle, kanunda tanınmış olan yetkinin aşıldığını söylemek mümkündür.

2. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun³² 13/F maddesine göre, polis, “bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar”.

Bu hüküm toplum için tehlike teşkil eden hastalık bulaştırabilecek kişileri yakalama yetkisi vermektedir. Nitekim bu yetkiye dayanılarak, karantina ve diğer tedbirlere uymayıp kaçan kişileri yakalamak konusunda kolluk yetkilidir.

³² 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, RG: 14.07.1934, Sayı:2751.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun³³(CMK) 91/4 fıkrası kolluğa bazı yetkiler vermektedir. Buna göre, suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla, İl İdaresi Kanunu'na dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme halinde, kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir.

Burada tartışılması gereken husus, bu hükmün sokağa çıkma yasağı ilan edilmesine dayanak oluşturup oluşturamayacağıdır. CMK suç soruşturması ve kovuşturması ile ilgili bir kanundur. Bu nedenle, idari bir tedbirle ilgili olarak dayanak sunması söz konusu olamaz. Kaldı ki, söz konusu düzenlemede de esas alınan İl İdaresi Kanunu'dur. Dolayısıyla, öncelikle bu kanun hükümlerine dayanılarak ilan edilmesi gereken bir yasak mevcut olmalıdır. Bu itibarla, böyle bir yasak halinde, gözaltı müessesesini düzenleyen bir hüküm esas alınarak sokağa çıkma yasağına dayanak yapılamaz. Bu konuda daha açık bir hükme gereksinim vardır.

4. Genelgeler

a. Pandemi Genelgesi

2019 yılında Küresel Grip Salgını (Pandemi) konulu ve 2019/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi yayımlanmıştır.³⁴

Bu genelgeye göre, bir pandemi ihtimaline karşı kamu kurum ve kuruluşlarınca alınması gereken tedbirler şunlardır:

“Küresel bir grip salgınında hizmet sunumunun aksamaması amacıyla il sağlık müdürlükleri ile işbirliği içinde pandemi hazırlık çalışmaları yapılarak hastaneler ve tedavi merkezlerinin yanı sıra kamu kurumlarında da sağlık hizmeti verilebilmesi için ilde ihtiyaç duyulan ek hizmet, birim, alan, araç ve malzemelerin tedariki ile bunların hizmete sunulması planlanacaktır. Pandemi döneminde kamu hizmetlerinde herhangi bir aksaklığa yol açmayacak şekilde gerekli tedbirler alınacak, “Pandemik İnfluenza Ulusal Hazırlık Planı” ve “Pandemik İnfluenza İl Hazırlık ve Faaliyet Plan”ının uygulanması ve bu kapsamdaki görevlerin yerine getirilmesi konusunda Sağlık Bakanlığının merkez ve taşra teşkilatınca ihtiyaç duyulacak her türlü katkı ve destek bütün kamu kurum ve kuruluşlarınca ivedilikle sağlanacaktır.”

b.İçişleri Bakanlığı Genelgeleri

İçişleri Bakanlığı belirli yaştakilerin sokağa çıkışlarını, belirli şehirlere giriş ve çıkışları ve yine bu şehirlerde belirli günlerde toplu olarak sokağa çıkış yasaklarına ilişkin genelgeler çıkarmıştır.

³³ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG: 17.12.2004, Sayı:25673.

³⁴ RG: 13.04.2019, Sayı: 30744.

Burada tartışılması gereken husus, sokağa çıkma, şehre giriş çıkış, belirli yaş gruplarının evden çıkmasına ilişkin yasakların hukuki dayanağının olup olmadığıdır.

Türkiye tarafından imzalanan ve onaylanan Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre, seyahat özgürlüğü, bu Sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak, *genel sağlığı korumak için gerekli sebepler* ile *hukuken öngörülmuş sınırlamalar* dışında hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz.

Bu hususta ve insan haklarına yönelik kısıtlamaların ne zaman ve nasıl uygulanabileceği konusunda daha fazla rehberlik edinebilmek amacıyla, bir Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi yorumu olan, Siracusa İlkeleri'nden faydalanılabilmektedir. Bu ilkeler şunlardır:

- (i) *“Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi tarafından tanınan bir hak üzerinde hiçbir sınırlama, ayrımcı olmayacaktır;*
- (ii) *herhangi bir sınırlama, acil bir kamusal veya sosyal ihtiyaca cevap vermeli, meşru bir amaç izlemeli ve bu amaçla orantılı olmalıdır;*
- (iii) *devletler, sınırlama amacına ulaşmak için gerekenden daha kısıtlayıcı bir araç kullanmamalıdır;*
- (iv) *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınan bir hak üzerinde bir sınırlamanın gerekçelendirilmesi yükümlülüğü devlete aittir; ve*
- (v) *getirilen her sınırlama, uygulanmanın kötüye kullanılması hâlinde şikâyet ve dava konusu olabilecektir”*.³⁵

Anayasa'nın 17. maddesine daha önce değinilmişti. Anayasa'nın 19. maddesine göre de hastalık yayabilecek bir kişinin, bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi için hürriyetinden yoksun bırakılması mümkündür. Görüldüğü üzere, bu durumda her iki madde açısından da kanuni bir dayanağa ihtiyaç vardır.

Belirli yaş gruplarının evden çıkmasının yasaklanması, İçişleri Bakanlığı'nın genelgesiyle yapılmıştır. Belirtelim ki, bu uygulama hukuka aykırıdır. Zira bu konuda Bakanlığa verilmiş bir yetki bulunmamaktadır. Temel hak ve hürriyetlere yönelik böyle esaslı bir sınırlandırma, ancak yasal bir dayanak ile mümkün olur. Bu yasal dayanak ise, İl İdaresi Kanunu'nun 11C maddesidir. Ancak bu madde bu konudaki yetkiyi valiye vermiştir. O nedenle, Bakanlığın toptancı bir yaklaşımla her il için toplu bir karar alması hukuka aykırıdır.

Aynı şekilde şehri terk etme, şehre giriş ve şehrin tümünde sokağa çıkma yasakları da İçişleri Bakanlığı genelgesiyle yapılmıştır. Genelgede dayanak olarak İl İdaresi Kanunu 11C maddesi ile UHK md. 27 ve 72'de belirtilmiştir. İl İdaresi Kanunu hükmünün bunun için hukuki dayanak

³⁵ Mega, Ertunç, Uluslararası Af Örgütü Raporu ve Türkiye'nin Pandemi Yönetimi, <https://www.saglikciyiz.com.tr/2020/4/uluslararasi-af-orgutu-raporu-ve-turkiyenin-pandemi-yonetimi-m1293.html> (Erişim Tarihi: 16.4.2020).

olmayacağı, yukarıda ifade edilmiştir. Benzer şekilde, UHK 27.madde genel bir hüküm olup, bu konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemekte ve 72. maddesi de şu an mevcut Covid-19 pandemik hastalığı dışındaki hastalıklarla ilgili bir düzenlemedir. Bu itibarla, genelge ile yapılan bu yasaklamalar hukuka aykırı olup, bundan zarar gören bireylerin hukuki yollara başvurma hakkı doğacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, İl İdaresi Kanunu'nda verilen yetki de herkes için değil, sadece “*ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için*” verilmiştir. Bütün bir il halkı için bu yetki verilmemiştir.

Öte yandan Anayasa'nın 23.maddesi, seyahat hürriyetini sadece suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla sınırlamıştır. Bulaşıcı hastalıkla ilgili bir amaç, burada bulunmamaktadır.

Hâlihazırda kullanılan yetkiler olağanüstü hal yetkileridir. Nitekim Anayasanın 119. maddesine göre, Cumhurbaşkanı; tehlikeli salgın hastalık halinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Bu durumda mevcut yetkiler, ancak olağanüstü hal ilanı sonrası Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kullanılabilir. Olağanüstü hal ilan edilmeksizin, bu yetkilerin kullanılması amaçlanıyorsa, bu durumda yasal bir dayanağa ihtiyaç vardır. İl İdaresi Kanunu'nda genel bir yetki veya UHK'unda salgın hastalıklara yönelik bir yetki düzenlenmesi yapılmalıdır.

Mevcut uygulama, AIHS'ne de aykırıdır. Sözleşmeye ek 4 nolu protokolün “*serbest dolaşım özgürlüğü*” başlıklı 2.maddesine göre:³⁶

“1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.”

Görüldüğü üzere, bu hakkın sağlık nedeniyle sınırlanması ancak demokratik bir toplumda zorunlu olması ve yasayla öngörülmüş olması halinde mümkündür.

Bu konuda İtalya'da idari yargıya yapılan bir müracaat olmuştur. Davaya konu olay ve verilen karar şöyledir:³⁷

³⁶ Türkiye protokolü imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır.

Uyuşmazlık konusu olayda, “zarurî ihtiyaçlar haricinde ikametgâh adresinin terk edilmemesi”, yani (polis tarafından talep edilmesi halinde, yapılan harcamaları belgelemek şartıyla) eczaneye gitmek veya market alışverişi yapmak haricinde evde kalınmasını öngören kolluk tedbiri karşısında, İtalya'nın Kalabriya bölgesinde yaşayan bir tarım işçisinin, her gün çalışmakta olduğu tarlaya gitmeye devam etmesi üzerine, Corigliano Rossano Belediyesi tarafından bu tarım işçisi hakkında “14 gün sıhhi gözetim altında tutulmak şartıyla evde zorunlu karantina uygulaması” yönünde idari yaptırım kararı verilmiştir. Bunun üzerine açılan davada, Belediye tarafından tesis edilen evde zorunlu karantina işlemi ve bunun dayanağını teşkil eden Kalabriya Bölge İdaresi'nin düzenleyici işleminin; İtalyan İdari Yargılama Usûlü Kanunu 56. maddesinde, ivedi usûlle yürütmesinin durdurulması, ardından yapılacak incelemesonucunda iptali; aynı zamanda davacının karantina müddetince çalışmaması nedeniyle uğrayacağı maddi ve manevi zararların tazmini talep edilmektedir.

Kalabriya Bölge İdare Mahkemesi nezdinde açılan davada, öncelikle ivedi usûl izlenerek yapılan yürütmenin durdurulması başvurusunu inceleyen Mahkeme Başkanı, aşağıda tercümesi verilen karar gerekçesinde, yürütmenin durdurulması talebinin REDDİNE karar vermiştir:

“{...} Yapılan inceleme neticesinde söz konusu salgın döneminde, çatışan menfaatler arasında bir mukayesede bulunulması durumunda, toplum sağlığının korunması ve salgın hastalığın insanlara bulaşma riskinin ortadan kaldırılması yönündeki kamu yararına üstünlük tanınması gerekmektedir. Kaldı ki, İdare tarafından davacı taraf hakkında öngörülen sıhhi gözetim şartıyla evde zorunlu karantinada tutulma süresinin yarısından fazlası tamamlanmış ve bu sürenin 3 Nisan 2020 tarihinde sona ereceği görülmüştür. Bu nedenle bahsi geçen başvurunun REDDİNE karar verilmiştir.”³⁸

Kalabriya Bölge İdare Mahkemesi tarafından, ivedi usûl uyarınca yapılan yürütmenin durdurulması talebi hakkında verilen ret kararına karşı davacı tarafın itirazda bulunması üzerine, İtalyan Danıştay'ı aşağıda tercümesi verilen karar gerekçesiyle bu itirazın REDDİNE karar vermiştir:

“İkinci dünya savaşından bu yana ilk kez temel hak ve özgürlüklerin (seyahat özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, özel yaşamın gizliliği) bu kadar yoğun şekilde sınırlandırıldığı böyle bir tabloda, söz konusu sınırlandırma rejiminin amacı; anayasal açıdan çok daha öncelikli ve umumî bir değer olan kamu

³⁷ Kalanyuva, Eren, “İtalya’da Covid-19 Salgın Hastalığıyla Mücadele Kapsamında Öngörülen Kolluk Tedbirlerinin ve İdari Yaptırımların Hukuka Uygunluğuna Dair Güncel Bir Consiglio di Stato Kararı”, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgın-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020).

³⁸ Kalanyuva, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgın-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020).

sağlığının, başka bir deyimle halkın genel sağlığının, günden güne artan ölüm vakalarına ilişkin trajik istatistikler ve bilimsel veriler uyarınca, salgın hastalığı başkalarına da bulaştırma ihtimali bulunan bireylerin bu yöndeki ısrarlı tutum ve davranışlarına karşı korumaktır.

Açıklanan bu nedenlere bağlı olarak, bireysel zararın ağırlığı, İtalya'nın bugün başkaca herhangi bir gerekçe ile aşılamaz nitelik arz eden ulusal menfaatlerine karşılık gelen kamunun (toplumun) üstün yararının korunmasına ilişkin öncelikli ihtiyacı ne ortadan kaldıracaktır; ne sınırlandırabilir ne de ondan daha baskın gelebilir”³⁹.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Konu birkaç yönden Tıp Hukukunu ilgilendirmektedir. Bunlardan ilki, kişilerden son 14 gün içinde yurt dışından dönüp dönmedikleri veya yurt dışından gelen biriyle temas edip etmedikleri sorulması hususudur. Bu yönüyle kişi, kişisel verilerini açıklamak durumunda kalmaktadır. İkinci olarak ise, bu hastalığın bildirilmesinin kişisel veriler mevzuatına aykırı olup olmadığıdır.

Öncelikle, Bulaşıcı Hastalıkları Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nde⁴⁰, 22.04.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikle “Bildirim Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi” başlıklı EK-1'ine aşağıdaki madde eklenmiştir:

“81. Covid-19 (yeni coronavirüs hastalığı)”

Böylece bu hastalığın bildirilmesine ilişkin bir hukuki dayanak bulunmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) md. 6/3'e göre, *“birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir”*denilmektedir.⁴¹

³⁹ Kalanyuva, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgin-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020).

⁴⁰ RG: 30.05.2007, Sayı: 26537.

⁴¹ 95/46/EC sayılı Direktif'te veri işlemenin; “onleyici tıp, tıbbî teşhis, bakım veya tedavi sağlanması ya da sağlık hizmetlerinin yönetimi amacıyla gerekli olması halinde sağlığa ilişkin tıbbî verilerin, mesleki gizlilik yükümlülüğüne tabi (meslek sırrı-sır saklama yükümlülüğü) doktorlar ve diğer personeller tarafından işlenebileceği, bu kişilerin işlem yasasına tabi olmadığı” belirtilmiştir . Bu husus KVKK'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında benzer şekilde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere sağlık verileri ile ilgili olarak kamu sağlığının korunması amacıyla istisnalar getirilebilmektedir. Aynı kanunun 28.maddesine göre de, kişisel veriler resmi istatistik amacıyla işlenebileceği gibi, kişisel verilerin kamu güvenliği, kamu düzeni amacıyla kamu kurumu ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu faaliyetler kapsamında işlenmesi halinde KVKK uygulanmayacaktır.⁴² Böylece örneğin kişilerin yurt dışına çıkıp çıkmadığına ilişkin verileri, ziyaret ettikleri yerlerle ilgili bilgiler işlenebilecektir.

Bu konuda uygulamadan bir sorun olarak şu olay anılabilir: Covid-19 tedavisi görüp iyileşen hastanın taburcu görüntüleri basına servis edilmiştir. Hasta bundan dolayı şikâyetçi olmuştur. Zira kendisinin büyük işyerleri olduğunu, her ne kadar iyileşmiş olsa da, başka çalışanlarda da olma ihtimaline binaen, müşterilerin işyerine gelmekten çekinebileceği ve bu durumda kendisinin zarar görmesine neden olduğunu düşünmektedir.

Burada, Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'nun, kişisel sağlık verilerinin açıklanmasına ilişkin 02.08.2018 tarihli bir kararında, *“ilgili kişiye ait özel nitelikli kişisel veri olan sağlık raporunun, bir Hastane nezdinde hastaların tedavi sürecinde yer alan hekimler tarafından, veri sorumlusuna ait mobil olarak kullanılan bir uygulamadan alınan ekran görüntüsünün başka bir cihaz tarafından çekilmesi suretiyle internet ve sosyal medya mecralarında paylaşılması ve bu itibarla özel nitelikli bir kişisel verinin sosyal medya aracılığıyla geniş bir kitleye ifşa edilmiş olduğu dikkate alınarak, veri sorumlusu hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verildiği”*ni belirtmek uygun olacaktır.⁴³

Ayrıca burada, TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen “Kişisel Verileri Verme veya Ele Geçirne Suçu”na bakıldığında, Kanunun sistematiginden de açıkça anlaşıldığı üzere bu suç tipiyle genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özel olarak ise kişisel veriler korunmaktadır. Bu suç tipiyle korunan hukuksal değer, korunan verinin niteliğine göre değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin, bireyin sağlık durumuna ilişkin bir verinin bu suçun konusunu oluşturması halinde korunan hukuksal değeri kişinin sağlık hakkı olacaktır. Çünkü birey, ancak teşhis ve tedaviden dolayı kendisi bakımından kişisel zararların, zorlukların veya utançların ortaya çıkmaması halinde hekime gidecektir. Sağlığına ilişkin bilgilerin başkalarıyla paylaşılabilirliğini düşünen kişi tedaviden kaçınabilecektir. İkinci olarak ise toplumun

⁴² KVKK, 28. maddesi ile istisnai haller öngörmüştür. Bu hallerin mevcudiyeti söz konusu olduğunda, KVKK hükümleri tatbik edilmeyecek, dolayısıyla işleme faaliyetinin hukuka aykırılığında da bahsedilemeyecektir. Bu hallerde kişisel verilerin, hassas olup olmaması da önem taşımamaktadır. Anılan maddenin ilk bendinde yer alan haller için kanunun tamamından istisna tutulduğu görülmekte iken, ikinci bendinde ise kanunun bazı hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmektedir. Orak, Beşir, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 68.

⁴³ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5419/Kurul-Kararlari>, (Erişim Tarihi:10.05.2020)

sağlık hakkı da korunmaktadır, zira toplumun sağlığı, sağlıklı bireylere bağlıdır. Son tahlilde bu suçların konusunu sağlıkla ilgili bir verinin oluşturması halinde korunan hukuksal değeri, hem bireylerin hem de toplumun sağlıklı yaşam hakkı oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suç tipiyle hem kişisel veriler hem de kişisel veriler açısından istenilen güvenlik korunmaktadır.⁴⁴

III- CEZA NORMLARI

Covid-19 virüsünün yayılmasının önlenmesine yönelik tedbirlerin ihlal edildiği durumlarla karşılaşılmaktadır.

Örneğin gazetelere yansıyan bir olayda, “*Adıyaman'ın Kâhta ilçesinde yeni tip koronavirüs tedbirleri kapsamında uygulama noktasında yüksek ateşi olduğu belirlenen bir kişi oğlu tarafından kaçırılmıştır. Kovalama sonucu yakalanan sürücü gözaltına alındı, babası hastaneye kaldırılmıştır. Olay, akşam saatlerinde Adıyaman- Kâhta karayolunun 25'inci kilometresinde meydana gelmiştir. Sürücüsü öğrenilemeyen 34 JN 4435 plakalı otomobili uygulama noktasında durduran güvenlik güçleri sürücünün ve yanında yolculuk eden Ahmet K.'nin ateşini kontrol eder. Ekipler ateşi yüksek çıkan Ahmet K.'yi koronavirüs şüphesi nedeni ile hastaneye götürerek karantinaya almak istemişlerdir. Bu sırada sürücü otomobili çalıştırarak Ahmet K. ile beraber kaçmaya çalışır. Yaşanan kovalamaca ile durdurulan otomobildeki yaşlı adam olay yerine çağrılan ambulansla Adıyaman Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne götürülür. Sürücü ise gözaltına alınarak emniyete götürülmüştür”.*

Yine aynı şekilde, tedbirlere uymayarak sokağa çıkan kişilere rastlanılmaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, bu tür ihlaller kapsamında uygulanacak yaptırımların neler olduğudur. Keza bu başlık altında tartışma konusu yapılacak bir başka husus ise lakaytsızlık sonucu veya bilerek bu virüsün bulaştırılmasının Ceza Hukuku açısından değerlendirilmesidir.

A- TEDBİRLERİN İHLALİ

Salgın hastalıklarla ilgili yükümlülüklerin ihlali iki kabahate ve bir suça vücut vermektedir:

1- Kabahatler

Tedbirlerin ihlali halinde iki ayrı kabahat söz konusu olup, karşılığında idari para cezası öngörülmüştür. Bunlardan ilki UHK'unda öngörülen tedbirlere uyulmamasıdır ki, bu durum Kanununun 282. maddesinde düzenlenmiştir: “*Bu Kanunda yazılı olan yasaklara aykırı hareket edenler veya zorunluluklara uymayanlara, fiilleri ayrıca suç*

⁴⁴ Dülger, Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, İstanbul, Ocak 2019.

oluşturmadığı takdirde, ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

Bunun dışında yukarıda işaret ettiğimiz İl İdaresi Kanunu 66. maddesinde de bir kabahat düzenlenmiştir:

“İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

Bizzat Kabahatler Kanunu'nun 32.maddesi de bu süreçte uygulanmaktadır:

“(1)Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz (bugün için 392) Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir”.

2- Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu

TCK'nun 195.maddesine göre, *“bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.*

İlgili hüküm bağlamında, bahsi geçen karantina kavramının tanımına daha önce değinilmiştir.

Bu suç tipi açısından önemli olan maddi unsur, karantinaya ilişkin yetkili merci tarafından alınan karardır. Bu nedenle, yetkili merciin hangi merci olduğu belirlenmelidir. Kanaatimizce, bu merci UHK'nun 23 ve 27.maddeleri gereğince Umumi Hıfzıssıhha Meclisi'dir: *“Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler”.* (md. 27).

Buna karşılık UHK'nun 69. maddesi çerçevesinde, sıhhat memurlarının bu konuda yetkili olduğuna ilişkin görüşe katılmıyoruz⁴⁵.

Suçun maddi unsurunu oluşturan hareket tedbirlere uymamaktır. Bu icrai bir hareketle olabileceği gibi ihmali bir hareketle de olabilir.

Tedbirlere uymama ayrıca cebir, şiddet yoluyla olursa, bu takdirde görevliye direnme (TCK md. 265) suçu oluşacaktır⁴⁶.

UHK'undaki bazı eylemler hakkında da, TCK'unun 195. maddesi uygulanacaktır: "66 ve 67 inci maddelerde zikredildiği üzere sari hastalıklar hakkında tetkikatta bulunmağa salahiyettar memurlara muhalefet eden kimseler Türk Ceza Kanununun 195 inci maddesi mucibince cezalandırılır" (UHK md. 284).

Bu suç ile ilgili olarak CMK'undaki bir hükme de işaret edilmesinde yarar vardır. Bilindiği üzere ceza muhakememizde ancak savcı kararıyla gözaltı kararı verilebilirken, 2015 yılında bu önemli prensipten taviz verilerek, kolluk amirine de bu yetki verilmiştir. Bu yetkinin söz konusu olduğu hallerden birisi de TCKmd. 195'teki suçun ve sokağa çıkma yasağının ihlal edildiği suçüstü halleridir (CMK md. 91/4):

"Suçüstü hâllerıyla sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

8. *Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),*

e) 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme".

3- Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu

TCK'nun 265.maddesine göre, "kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

⁴⁵ Bu görüşte, bkz.. Yenerer Çakmut, Özlem, "Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 1, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2014, s. 546.

⁴⁶ Yenerer Çakmut, s. 547.

Yukarıda bahsettiğimiz çeşitli tedbirlere, uyulmamasının yaptırımlarına değinilmiştir. Burada gündeme gelebilecek başka bir eylem ise, bu görevlilerin görevini yapmasına engel olmaktır. Belirtelim ki, görevin yapılmasına pasif kalarak engel olmak, olsa olsa yukarıda bahsettiğimiz kabahatler çerçevesinde değerlendirilebilir. Ancak kişi engel olmak amacıyla ayrıca cebir veya tehdit kullanırsa, bu kez artık TCK 265.maddesi ihlal edilmiş olur.

Belirtmek gerekir ki, mevzuatımızda zorla tıbbi müdahale öngörülmediğinden, bu tür müdahalelere karşı direnmek bu suça vücut vermeyecektir. Dolayısıyla Covid-19 virüsü şüphesiyle bir kimsenin muayene edilmesine veya hastalığın tespitine yönelik işleme karşı konulması halinde bu suç oluşmaz.

B- VİRÜSÜ BULAŞTIRAN KİMSELERİN CEZA SORUMLULUĞU

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bulaşıcı hastalığı olan kimselerin bu hastalığı bulaştırmaları durumu ile ilgili olarak sosyal olarak alışıldık hareketler ve izin verilen risk çerçevesinde herhangi bir sorumluluk söz konusu olmaz. Örneğin, grip olan bir kimsenin okula giderek başka kimselere de gribi bulaştırması halinde sorumluluk tartışması yapılmamaktadır.

Bununla beraber, burada üzerinde durulması gereken husus Covid-19 gibi ölümcül olma ihtimali daha yüksek hastalıklar bakımından nasıl bir değerlendirme yapmak gerektiğidir.

Örneğin, Covid-19 testi pozitif olan bir kimsenin, kasten başka bir kimseye, örneğin tükürmesi halinde sorumluluğu nasıl belirlenecektir?

Mağdur Covid-19 hastalığı bakımından riskli grupta değilse, kasten yaralamaya teşebbüs düşünülebilir. Riskli grupta ve fail bu durumu biliyorsa ve kastı varsa kasten öldürmeye teşebbüs olabilir. Ancak burada doğrudan kast yoksa yani olası kast ile hareket edilmişse, meydana gelen neticeden sorumluluk olacağından, mağdur ölmemişse, sadece kasten yaralama nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilir. Yine netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama da gündeme gelebilecektir. Failin öldürme kastı ile hareket ettiği ve mağdurun da öldüğü hallerde, olası kastla insan öldürme suçu düşünülebilir. Ancak burada da nedensellik bağının net bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Kişinin kastı olmaksızın, tedbirlere riayet etmeksizin başka kimselere hastalığı bulaştırması halinde de, yine nedensellik bağının ispatı güç olmakla beraber, meydana gelen neticeye göre taksirle yaralama veya öldürme suçlarından sorumluluk düşünülebilir.

SONUÇ

Pandemi Türk Bulaşıcı Hastalıklar Hukukunu da hazırlıksız yakalamıştır. Doksan yıllık UHK ile şimdiye kadar idare edilmeye çalışılan bu alan, tüm uyarılara rağmen güncellenmemiştir ve şu anda

olmasa bile, salgın sonrası, bu konuda birçok dava söz konusu olacaktır. Bu davalar büyük bir çoğunlukla da kanuni dayanağın bulunmaması hususundan kaynaklanacaktır. Hatta Türk Hukukunda sonuç alınmaması halinde, AİHM önünde de bazı davaların görüleceğini şimdiden söylemek mümkündür. Sadece ülkemiz ile ilgili değil, diğer ülkeler bakımından da, özellikle idari tedbirlerin meşruluğu noktasında içtihatların oluşacağı söylenebilir.

Covid-19 pandemisi için bu ifade edilenlerin yapılabilmesi için geç kalınmakla birlikte, bundan sonrası için yasal yapının ivedilikle oluşturulması gerekmektedir. Hem bireylerin sağlığının etkili bir biçimde korunması, hem de hukuk devleti ilkelerinin zorunluluk bahanesiyle dahi olsa göz ardı edilmemesini sağlamak açısından bu zorunludur.

Öte yandan Olağanüstü Hal ilanına gerek kalmaksızın da tedbirlerin uygulanabilmesi için yasal dayanağa ihtiyaç vardır. Zira daha önce ifade edildiği üzere, hâlihazırda kullanılan yetkiler olağanüstü hal yetkileridir. Olağanüstü hal ilan edilmeksizin, bu yetkilerin kullanılması amaçlanıyorsa, bu durumda yasal bir dayanağa ihtiyaç vardır. İl İdaresi Kanunu'nda genel bir yetki veya UHK'unda salgın hastalıklara yönelik bir yetki düzenlenmesi yapılmalıdır.

Yine ifade edildiği üzere, TMK'unda öngörülen koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilen kişinin korunmasını gerektiren zayıflık hali, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık sebebinden kaynaklanıyorsa, bu hastalık UHK kapsamında bir hastalık olması durumunda, ilgili kişi zorla tedavi edilebilecektir. Zira burada ilgili kişinin tedavi edilebilmesi için yasal temeli UHK oluşturmaktadır. Ancak esas mesele, Covid-19 gibi, UHK kapsamında yer almayan bir hastalık dolayısı ile veya TMK md. 432'de sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı sebeplerinden biri ile tedavisi için kuruma yerleştirilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durum bakımından, TMK. md. 432'deki genel düzenleme, AİHM'nin aradığı meşru amaç kriterine de hizmet etmemektedir.

UHK'nun ve kamu sağlığının korunmasına ilişkin diğer kanuni düzenlemelerin yürürlük tarihleri dikkate alındığında, dünyada ve ülkemizde, enfeksiyon hastalıkları ve farmakoloji alanında, henüz bugünkü kadar ilerlemenin olmadığı görülecektir. Dolayısı ile Kanunda sayılan bazı hastalıkların günümüzde aynı derecede tehlike arz etmediği, ancak diğer taraftan, henüz o zaman keşfedilmemiş ya da mutasyona uğrayarak sonradan ortaya çıkmış başka tehlikeli enfeksiyon etkenlerinin varlığından söz etmek mümkündür. Bu bağlamda Covid-19 virüsü gibi solunum yolu ile bulaşması dolayısı ile tehlike arz eden ve küresel boyutlarda salgına yolaçan hastalıklar bakımından, hem kamu sağlığının korunmasını sağlayacak hem de tecrit ve zorla tedavinin, temel hak ve özgürlükler ve hasta hakları bakımından, ilgili kişinin rızası olmasa dahi yine de hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilir olmasını sağlayacak kanuni düzenlemelerin süratle yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Arif Barış, Özbilen, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 24, 2013/2, ss. 99-124.

Dağlı, Mehmet, *Emsal İçtihatlarla Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Dülger, Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Hukuk Akademisi, İstanbul, Ocak 2019.

Güney Tunalı, Işıl, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

İmamoğlu, Selma Hülya, “Hukukî Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD), C.7, S. 3-4, 2012, ss. 29-59.

Kalanyuva, Eren, “İtalya’da Covid-19 Salgın Hastalığıyla Mücadele Kapsamında Öngörülen Kolluk Tedbirlerinin ve İdari Yaptırımların Hukuka Uygunluğuna Dair Güncel Bir Consiglio di Stato Kararı”, <https://blog.lexpera.com.tr/italyada-covid-19-salgin-hastaligiyla-mucadele-kapsaminda-guncel-bir-consiglio-di-stato-karari/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020).

Katoğlu, Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 55, S.1, 2006, ss. 157-193.

Lorenz, Henning/Oğlakçıoğlu, Mustafa, “Keine Panik im Nebenstrafrecht – Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmassnahmen nach dem IfSG”, KriPoz 2, 2020, ss. 108-115.

Mega, Ertunç, *Uluslararası Af Örgütü Raporu ve Türkiye’nin Pandemi Yönetimi*, https://www.saglikciyiz.com.tr/2020/4/uluslararasi-af-orgutu-raporu-ve-turkiyenin-pandemi-yonetimi_m1293.html (Erişim Tarihi: 16.4.2020).

Orak, Beşir, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, 5. Baskı.

Palteki, M. Ebrar, *Genel Sağlıkın Korunması Amacıyla Yürütülen İdari Kolluk Faaliyetleri ve Temel Hak ve Hürriyetler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

Parmet, Wendy E/Sinha, Michael S., “Covid 19 – The Law and Limits of Quarantine”, *The New England Journal of Medicine*, April 2020, s. 1-3.

Polat, Alperen, *Sorumluluk Hukukunda Rıza*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2019.

Rieger, Hans-Jürgen, *Lexikon des Arztrechts*, Berlin, New York, 1984, kn. 2003.

Sert, Gürkan, “Türk Hukuku’nda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 70, Haziran 2012, ss. 14-21.

Tacir, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, Şubat 2011.

Ulsenheimer, Klaus/ Laufs, Adolf/ Uhlenbruck, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Band, München, 2002., §153, kn. 2.

Wicks, Elisabeth, “The Right to Refuse Medical Treatment Under The European Convention On Human Rights”, *Medical Law Review*, Spring 2001, Vol. 9, ss. 17-40.

Yenerer Çakmut, Özlem, “Bulaşıcı Hastalıklara İlişkin Tedbirlere Aykırı Davranma Suçu (TCK m. 195)”, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C. 1, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2014, ss. 543-553.

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR:

Storck v. Almanya Kararı, Başvuru No: 61603/00, Karar Tarihi: 16.06.2005 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-69374"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

Herczegfalvy v. Avusturya Kararı, Başvuru No: 10533/83, Karar Tarihi: 24.09.1992, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57781"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (Erişim Tarihi: 12.05.2020).

<https://www.haberler.com/karabuk-te-mahkeme-14-gun-kurali-na-uymayan-ciftin-13041950-haberi/>, (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

<https://www.istabip.org.tr/5823-sgk-nin-2020-12-sayili-genelgesi-is-kazasi-bildirim-yukumlulugunu-ortadan-kaldirmaz.html>,

(Erişim Tarihi: 12.05.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5419/Kurul-Kararlari>,

(Erişim Tarihi:10.05.2020)

2279 SAYILI CUMHURBAŞKANI KARARI VE 7226 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORONAVİRÜS PANDEMİSİNİN İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA ETKİLERİ

The Effects of Coronavirus Pandemic on Enforcement and Bankruptcy Law in Accordance with the Provisions of the President's Decree No. 2279 and Law No. 7226

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA*

Özet: Küresel düzeyde salgın bir hastalık olan Covid-19'un ülkemizde yayılmasını önlemek üzere çeşitli idarî ve kanunî tedbirler alınmıştır. İcra ve iflâs hukukunda alınan tedbirlerin ilki, fevkalâde hallerde tatili düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi çerçevesinde, 22.3.2020 tarih ve 31076 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 2279 sayılı Cumhurbaşkanî Kararı ile icra takiplerinin durdurulması ve yeni takip taleplerinin alınmamasıdır. Ardından, 7226 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu ve takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ile takipler durdurulmuştur. Bu çalışmada, alınan tedbirlerin yorumlanmasına ilişkin önerilerde bulunulmakta; tedbirlerin icra ve iflâs hukukuna etkileri ele alınmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle duran takipler ve ertelenen icra takip işlemleri ele alınacak, durmanın konkordato süreçlerine etkileri tespit edilerek, cebrî icra ve yargı uygulamaları olması gereken hukuk açısından değerlendirilmektedir. Ayrıca, salgın sonrası için icra ve iflâs hukuku açısından yeni normal kavramına ilişkin önerilerde de bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koronavirüs, fevkalâde hallerde tatil, sürelerin durması, takiplerin durması, icra takip işlemleri

Summary: Various administrative and legal measures have been taken to prevent the spread of global epidemic Covid-19 in our country. The first of the measures taken in the law of execution and bankruptcy is the suspension of execution proceedings and the non-receipt of new follow-up requests by the decree of the President No. 2279 published in the Official Gazette No. 31076 dated 22.3.2020, within the framework of Article 330 of the law of execution and bankruptcy, where follow-ups were halted with the periods determined by Law No. 7226 and other laws relating to enforcement and Bankruptcy Law and follow-up law. In this study, suggestions are made on the interpretation of the measures taken and their effects on enforcement and bankruptcy law are discussed. Standing follow-ups and delayed execution follow-up operations will be discussed, their effects on the concordatum processes are determined and the applications of forced execution and judiciary are evaluated from the point of view of the law that should be. Suggestions are made regarding the new normal concept in terms of enforcement and bankruptcy law for the post-pandemic.

Keywords: Coronavirus, holiday for debt in exceptional cases, durations of periods, suspension of debt enforcement proceedings, enforcement proceedings transaction

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
nkurt@cankaya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4638-613.
Makale Geliş Tarihi: 24/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 23/06/2020

Giriş

Genel bir hukuk ilkesi olan ahde vefa ilkesi gereğince borçluların borçlarını vadesinde ödemesi beklenir. Borçların vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklının devlet kuvvetine yani cebrî icraya başvurarak alacağının tahsilini isteme yetkisi bulunmaktadır. Cebrî icra sürecinde, alacaklının talebiyle borçluya karşı icra daireleri tarafından mal ve hakların haczi, muhafaza altına alınması, paraya çevrilmesi gibi çeşitli işlemler uygulanmaktadır. Bu çerçevede, icra işlemlerinin belirli süreler içinde icrası gerekmektedir. Ancak, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesinin bir yansıması olarak, kanun koyucu, bazı hallerde borçluya karşı yürütülen cebrî işlemlerinin durdurulmasına ilişkin düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelerin temelinde, kural olarak, borçlunun bulunduğu koşullar sebebiyle ona karşı takip yapılmasının alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesine aykırı olması bulunmaktadır. Takiplerin durması, genel menfaatin gözetilmesi bakımından gerekli addedilmektedir¹.

İcra ve İflâs Kanunu'nda borçluya karşı yürütülen takiplerin ertelenmesi, ertelenmeyi gerektiren sebeplerin sübjektif ve objektif nitelik taşımasına göre ayrılmış ve farklı yerlerde düzenlenmiştir. Borçlunun bizatihi kendisinin hastalığı ve ölümü, yakınlarının ölümü, askerlik, tutukluluk, mahkûmiyet gibi sübjektif sebeplerle icra takip işlemlerinin ertelenmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 52 ilâ 56'ncı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, borçlunun şahsından değil de olağanüstü durumlardan kaynaklanan nedenlerle icra takiplerinin ertelenmesine ilişkin hükümler İcra ve İflâs Kanunu'nun 317 ilâ 330 maddeleri arasında yer almaktadır.

Türkiye'de borçlunun şahsından kaynaklanan sübjektif nitelik taşıyan sebeplerle takiplerin ertelenmesi, uygulamada karşılaşılan bir durum iken, olağanüstü sebeplerle takiplerin ertelenmesi, koronavirüs pandemisi öncesinde daha evvel hiç yaşanmamıştır. Çünkü, bu hükümlerin uygulanması, fevkalâde hallerde, devamlı ekonomik buhran (İİK m. 317 vd.); salgın hastalık, büyük bir felaket, savaş (İİK m. 330) ortaya çıkarsa söz konusu olabilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti tarihinde icra takiplerinin durmasına sebebiyet verecek boyutta olağanüstü bir durum 2020 yılına kadar yaşanmamış; fevkalâde hallerde mühlet ve tatil hükümlerinin uygulanması gereksinimi duyulmamıştır. Bu bağlamda, koronavirüsten kaynaklı olarak yaşanan olağanüstü süreç, icra ve iflâs takiplerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine engel olan bir mücbir sebeptir.

Koronavirüs (COVID-19) olarak bilinen bulaşıcı solunum yolu hastalığı sebebiyle, 30.01.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu" ilan edilmiştir. Koronavirüs bir salgından öte tüm dünyayı tehdit etmesi sebebiyle pandemi niteliği

¹ Özkes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 223, dipnot 478.

taşımaktadır. Tüm dünya ile birlikte ülkemizi de etkileyen koronavirüse karşı çeşitli alanlarda kanunî ve idarî tedbirler alınmıştır. Bu alanlar arasında icra ve iflâs hukuku da bulunmaktadır. 22.03.2020 tarih ve 31076 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile fevkalâde tatil ilan edilmiştir. Akabinde, 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 26 Mart 2020 tarihli ve 31080 sayılı Resmî Gazete 1. Mükerrer’de yayımlanmış; sürelerin ve takiplerin durması ile icra takip işlemlerine koronavirüsün etkisiyle ilgili önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bu çalışmada söz konusu idarî ve kanunî düzenlemeler ele alınacak, bu düzenlemelerin ve yaşanan pandeminin icra ve iflâs hukukuna etkileri üzerinde durularak, uygulamada ortaya çıkan sorunlarla ilgili çözüm önerileri sunulacaktır.

I- FEVKALÂDE HALLERDE TATİL

İcra ve İflâs Kanunu’nun Onbeşinci Babının başlığı “Fevkalâde hallerde mühlet ve tatil”dir. Bu bölümde olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde icra takiplerinde borçluya süre verilmesi ve takiplerin durdurulması düzenlenmiştir. Fevkalâde mühlet, Cumhurbaşkanlığı tarafından verilen karar üzerine devamlı ekonomik buhran gibi olağanüstü bir durum sebebiyle borçlarını ödeyemeyen borçlulara talepleri üzerine icra mahkemesi tarafından borçlarını ödeyebilmeleri için süre verilmesini sağlayan bir sosyal icra hukuku kurumudur. Fevkalâde hallerde tatil ise, salgın hastalık, genel bir felaket veya savaş hâli gibi sebeplerle Cumhurbaşkanlığı Kararıyla belirli bir coğrafi alanda ve/veya bazı iktisadî zümreler lehine olmak üzere belli bir süre için icra takiplerinin durdurulmasıdır². Fevkalâde tatil kararının mutlaka belirli bir süre için verilmesi, bu sürenin açıkça Cumhurbaşkanlığı Kararında belirtilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, durma süresine ve kararın kapsamına giren coğrafi alan ve iktisadî zümrelere ilişkin tereddüt yaşanmasının pek çok uyuşmazlığa yol açabileceği aşîkârdır.

Fevkalâde hallerde tatil ilanıyla takiplerin durması ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın herkes için kendiliğinden ortaya çıkarken; fevkalâde mühlette, borçlunun talebi üzerine onun hakkında mühlet hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına icra mahkemesinin karar vermesi gerekir. Zira, fevkalâde hallerde tatil durumunda, meydana gelen olağanüstü durum, karar kapsamındaki coğrafi alanda veya sektördeki herkesi etkilemekte; takiplerin durması bakımından kural olarak borçlular arasında bir ayırım yapılmaması gereği bulunmaktadır. Fevkalâde hallerde tatil, aniden ortaya çıkan olağanüstü

² Yılmaz, Ejder, “Olağanüstü Durumlarda Borçluya Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması”, BATİDER 1977/1, C. IX, s. 179; Aslan, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 185.

durumlarda ihtiyaç duyulan acil korumayı sağlamaya yöneliktir³. Bu bağlamda, fevkalâde hallerde tatil sebebiyle takiplerin durmasından sadece ödeme güçlüğü yaşayan borçlular değil; ekonomik durumları iyi olan borçlular da yararlanır⁴. Bu durumun sonucu olarak, fevkalâde hallerde tatil ilanı halinde, ön plandaki amaç sosyal sebeplerle borçluların korunmasından ziyade genel olarak kamu yararının sağlanması ve korunmasıdır. Salgın hastalık sebebiyle fevkalâde tatil ilanı ile ulaşılmak istenen temel hedef, kamu sağlığının temini ve korunmasıdır. Bu halde sadece borçlunun değil; icra sürecine dahil olan icra görevlileri, alacaklılar, taraf vekilleri ve üçüncü kişilerin de sağlığı korunmak istenmektedir. Öte yandan, salgın hastalık sebebiyle ticarî faaliyetleri olumsuz etkilenen ve malî durumları bozulan borçluların ekonomik bütünlüklerini koruyarak, ticarî faaliyetlerine devam etmelerini sağlamak da güdülen hedefler arasındadır. Savaş sebebiyle fevkalâde tatil ilanı halindeyse, asıl amacın kamu güvenliğinin sağlanması olduğu söylenebilir. Bu çerçevede fevkalâde hallerde tatilin hizmet ettiği temel amaç, onu doğuran olağanüstü hâl koşullarını (savaş ve salgın hastalık gibi) bertaraf ederek, kamu yararını sağlamak şeklinde özetlenebilir. Fevkalâde hallerde mühlet ise, borçlunun talebi halinde borçlu hakkında uygulanabildiği için daha ziyade borçluyu koruyarak, ekonomik istikrarı sağlamaktır.

Fevkalâde mühlet verilmesi halinde, mühlet içinde borçluya karşı takip yapılabilir ve bu takiplere hacze veya depo emrine kadar devam edilebilir (İİK m. 323). Dolayısıyla fevkalâde mühlet halinde takip yapılabilmesi mümkün olduğu için, mühlet kararı, takip hukukundan kaynaklanan insan sirkülasyonunu tamamıyla engellemektedir. Bu yüzden, fevkalâde mühletin salgın hastalık tehlikesine karşı uygulanabilirliği kısıtlıdır. Buna karşılık, fevkalâde hallerde tatil kararı ile icra takipleri olduğu yerde durduğu ve yeni takip başlatılmadığı için, bu karar salgın hastalığı karşı insan sirkülasyonunu azaltacak niteliktedir.

Kanun koyucu, salgın hastalık, savaş gibi genel bir felaketin varlığı halinde Cumhurbaşkanıya takdir yetkisi vererek, belirli bir süre için icra takiplerinin durdurulabilmesine imkân tanımıştır. Böyle bir yetkinin, yürütmenin başı konumunda bulunan Cumhurbaşkanıya verilmesinin kökeninde, sayılan bu acele hallerde ne kadar hızlı bir çalışma yapılırsa yapılsın Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde hemen bir kanun teklifi hazırlanıp kabul edilmesinin mümkün olmaması ve ayrıca, olası bir gecikmenin arz edeceği tehlike vardır. Cumhurbaşkanı, hangi hallerin İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi kapsamında sayılacağına ilişkin takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, Kanun'da salgın hastalık durumu bu hallere verilen temel bir örnektir.

³ Ilija Penon, Marc Wohlgemuth, Art. 62, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, 2017, s. 363.

⁴ Yılmaz, s. 180.

Koronavirüsle mücadele çerçevesinde alınan önlemler ve yaşanan gelişmeler ekonomik hayatı yakından etkilemektedir. Sosyal izolasyon sürecinde ekonomik faaliyetler sınırlı olarak devam etmektedir. Bazı sektörlerde ise, faaliyetler tamamen durmuştur. Bu durumun sonucunda ise, ödemeler dengesinde sorunlar yaşanmaktadır. Ekonomide yaşanan etkinin hukuka yansması özellikle icra ve iflâs hukuku alanında olacaktır. Sosyal izolasyon, bireylerin ticarî faaliyetlerini kısıtlamış; pek çok sektörde gelirlerin azalması sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede bazı borçluların gelirleri azaldığından, borçlarını vadesinde ödeyememesi olasıdır. Alacaklarını tahsil edemeyen alacaklılar ise, borçlulara zaman vermeyeceklerinden cebrî icraya başvurmak isteyecek; icra dairelerindeki insan sirkülasyonu normalin üstüne çıkacaktır. Koronavirüs pandemisine karşı en önemli tedbir, insan sirkülasyonunu azaltarak, sosyal izolasyonla virüsün bulaşmasını engellemek ve sağlık hizmetlerinin devamlılığını sağlamaktır.

Koronavirüsten kaynaklı salgın hastalıkla mücadele çerçevesinde, 22.03.2020 tarih ve 31076 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan Cumhurbaşkanı Kararı ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 330’uncu maddesinde yer alan fevkalâde hallerde tatil kurumu uygulamaya koyulmuştur. Buna göre, “*COVID-19 salgın hastalığının ülkemizde yayılmasını önlemek amacıyla alınan tedbirler kapsamında; bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten 30/4/2020 tarihine kadar, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ve bu çerçevede taraf ve takip işlemlerinin yapılmamasına, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınmamasına ve ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesine karar verilmiştir.*” Bu karar, bir idari işlem niteliğindedir.

Fevkalâde tatil kararı, ülkenin belirli bir kısmını, belirli bölge veya illeri kapsamamakta; genel bir nitelik taşımaktadır. Her ne kadar salgın hastalık bazı illerimizde daha yoğun görülse de, ekonomik tedbirlerin ülke genelinde alınması gereği vardır. Zira, icra işlemlerinin yapılması için şehirlerarası sirkülasyon gereği ortaya çıkabilmektedir. Şehirlerarası sirkülasyon ise, hastalığın yayılmasını daha da artırabilir. Diğer taraftan ekonomik hayatın sekteye uğradığı süreçlerde, icra takipleri ve hacizlerle işletmelerin bütünlüğünün bozulması sadece borçlulara zarar vermekte; aynı zamanda ülke ekonomisine uzun vadeli zararlar verebilmektedir.

Fevkalâde hallerde tatil, icra takiplerinin durdurulmasını öngörmektedir. Buna göre, salgın hastalık, genel bir felaket veya savaş halinde Cumhurbaşkanı Kararıyla memleketin bir kısmında veya bazı iktisadî zümreler lehine muayyen bir müddet için icra takipleri durdurulabilir. Koronavirüs ülkemizde görülünceye kadar bu hükmün uygulanmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Daha evvel böyle bir karar verilmediği için, bu kararın etkilerinin ne olacağına ilişkin geçmiş ile bir karşılaştırma yapma imkânı da yoktur. Keza, bu hükmün uygulanması halinde ortaya çıkması muhtemel sakıncalar hakkında bir tecrübe de bulunmamaktadır. Türk hukukunda ilk kez alınan kararın, İcra ve İflâs

Kanunu'nun 330'uncu maddesinin uygulanmasını gerektiren şartların oluşması sebebiyle doğru bir zamanda alındığı doktrinde ifade edilmektedir⁵.

Fevkalâde hallerde tatil kararının icra ve iflâs hukukuna ilişkin zamanlaşımı ve hak düşürücü süreleri durdurmasına ilişkin olarak fevkalâde mühletten farklı olarak fevkalâde tatile ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fevkalâde mühlet halinde ise, İcra ve İflâs Kanunu'nun 106, 150/e, 156, 206, 278, 279 ve 280'inci maddelerinde düzenlenmiş olan süreler mühlet boyunca uzatılır (İİK m. 323, II). Doktrinde, her ne kadar 330'uncu maddede açıklık olmasa da bir takip işlemi ile kesilebilecek zamanlaşımı ve hak düşürücü sürelerin de durmasının menfaatler dengesine uygun düşeceği belirtilmektedir⁶. Bu görüşe katılmakla birlikte, icra ve iflâs hukukunda hak düşürücü ve zamanlaşımı süreleri sadece icra takip işlemlerine ilişkin olmayıp, dava açma ve şikâyette bulunma gibi yargısal nitelik taşıyan süreler de bulunduğundan, fevkalâde hallerde tatil kararının süreleri durduracağına ilişkin açık bir hüküm ihdas edilmesinde fayda bulunmaktadır.

II- 7226 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA ALINAN TEDBİRLER

İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi çerçevesinde verilen takiplerin durması kararı dolayısıyla icra ve iflâs hukukuna ilişkin dava ve işler ile sürelerin işleminin durmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, icra ve iflâs hukukunun yargısal boyutuna ilişkin olarak salgın hastalığın etkilerine karşı özel bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu hususlar, 26.03.2020 tarih ve 33080 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla icra ve iflâs takiplerinin durdurulmasını 7226 sayılı Kanun ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Zira, fevkalâde hallerde tatil düzenlemesi asıl olarak takiplerin durdurulmasını düzenlemektedir; ancak, bu durdurmanın dava ve takiplere etkisinin bu maddeye dayalı olarak ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararı ile düzenlenmesi mümkün değildir. Takiplerin durması dışında salgın hastalıkla mücadelenin icra ve iflâs hukukuna etkilerinin ayrı bir kanun ile düzenlenmesi yerindedir. Ancak, 7226 sayılı Kanun'un takiplerin durması, yeni takip talebi alınmaması gibi hususları ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararını tekraren düzenlenmesi, uygulama bakımından karışıklığa yol açabilecek niteliktedir. Zira,

⁵ Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, "İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar", <https://blog.lexpera.com.tr/iik-m330-hukmunu-uygulayan-cumhurbaşkanlığı-kararı/> (Çevrimiçi, et.: 22.04.2020).

⁶ Yılmaz, s. 182; Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, 1583.

Cumhurbaşkanı Kararında yer alan hususlar Kanun'da da yer almaktadır. Doktrinde, normlar hiyerarşisi kuralları ve zaman bakımından sonraki özel hükümlerin uygulanması gereği, icra takiplerinin durması hususunda 7226 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁷. Kanaatimizce de 7226 sayılı Kanun ile düzenlenen Geçici 1'inci maddesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesine göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi adı üzerinde geçici olduğu için, ülkemizde meydana gelen ve gelebilecek deprem, sel, salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda yargı ve icra sistemlerinin işleyişini düzenleyecek özel bir kanuna ihtiyaç duyulduğu aşikârdır⁸.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin icra ve iflâs hukukuna ilişkin hükümleri şu şekilde sıralanabilir: “*İİK ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim veya icra ve iflâs daireleri tarafından tayin edilen süreler; nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere tüm icra ve iflâs takipleri, taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınması, ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler 22/3/2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30/4/2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durur. Bu süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Durma süresinin başladığı tarih itibarıyla, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır.*

İİK ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlar kapsamında;

a) İcra ve iflâs daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra yeni bir talep aranmaksızın icra ve iflâs dairelerince satış günü verilir. Bu durumda satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılır ve ilan için ücret alınmaz,

b) Durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir,

c) Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder,

ç) İcra ve iflâs hizmetlerinin aksamaması için gerekli olan diğer tedbirler alınır.”

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinde, Cumhurbaşkanı'na salgının devam etmesi halinde durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatma ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltma yetkisi verilmiştir. Bu çerçevede, 30.04.2020 tarihli ve 31114 sayılı Resmî

⁷ Atalay/Özekes.

⁸ Özekes, Muhammet, Seven, Vural, “Fevkalade Hallerde Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Süreler Hakkında Kanun Önerisi”, <https://blog.lexpera.com.tr/fevkalade-hallerde-adalet-hizmetlerinin-yurutulmesi/> (Çevrimiçi, et.: 25.04.2020).

Gazete’de yayımlanan 29.04.2020 tarihli ve 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile durma süresi uzatılmıştır. 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici 1’inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen durma süresi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen zorunlu idarî başvuru yoluna ilişkin süreler hariç, 01.05.2020 (bu tarih dahil) tarihinden 15.06.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere uzatılmıştır. Bu bağlamda, durma süresinin başladığı tarih (22.03.2020) itibariyle, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden (16 Haziran’dan) başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Dolayısıyla icra ve iflâs takipleri ile sürelerinin durması, 22.03.2020 ile 15.06.2020 (bu tarihler dahil) arasındadır.

III- İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURDURULMASININ AMACI

Fevkalâde mühlet ve fevkalâde hallerde tatil hükümleri, sosyal icra hukukunun bir yansımasıdır. Sosyal devlet ilkesi çerçevesinde, toplumun korunma ihtiyacı olan kesimlerinin şartlarını düzelterek asgari bir eşitlik ve asgari bir hayat seviyesi sağlamak; adalet, konut ve sağlık hakkı gibi hakları gerçekleştirmek devletin aktif yükümlülükleri olarak kabul edilmektedir⁹. Genel talik halleri (İİK m. 52-56) esasen sosyal nedenlerle borçlunun korunmasına yönelik iken, icra ve iflâs takiplerinin durdurulması (İİK m. 330) ortaya çıkan olağanüstü duruma karşı toplumun genelini korumaya yönelik bir sosyal icra hukuku kuralıdır. Sosyal devlet ilkesinin icra hukukuna yansıması neticesi cebrî icra kudretine sahip olan devlet, bu kudretini toplumu koruyarak kullanmaktadır. Alacaklının alacak hakkına kavuşmasını sağlamak üzere borçlunun mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı cebrî icra hukukunda, iki taraf arasındaki menfaatler dengesi sağlanırken, diğer taraftan kamu menfaatlerinin de gözetilmesi gerekir. Bu çerçevede, salgın hastalık tehlikesine karşı icra takipleri durdurularak, hastalığın yayılmasının önlenmesi ve bu suretle kamu sağlığının korunması bir zarurettir. Bu durumun sonucu olarak da, kamu sağlığının korunması için cebrî icranın belirli bir süre askıya alınması, sosyal cebrî icra hukuku kurumu teşkil etmektedir. Salgın hastalık tehlikesi gibi olağanüstü koşulların varlığı halinde, bu tehlikeye karşı cebrî icra faaliyetlerinin askıya alınması hem hukuk devletinin hem de sosyal devletin (AY m.2) gereklerine uygundur.

Öte yandan icra takiplerinin durması, sosyal izolasyon sürecinde, cebrî icraya ilişkin borç-alacak dengesini koruyacaktır. Takiplerin durdurulması suretiyle, ticarî faaliyetleri izolasyon neticesinde azalan ya da duran borçluların, icra takipleriyle daha güç duruma düşmeleri

⁹ Özekes, s. 221-222.

engellenerek, sürelerin sonunda faaliyetlerine devam etmelerine olanak verilmektedir. Bu çerçevede, kararın birincil amacı salgının yayılmasının önüne geçerek kamu sağlığını korumak ise ikincil amacı borçluların ekonomik bütünlüğünü koruyarak salgın sonrası ekonomik hayatta devamlılığı sağlamaktır. Aynı düzenlemede, hak düşürücü süreler ile zaman aşımı sürelerinin işleme durdurularak, alacaklıların hakları da korunmaktadır.

Takiplerin durdurulması ve bu çerçevede borçlulara süre verilmesi, geçmişte borçlu lehine ve alacaklı aleyhine olmak üzere takiplere müdahale olarak değerlendirilmekte iken günümüzde, takiplerin durdurulmasının alacaklı lehine olduğu da kabul edilmektedir¹⁰. Zira, takiplerin yürütülmediği süreçte borçlunun ekonomik faaliyetlerini iyileştirerek borçlarını ödeyecek güce gelmesi, borçlunun iflâsına nazaran alacaklının daha lehindedir. Bu bakımdan icra ve iflâs takiplerinin durdurulması, takip hukukunun temelinde bulunan alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesini sağlama amacına da hizmet etmektedir.

IV- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KORONAVİRÜSÜN İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA ETKİSİ

Olağanüstü durumlarda borçluların borçlarının ertelenmesi, Roma hukukundan beri hukuk sistemlerinde mevcut olan hukukî ve iktisadî bir kurumdur¹¹. İcra ve iflâs hukuku sistemlerinde, olağanüstü hallerde icra ve iflâs takiplerinin durmasını sağlayan hükümler bulunabildiği gibi; nadiren ortaya çıkan olağanüstü durumlara özel düzenleme yapılması da tercih edilebilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye ve İcra ve İflâs Kanunu'nun mehazı olan kanunun alındığı İsviçre ilk grupta iken; Almanya ve Fransa olağanüstü duruma özgü özel kanun çıkarttıklarından ikinci gruba dahildirler. Lakin, Türkiye'de, pandemi sebebiyle öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi ile durdurulmuş; daha sonra bu hususta daha ayrıntılı hükümler içeren özel kanun çıkartılmıştır.

Fevkalâde hallerde tatile ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesinin mehazı, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 62'nci maddesidir. Anılan hükümde, salgın hastalık veya felaket durumlarında takiplerin durması düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca bir salgın veya ülkesel bir felaket durumunda, savaş zamanlarında olduğu gibi, Federal Konsey veya Kanton yönetimlerinin onayı ile belirli bir coğrafi alan veya belirli halk kesimleri için icra takip işlemlerinin talik edilmesine karar verilebilir. İsviçre Federal Konseyi, 18.03.2020 tarihinde, koronavirüs salgını sebebiyle 19.03.2020 ile 04.04.2020 tarihleri arasında ülke genelinde İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 62'inci maddesinin

¹⁰ Yılmaz, s. 157.

¹¹ Yılmaz, s. 155.

uygulanmasına karar vermiş; icra takiplerini tatil etmiştir¹². İsviçre’de 05.04.2020 ile 19.04.2020 tarihleri arasında paskalya sebebiyle icra takip işlemleri yapılmadığından, esasen takiplerin durması, bir ayı geçen bir süreyi bulmuştur. 1914’ten bu yana ilk kez ülke genelinde alınan fevkalâde tatil kararının iki temel nedeni vardır. İlki, fiziki temasın çok fazla olduğu icra organlarının salgının muhtemel dalgalarına karşı gerekli organizasyon tedbirlerini alması için zaman sağlamaktır. Diğer amaç, likidite krizi yaşayan işletmelerin nefes almasına imkân vermektir. Ancak 1914 tecrübesinde uzun süreli tatil kararının ekonomiyi felç etmesi sebebiyle iki ay sonrasında karar geri alınmış bulunmaktadır¹³.

20.05.2020 tarihinde Federal Konseyin aldığı karar ile tur operatörleri veya seyahat acenteleri ile ilgili olarak, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun 62’inci maddesi uyarınca seyahat hizmetlerinin verilememesinden kaynaklanan müşteri alacaklarının tahsiline yönelik takipler 21.05.2020-30.09.2020 tarihleri arasında durdurulmuştur¹⁴. Bu karar sektörel bazda, kanunun ifadesiyle belirli iktisadî zümreler için takibin durdurulmasına örnek teşkil etmektedir. Türkiye’de de belirli bir sektör için durdurma kararı verilebilmesi mümkündür. İsviçre’de Mart ayında alınan fevkalâde tatil kararında salgının yayılmasını önleme amacı birincil iken; Mayıs ayındaki fevkalâde tatil kararında seyahat sektöründe faaliyet gösteren işletmelerin korunması hedeflenmektedir.

İcra ve iflâs hukuku sistemimiz farklılıklar arz etse de karşılaştırma yapabilmek açısından Alman hukukunda koronavirüs pandemisinin icra ve iflâs takiplerine etkisine ilişkin yapılan düzenlemeden bahsetmek gerekir. Almanya’da salgın hastalık sebebiyle 27.03.2020 tarihinde “Covid-19 Pandemisinin Medenî Usûl- Aciz ve Ceza Usûl Hukukuna Etkilerini Hafifletmeye Dair Kanun” (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht-COVInsAG*) çıkartılmıştır¹⁵. Bu Kanun ile, 01.03.2020 ile 30.09.2020 tarihleri arasında salgın hastalık sebebiyle aciz haline düşen şirketler

¹² <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-03-18/vo-d.pdf> (Çevrimiçi, et.: 20.04.2020).

¹³ Schöchli, Hansueli, Bundesrat verfügt Betreibungsstopp, NZZ Nr. 66 19.03.2020, s. 17 (Swisslex).

¹⁴ <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-05-20/vo-reisebueros-d.pdf> (Çevrimiçi, et.: 20.05.2020).

¹⁵ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, Bonn 27.03.2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Çevrimiçi, et.: 25.04.2020). Ayrıca, kanunî düzenlemenin amacı ve çerçevesinin kanunun adına bakılarak anlaşılabilmesinin mümkün olması gereği çerçevesinde torba kanun çıkarılmasına ilişkin eleştiri bakımından bkz. Özeken, Muhammet/Boran Güneysu, Nilüfer, “KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Küllî İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/> (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020).

bakımından iflâs talep etme yükümlülüğü belirli koşullar altında askıya alınmıştır. Kanunun amacı, ekonomik zorluklar yaşayan veya Covid-19 pandemisinin etkileri nedeniyle zaten iflâs etmiş olan şirketlere yardımcı olmaktır. Anılan düzenlemeler, işletmeleri özellikle girişimcileri (Startups) tehdit eden iflâs dalgasına karşı korumayı hedeflemektedir. İşletmelere bu süreçte devletten yardım olarak veya borçlarına ilişkin yeniden yapılandırma yahut finans anlaşmaları yaparak iflâslarını önleme imkânı sunulmaktadır¹⁶. Almanya’da yapılan düzenleme kamu sağlığına ilişkin bir tedbir olmaktan ziyade piyasa yapısını korumaya yönelik iktisadî bir tedbirdir. Düzenlemenin bu amaca ulaşması bakımından daha uzun bir süreye ihtiyaç bulunduğundan ülkemize göre daha uzun süreli bir düzenleme yapılmıştır.

Fransa’da 23.03.2020 tarihli “Covid-19 Salgınıyla Mücadeleye İlişkin Acil Durum Kanunu (*Loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 / Emergency Act to Deal with the Epidemic Covid-19*)” iflâsa tâbi borçluları iflâsa karşı koruyan ve ödemelerin mahkeme kararı ile durdurulmasını sağlayan hükümler içermektedir¹⁷. Bu düzenlemede, 12.03.2020 ve (şimdilik) 24.08.2020 tarihleri arasında borçluların iflâs etmelerini engellemeye yönelik önlemler de alınmıştır¹⁸. İngiltere’de ise, iflâs hukukuna ilişkin kabul edilmiş özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, karantina önlemleri çerçevesinde duruşmalar sınırlı olarak yapıldığından iflâsla ilgili yargısal süreçler sekteye uğramıştır. Bu hususta özel bir düzenleme yapılması gereği üzerinde düşünüldüğü belirtilmektedir¹⁹.

V- İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURDURULMASININ KAPSAMI

İcra ve iflâs takiplerinin durdurulmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı, İcra ve İflâs Kanunu’na göre yapılan icra ve iflâs takiplerine ilişkindir. Bu çerçevede, 6183 sayılı Amme Alacaklılarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun çerçevesinde yürütülen takipler bu kararın kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla, kamu alacakları bakımından icra

¹⁶ https://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Corona/Insolvenzantrag/Corona_Insolvenzantrag_node.html?sessionid=1CA25EC363BDB19BFFE80ADC2BA1708B.1_cid334 (Çevrimiçi, et.: 25.04.2020).

¹⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041768067&dateTexte=&categorieLien=id> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

¹⁸ Stones, Katy, “Coronavirus (COVID-19) France—changes to France’s insolvency laws to deal with the coronavirus epidemic” [https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/coronavirus-\(covid-19\)-france-changes-to-france-s-insolvency-laws-to-deal-with-the-coronavirus-epidemic](https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/coronavirus-(covid-19)-france-changes-to-france-s-insolvency-laws-to-deal-with-the-coronavirus-epidemic) (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

¹⁹ Radu Tărăcilă Pădurari Retevoescu SCA and Odvetniki Šelih, “Covid-19 coronavirus measures impacting insolvency proceedings and enforcement”, www.allenoverly.com (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020).

takipleri karardan etkilenmemekte; buna karşılık kamu alacakları için yapılan iflâs takipleri, İcra ve İflâs Kanunu'na göre yapıldığından, bu takipler tatil boyunca durmaktadır. Ancak, 7226 sayılı Kanun'da takiplerin durdurulmasına ilişkin düzenlemede, kamu alacağı-özel hukuk alacağı ayrımı yapılmadığından, 6183 sayılı Kanun'a göre yapılan takipler de durmuş bulunmaktadır²⁰. Ayrıca, 16.04.2020 tarihli ve 7244 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemelerde, koronavirüs pandemisinin ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması amacıyla kanun kapsamındaki kamu alacaklarının ertelenmesi, alınmaması veya yapılandırılması öngörülmüştür. İcra takiplerindeki işlemlerle salgının yayılmasının önüne geçilmesi ve borçluların ekonomik bütünlüklerinin korunması amaçları gözetildiğinde her türlü icra takibinin durdurulmasının koronavirüs pandemisinin ortaya çıkardığı olağanüstü durumun gereklerine uygun bir tedbir olduğu kanaatindeyiz.

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesi çerçevesinde, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere, yurt genelinde yürütülmekte olan tüm icra ve iflâs takipleri durdurulmaktadır. Uygulamada çıkacak sorunların önüne geçmek adına Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından 24.03.2020 tarih ve 86420598-296/2543 sayılı yazısında uygulamaya yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre, icra dairelerince takiplerin durmasına ilişkin ayrı bir durma kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır²¹. Takiplerin durması kararı çerçevesinde de taraf ve takip işlemleri yapılmayacaktır. Ancak, ihtiyatî haciz talep edilmesi mümkünken, ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infaz edilmemesi öngörülmüştür.

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen takiplere ilişkin davaların açılmasını engelleyen bir düzenleme 7226 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. Bu davaların açılması mümkün olmakla birlikte, bu davalara ilişkin süreler durmuştur. İcra ve iflâs hukukuna özgü olan menfi tespit, istirdat, borçtan kurtulma, istihkak davaları açılabilir. Keza, takipsiz iflâs sebeplerinin varlığı halinde doğrudan iflâs davası açılabilmesi de mümkündür. Ancak, bu halde bu davalara ilişkin süreler durmuş olmakla birlikte, 7226 sayılı Kanun Geçici madde 1'in birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde davaların durma sürelerinin başlangıcına ilişkin farklı tarihler öngörülmüştür. Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler 22.03.2020 tarihinden (bu tarih dâhil) itibaren 15.06.2020 tarihine (bu tarih dâhil)²² kadar durmaktadır. Diğer kanunlardaki süreler ise, 13.03.2020

²⁰ Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 31.03.2020 tarih ve 2020/2 sayılı Uygulama İç Genelgesi'nde, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında işlemler ve sürelerin de 30.04.2020 tarihine kadar durdurulduğu belirtilmiştir. <https://vergidosyasi.com/2020/04/18/vergi-dairesi-islem-ve-surelerinin-durmasi-konulu-gib-uygulama-ic-genelgesi/> (Çevrimiçi, et.: 25.04.2020).

²¹ <http://www.iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/2279-sayili-cumhurbaskani-kararihakkinda24032020125855> (Çevrimiçi, et.: 05.04.2020).

²² Durma sürelerinin uzatımı çerçevesinde 15.06.2020 tarihi yazılmıştır.

tarihinden itibaren durmaktadır. Anılan bu farklılık eşitlik ilkesine aykırı nitelik taşıdığı gibi, aynı zamanda iki bendin kapsamına girebilecek dava, şikâyet ve itiraz süreleri bakımından gelecekte içtihatlarla konu olabilecek uyuşmazlıklara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Kanaatimizce, düzenlemenin lafzı itibariyle (b) bendinde İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin kanunlara açıkça vurgu yapıldığından, bu kanunlarda düzenlenen tüm sürelerin durmasına ilişkin milat, 22.03.2020 tarihi olarak kabul edilmelidir. Ancak, olması gereken hukuk bakımından, salgın hastalıktan kaynaklı olağanüstü koşullar dava ve icra takipleri bakımından aynı olduğundan, sürelerin durmasında yargılama süreleri ve icra takipleri arasında bir farklılık gözetilmemesi, durma sürelerinin yeknesak olması uygun olurdu.

İcra ve iflâs takiplerinin durdurulması ülkenin belirli bir coğrafi alanıyla sınırlandırılmamıştır. Takipler, tüm yurtda durdurulmuştur. Her ne kadar, vaka sayısı bazı illerde daha fazla olsa da, salgın tehlikesi yurt sathında mevcut olduğu için bölgesel bir karar verilmemiş olmasının olağanüstü durumun gereklerine uygun olduğu açıktır. Ancak, pandemiyle mücadeleye ilişkin dinamik süreçte, bazı illerde pandeminin etkisinin sürmesine karşın, bazı illerde hastalığın hiç görülmemesi durumunda bölgesel kararlar alınabilmesi mümkündür.

DURAN TAKİPLER	İSTİSNA TUTULAN TAKİPLER
Genel Haciz Yoluyla Takip	Nafaka Alacaklarına İlişkin Takipler
Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yoluyla Takipler	
Kiralanan Taşınmazların İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesine İlişkin Takipler	
Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takipler	
İlamlı Takipler (Para Alacaklarına, Taşınırlara; Taşınmazlara, İrtifak Haklarına; Bir Şeyin Yapılmasına, Bir Şeyin Yapılmamasına; Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına; Gemilere ve Bunlarla İlgili Aynî Haklara İlişkin İlamlı Takipler)	
Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla İlamlı ve İlamsız Takipler	
İflâs Takipleri	

Nafaka alacaklarına ilişkin takiplerin düzenlemenin kapsamı dışında tutulmasının temelinde nafaka alacaklısının hayatını devam ettirmek için takip konusu nafakaya duyduğu zarurilik arz eden ihtiyaç vardır. Nafaka alacaklısı, alacağını tahsil edemezse geçimini sürdürmekte zorlanır; muhtaç hale gelir. Bu sebeple, bu süreçte, nafaka alacaklarına ilişkin yeni takip başlatılabileceği gibi, mevcut nafaka takiplerine ilişkin icra işlemleri de yapılabilir. Nafaka alacağına ilişkin ilamda yer alan diğer alacaklar bakımından ise, takip başlatılması mümkün değildir. Nafaka alacağına ilişkin ilamlı ve ilamsız takiplerde haciz, paraya çevirme ve paraların paylaşılması işlemleri yürütülerek, nafaka alacağının cebren tahsili sağlanacaktır.

İlamlı takiplerin durması bakımından çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamlı icra takiplerinin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin icra işlemlerinin konusunun çocuk olması, tarafların yakınlarının genellikle bu sürece dahil olması, sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın katılımıyla cebrî icranın gerçekleştirilmesi, cebrî icra sırasında kolluğun da bulunmasının istenmesi sebepleriyle bu takipler daha fazla insan sirkülasyonu doğurduğundan, bu işlemler hastalığın yayılımı bakımından tehlike arz etmektedir. Bu tehlike karşısında bu takiplerin de durmuş olması ve bu hususta yeni takip yapılmaması doğaldır. Ancak, velayet hakkı sahibi olmayan ebeveyn ile çocuğun görüşmesi çocuğun üstün yararının korunması bakımından gereklidir. Ayrıca, salgın hastalıktan kaynaklanan değişikliklerin çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak ve çocuğun güven duygusunu korumak bakımından çocuk ile velayet hakkı sahibi olmayan diğer ebeveynin görüşmesi çocuğun yararına olabilecektir.

Öte yandan bu süreçte çocuklar hakkında uygulanan sokağa çıkma kısıtlaması, çocuk ile ebeveyninin fizikî ortamda görüşmesine engel oluşturmaktadır. Çocuk sokağa çıkamadığı için ancak velayet hakkı sahibi olan ebeveynin evinde diğer ebeveyn çocuğu görebilecektir. Bu olasılığın uygulaması ise hem hafta sonları getirilen sokağa çıkma kısıtlamaları hem de ebeveynlerin ayrılık sonrası aynı ortamda bulunmayı genellikle tercih etmemeleri sebebiyle güçlük arz edebilecek niteliktedir. Bununla birlikte, sokağa çıkma kısıtlamalarına ilişkin uygulama düzenlemeleri zaman içinde gelişerek, İçişleri Bakanlığının Sokağa Çıkma Kısıtlaması Genelgelerinde, mahkeme kararı çerçevesinde çocukları ile kişisel ilişki tesis edecekler, mahkeme kararını ibraz etmeleri şartıyla sokağa çıkma kısıtlamasından istisna tutulması sağlanmıştır. Bu çerçevede, velayet hakkı sahibi ebeveynin rıza gösterdiği ve sayısının az olduğunu tahmin ettiğimiz ebeveynin hafta sonları çocuklarını görebilmesi mümkün olmuştur.

Genel olarak çocuğun üstün yararının korunması ve salgının yayılımının engellenmesi bakımından velayet hakkı sahibi ebeveynin diğer ebeveyn ile çocuğun telefon veya diğer iletişim araçlarıyla görüşmesine izin vermesinin tercihe şayan bir uygulama olacağı kanaatindeyiz. Koronavirüs tedbirleri arasında bu hususu düzenleyen bir

hüküm bulunmamakta; ebeveynlerin anlaşmaları şartıyla telefon vb. görsel ve işitsel araçlarla görüşmeler yapılabilmesi mümkün olabilmektedir. Tarafların anlaşamaması halinde ise, aile mahkemesinden Türk Medenî Kanunu'nun velayet ile ilgili hükümleri çerçevesinde çocukla sesli ve/veya görüntülü görüşme yapılabilmesine olanak sağlayan tedbir talebinde bulunulabilir. Velayet hakkı sahibi tarafın çocukla iletişim kurulmasına engel olması durumunda, koronavirüs pandemisi sebebiyle çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin şartlar değiştiği için aile mahkemesinin yeni şartlara uygun tedbir kararı verilmesi talep edilebilir. Durumun değişmesi hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması hükmü (TMK m. 351) uygulanarak, çocuğun korunmasına ilişkin önlemleri salgın hastalık tedbirleriyle örtüşür şekilde, uzaktan sesli ve görüntülü iletişim kurma biçiminde yeniden düzenleyen karar verilebilmesi mümkündür. Bu çerçevede aile mahkemeleri tarafından alınacak tedbirler, ihtiyatî tedbirler gibi durma süresinde de infaz edilmelidir.

İflâs takipleri de anılan düzenlemeler çerçevesinde durdurulmuş; yeni iflâs takibi açılmaması esası benimsenmiştir. Ancak, doğrudan iflâs yolları çerçevesinde açılacak iflâs davaları, bir takibe dayanmadığı için Cumhurbaşkanî Kararı'nın ve 7226 sayılı Kanun'un kapsamına girmemektedir. 7226 sayılı Kanun ile yargılama süreleri durdurulmuş; ancak dava açmak bakımından bir engel getirilmemiştir. Dolayısıyla iflâs davası açılabilmesi mümkündür. Ancak, bu davaların açılmaması halinde zamanaşımı ve hak düşürücü süreler durdurulduğu için alacaklının hak kaybı söz konusu olmayacaktır. 13.03.2020 tarihi öncesinde verilen iflâs kararlarına ilişkin olarak yürütülen tasfiye işlemleri ise olduğu yerde duracaktır. Durma sürelerinin sonunda tasfiyeye kaldığı yerden devam edilecektir.

Duran takiplere ilişkin olarak haciz talebinde bulunulamayacak, mevcut hacizler ve muhafaza tedbirleri olduğu yerde hukukî varlıklarını korumaya devam edecek; ancak, satış talebinde bulunulamayacak, paraya çevirme işlemleri duracak; açık artırma ve pazarlık suretiyle satış işlemleri yapılamayacaktır.

VI- İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN SÜRELERİN DURMASI

İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin kanunlarda düzenlenen icra takiplerine ve icra yargılamalarına ilişkin süreler, 7226 sayılı Kanunu'nun Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, 22.03.2020 tarihinden itibaren durmaktadır. Çünkü, ilgili bentte "*İİK ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler*" denilerek icra işlemlerinin tâbi olduğu süreler ile usûl işlemlerinin tâbi olduğu süreler arasında bir ayırım gözetilmeksizin icra ve iflâs hukukuna ilişkin kanunlarda belirlenen tüm süreleri kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır. Buna karşılık, ilgili hükmün (a) bendinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usûl hükmü içeren diğer kanunlardaki

sürelerin 13.03.2020 itibariyle durduğu düzenlenmiştir. Ayrıca (a) bendinde, esas olarak usûl hükmü içeren kanunlardaki sürelerin durdurulması düzenlenmekle beraber “icra takibi başlatmak”, “şikâyet”, “itiraz” sürelerinin durması da düzenlenmiştir. Şikâyet ve itiraz icra ve iflâs hukukunda sıklıkla başvurulmuş kurumlar olmakla beraber, burada şikâyet ve itiraz kavramların Ceza Muhakemesi Kanunu gibi usûl hukuku düzenlemesi içeren kanunlardaki şikâyet ve itirazlar olduğu kanaatindeyiz. Ancak, (a) bendinde bahsolunan “icra takibi başlatmak” ifadesi b bendi ile çelişmektedir. Zira, İcra ve İflâs Kanunu’nda ihtiyatî haczi tamamlayan merasim bakımından icra takibi başlatmaya ilişkin özel süreler öngörülmektedir (İİK m. 264). Dolayısıyla icra takibi başlatmaya ilişkin süreler maddî hukuka ilişkin olabileceği gibi takip hukukuna ilişkin de olabilmektedir.

Söz konusu iki bentte yer alan düzenlemelerde farklı durma sürelerinin öngörülmüş olması ve düzenlemelerin kapsamının tayinindeki güçlük, birbiriyle çelişen uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Durma süreleri bakımından arada her ne kadar dokuz günlük bir fark bulunsa da bir gün dahi süreye uymamak hak kaybına yol açacaktır. Bu durumun özellikle icra ve iflâs takipleri sürecinde açılması gereken davalardaki durma sürelerinin tayininde tartışmalara yol açacağı yukarıda belirtilmiştir. Salgın hastalık tehlikesinden kaynaklanan olağanüstü durum karşısında yargılama sürelerinde farklılık bulunmasını gerekli kılacak haklı bir sebep bulunmadığından²³, icra ve iflâs hukukuna ilişkin yargılama sürelerinin diğer yargılama sürelerinin durma sürelerinden dokuz gün az olması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Olağanüstü durum karşısında aynı konumda bulunan icra ve iflâs hukukuna ilişkin yargılama sürelerinin diğer yargısal sürelerle aynı şekilde durması, belirlilik ve eşitlik ilkelerinin gereğidir. Keza yargılama süreleri ile takiplere ilişkin süreler arasında da farklılık bulunmaması gerekir.

7226 sayılı Kanunu’nun Geçici 1’inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca durmanın 30.04.2020 tarihinde sona ereceği düzenlenmiştir. 7226 sayılı Kanun’un Geçici 1’inci maddesinde, Cumhurbaşkanlığı’na salgının devam etmesi halinde durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatma ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltma yetkisi verilmiştir. Bu yetkiye dayalı olarak, 30.04.2020 tarihli ve 31114 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 29.04.2020 tarihli ve 2480 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı durma süresi, 01.05.2020 (bu tarih dahil) tarihinden 15.06.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) salgın hastalığın yayılma tehlikesinin daha önce ortadan kalkması halinde yeniden değerlendirilmek üzere uzatılmıştır.

²³ Pekcanitez, Hakan, “2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Durma süresinin başladığı tarih (22.03.2020) itibariyle, bitimine on beş gün ve daha az kalmış olan süreler, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden (16 Haziran'dan) başlamak üzere on beş gün uzamış sayılır. Bu çerçevede icra ve iflas takipleri bakımından, 22.03.2020 tarihi itibariyle bitime on beş gün ve daha az kalmış süreler 01.07.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

VII- İCRA VE İFLÂS TAKİPLERİNİN DURDURULMASININ ETKİLERİ

A- GENEL OLARAK

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, durma süresi boyunca taraf ve takip işlemleri, yeni icra ve iflâs takip taleplerinin alınmasına ilişkin işlemler, ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemler yapılmayacaktır. Düzenlemede belirtilen sürenin sonunda duran takiplere kaldığı yerden devam edilecektir. Keza, icra takip işlemiyle kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler de tatil sonunda kaldıkları yerden işlemeye devam edecektir.

İcra ve iflâs takiplerinin durduğu sürelerde, icra takip işlemi yapılacak olursa, bu işlemlere karşı şikâyet yoluna başvurarak, bu işlemlerin icra mahkemesi tarafından iptal edilmesi sağlanabilir (İİK m. 16). Burada süreler kamu sağlığını ve bu çerçevede kamu düzenini korumak amacıyla durdurulduğundan tatil kararına rağmen yapılan işlemlere karşı, kamu düzenine aykırılık sebebiyle, kural olarak her zaman şikâyet yoluna başvurulabilir.

Durma süresi boyunca icra takip işlemi yapılamayacağı için, kural olarak²⁴ satış (paraya çevirme) işlemleri de yapılmayacaktır. Ancak icra ve iflâs daireleri tarafından mal veya haklara ilişkin olarak ilan edilmiş olan satış gününün durma süresi içinde kalması halinde, bu mal veya haklar için durma süresinden sonra icra ve iflâs dairelerince kendiliğinden satış günü verilecektir. Talep olmaksızın hazırlanacak satış ilanı sadece elektronik ortamda yapılacak ve ilan için ayrıca ücret alınmayacaktır.

Takiplerinin durmasının faizler üzerindeki etkisine ilişkin 7226 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Takiplerin durmasının takip konusu alacak üzerindeki faize ilişkin talepleri bertaraf etmeyeceği; durma süresi boyunca faizlerin işlemeye devam etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Takiplerin durması, borçlunun borcunu ödemesine engel olmamaktadır. Keza, ilamsız takiplere konu para alacakları bakımından alacaklının dava açma hakkı ve faiz talep hakkı sınırlanmış değildir. Borçlu borcunu ödemek suretiyle faizin ortaya

²⁴ Nafakaya ilişkin takiplerde ise, satış işlemleri yapılabilir.

çıkmasına engel olabilir. Kanun koyucu faizlerin işleminin durmasını isteseydi, konkordato mühletlerinde faizlerin işlememesini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun madde 294, III hükmüne benzer bir düzenlemeyi kabul ederdi.

B- DURMANIN İCRA TAKİP İŞLEMLERİNE ETKİSİ

Cumhurbaşkanı Kararında ve 7226 sayılı Kanunda, başlamış olan takiplerin duracağı düzenlenmiş aynı zamanda taraf ve takip işlemlerinin yapılmayacağı da belirtilmiştir. Takip işlemi, icra takip işlemleri ile taraf takip işlemleri icra ve iflâs hukukuna özgü teknik terimlerdir. İcra ve İflâs Kanunu'nda "icra muamelesi" veya "takip muamelesi" olarak adlandırılan takip işlemleri, icra takip işlemleri ile taraf takip işlemlerini kapsayan üst bir başlık olup genel bir içeriğe sahiptir. Bu bağlamda, icra takiplerine yön ve şekil veren, etkilerini icra hukukunda doğuran işlemler²⁵ kimin tarafından yapıldığı önem arz etmeksizin takip işlemi niteliği taşır. Buna karşılık, icra takip işlemleri, icra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukukî durumuna zarar vermeye elverişli bir nitelik taşıyan ve takibin alacaklı yararına ilerlemesi amacını güden işlemlerdir²⁶. Taraf takip işlemleri ise, takip prosedüründe taraflarca yapılan, takibe yön veren ve genellikle icra takip işlemlerinin yapılmasını sağlamaya yönelmiş işlemlerdir²⁷.

İsviçre hukukunda icra takip işlemleri (*Betreibungshandlung*) tatil ve talik (erteleme) hallerinde yapılamayacak işlemleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Mevzu Kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 56'ncı maddesinin 3'üncü bendine göre, talik hallerinde (*Rechtsstillstand* SchKG Art. 57-62) borçluya karşı icra takip işlemleri yapılamaz. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 62'nci maddesi, salgın hastalık veya felaket durumlarında takiplerin durmasını düzenlemektedir. İlgili hüküm uyarınca bir salgın veya bir ülkesel felaket durumunda, savaş zamanlarında olduğu gibi, Federal Konsey veya Kanton yönetimlerinin onayı ile belirli bir coğrafi alan veya belirli halk kesimleri için icra takip işlemlerinin talik edilmesine karar verilebilir. Erteleme süresi boyunca icra takip işlemleri yapılmaz.

Durma süresi boyunca, mevcut takiplerdeki icra takip işlemi niteliğindeki haciz, fiilî el koyma, paraya çevirme işlemlerinin bu çerçevede açık artırma suretiyle satış; pazarlık suretiyle satış işlemlerinin

²⁵ Boran Güneysu, Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri", TBB Dergisi, S. 101, Y. 2012, s. 34; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 111; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Onikilevha, İstanbul, 2019, s. 5; Atalay, Murat/Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 76.

²⁶ Boran Güneysu, s. 36; Aslan, s. 24; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 111; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 5.

²⁷ Boran Güneysu, s. 35; Aslan, s. 28; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 111; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 5.

yapılmaması gerekir. Aksi halde, bu işlemlerin süresiz şikâyet yoluyla iptali istenebilir.

C- DURMANIN HACİZ İHBARNAMELERİNE ETKİSİ

Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal, hak ve alacaklarının haczedilmesine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi hükmünün uygulamasına takiplerin durmasının etkisi konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüşlerin farklılığının temelinde, üçüncü kişilere gönderilecek haciz ihbarnamelerinin hukukî niteliğine ilişkin farklı değerlendirmeler yer almaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi, görünürde asıl takip bakımından bir koruma tedbiri olmasına karşın, asıl takibe bağlanmış fer'i takip olup, bu prosedür, asıl borçlunun borçlusuna karşı yapılan fer'i takipte ödeme emri tebliği yerine geçen icra takip işlemi niteliği taşımaktadır²⁸.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise, haciz ihbarnamesi tebliğ işlemi bir muhafaza tedbiridir²⁹. İcra müdürünün, alacaklının talebi üzerine borçlunun üçüncü kişide bulunan mal veya hakkını haczedip haciz tutanağına geçirmesi gerekir. Bundan sonra üçüncü kişiye İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi çerçevesinde gönderilen ihbarnameler, üçüncü kişideki mal veya hakkın muhafazasına ilişkindir. Nitekim, anılan maddenin üst başlığı "*Mahcuz malları muhafaza tedbirleri*" şeklindedir. Yargıtay içtihatları da haciz ihbarnamesi tebliğinin muhafaza tedbiri niteliği taşıdığı yönündedir³⁰.

Durma süresi içerisinde haciz işlemi yapılamayacaktır. Haciz işlemi yapılamayacağı için, buna bağlı bir muhafaza tedbiri konumunda

²⁸ Aslan, s. 119; Yavaş, Murat, "İİK M.330 Çerçevesinde 2279 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararına Genel Bir Bakış", <http://www.lebiblyalkin.com.tr/mevzuat/haberler/2020/iik-m.330-cercevesinde-2279-sayili-cumhurbaskani-kararina-genel-bir-bakis.html> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

²⁹ Kuru, Baki, "İcra İflâs Kanununun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler", İktisadi Kalkınma Vakfı Yayını, İstanbul, 2004, s. 32; Kulbay Kıvanç, Duygu: "Muhafaza Tedbiri Olarak Haciz İhbarnameleri", AÜHFD. 2005, C. 54, S. 4, s. 493; İyilikli, Ahmet Cahit, "Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirket Borçlarından Dolayı Şirkete Borçlu Olan Ortağın Sorumluluğu Ve Rücu İlişkisi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S., 2013, s.3.

³⁰ "İİK'nun 88. maddesinin üst başlığında da açıkça belirtildiği gibi üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi gönderilmesi, üçüncü şahıstaki borçlunun alacağının ona ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbidir. Haciz ihbarnamesini alan üçüncü kişi, artık borçluya bir ödeme yapamaz. Sadece icra dairesine ödemede bulunabilir. Borçlunun, üçüncü şahısta alacağı yoksa ya da borca yeterli değil ise işte o zaman haczi yazısı ile 89. maddeye göre gönderilen haciz ihbarnamesi arasındaki fark ortaya çıkar. Bir başka deyişle sadece haciz yazısının yazılıp uygulanması halinde, İİK'nun 89. maddesindeki olumsuz sonuçlar doğmaz ve borç üçüncü kişinin zimmetinde sayılmaz." Yargıtay 12. HD, T. 30.03.2009, E. 2008/23704, K. 2009/6744 (İyilikli, s. 3-4).

olan haciz ihbarnamesi tebliği de mümkün olmayacaktır. Daha önceden konulmuş olan hacizler için de haciz ihbarnamesi tebliği edilemeyecektir. Ayrıca, durma süresinden önce konulmuş bir haciz için haciz ihbarnamesi tebliği edilmesi halinde, bu haciz ihbarnamesine cevap verme süresi de duracaktır. Durma süresinden önce tebliği edilmiş haciz ihbarnamesine dayalı olarak üçüncü kişinin elinde bulunan mal, hak ve alacağın tesliminin mümkün olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre 2279 sayılı Karar'ın yürürlüğe girmesinden önce (22.3.2020 tarihinde önce) üçüncü kişideki mal, hak ya da alacağın haczi tamamlanmış ve haciz ihbarnamesi üçüncü kişi tarafından 22.3.2020 tarihinden önce tebellüğ edilmiş ve itiraz edilmeyerek veya kabul edilerek kesinleşmiş ise üçüncü kişinin zimmetinde olan mal, hak ya da alacağın icra dosyasına teslimi veya ödenmesi gerekir³¹. Görüşün gerekçesi, kesinleşmiş haciz ihbarnamesinin gereğinin yerine getirilmemesi halinde doğacak haczin kalkması sonucunun fevkalâde hallerde tatil kararı ve 7226 sayılı Kanun'un olağanüstü koşullara rağmen mevcut durumun muhafaza edilmesi amacıyla bağdaşmayacağıdır³².

Doktrindeki diğer görüşe göre, takipler ve takip işlemleri tamamen durduğundan, muhafaza tedbiri olan maaş kesintisi ve haciz ihbarnamelerinin gereği yerine getirilmemelidir. Çünkü nasıl ki konkordato mühleti öncesi gönderilen doğmuş ve doğacak alacakların haczine ilişkin ihbarname kapsamında mühlet sonrası doğacak alacakların icra dairesine ödenmeyeceği kabul ediliyorsa, burada da ödeme yapılmamalıdır³³.

Kanaatimizce durma süresinden önce tebliği edilmiş haciz ihbarnameleri bakımından nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda 7226 sayılı Kanun'un temel amacı olan salgın hastalığın yayılmasını engelleme zaruretini dikkate almak gerekir. Bu amaçtan hareket ederek, tebligatı alan üçüncü kişinin elektronik ortamda icra dairesinin banka hesabına ihbarnamede belirtilen parayı yatırması mümkün olabilmelidir. Zira, bu işlemler esas olarak fizikî ortamda yapılmadığından hastalığın bulaşma riskini artırır bir nitelik taşımamaktadır. Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesi prosedürü çerçevesinde taşınır malın teslimi gibi fizikî ortamda farklı kişilerin katılımını gereken işlemler hastalığın bulaşmasına yol açabileceğinden, bu işlemlerin yapılması kanunun amacına uygun değildir.

Kanun koyucunun, hastalığın yayılmasını engellemek üzere genel olarak fizikî ortamda yapılması gereken icra işlemlerini durdurması; buna karşılık elektronik ortamda yapılacak icra işlemleri bakımından istisna getirerek elektronik ortamda yapılabilecek işlemleri durma

³¹ Pekcanitez, Yavaş.

³² Pekcanitez.

³³ Atalay/Özekes.

kapsamına almaması olağanüstü durumun gereklerine daha uygun olurdu. Bu durum, icra ve iflâs hukukunun tamamıyla askıya alınmaması açısından önem arz etmektedir. Ancak bu noktada, işlemler arasında yapıldıkları ortama göre farklılık yaratmanın Anayasa'daki eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı da söylenebilir. Kanaatimizce, salgın hastalıkla mücadele ön planda olduğu için hastalığın bulaşmasını engelleyecek şekilde üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların elektronik ortam kullanılarak muhafaza altına alınması mümkün olabilmelidir.

Borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczine benzer durum, İcra ve İflâs Kanunu madde 92, II ve 150 /b hükmü uyarınca, taşınmazı kullanan kiracılara icra dairesi tarafından haciz işlemlerinin bildirilmesi ve işleyecek kiraların icra dairesine ödenmesi amacıyla gönderilen ihbarnameler bakımından da geçerlidir. Bu ihbarnameler her ne kadar takibin tarafı olmayan üçüncü kişiye gönderilse ve asıl takip bakımından muhafaza tedbiri gibi görünse de, hukukî niteliği itibariyle bu nevi ihbarnameler gönderilmesinin takibin alacaklı lehine ilerlemesini sağlayan, esasen borçlunun hukukî durumunu etkileyen bir icra takip işlemi niteliği taşıdığı doktrinde kabul edilmektedir³⁴. Ancak, ihbarname gönderilmesi bir muhafaza tedbiri olarak kabul eden görüş çerçevesinde, elektronik ortamda yapılacak işlemlerin durmanın kapsamı dışında tutulması gerektiği kanaatindeyiz.

Ç- DURMANIN MAAŞ VE ÜCRET HACİZLERİNE ETKİSİ

Maaş ve ücret haczi bir icra takip işlemi olduğundan, durma süresi içerisinde borçlunun maaş ve ücreti üzerine yeni haciz konulamayacağı aşikârdır. Ancak, durma süresinden önce konulmuş maaş ve ücret hacizleri bakımından takiplerin durması döneminde kesintilere devam edilip edilmeyeceği bir tartışma konusudur. Doktrindeki bir görüşe göre, haciz işlemi, icra müdürünün haczedilen mal ve hakların haciz tutanağına işlenmesi ile tamamlanır³⁵. Bu bağlamda haczedilen mal ve haklara fiilen el konulması veya muhafaza altına alınması, haciz işleminin geçerlilik şartı değildir. Dolayısıyla durma sürecinden önce İcra ve İflâs Kanunu'nun 355'inci maddesi çerçevesinde maaş ve ücretin kesilmesine ilişkin tebligat yapıldığında, maaş ve ücret haczi tamamlanmış olduğundan, muhafaza tedbiri niteliğindeki kesinti işleminin durma süresinde de devam etmesi gerekir³⁶. Ancak, durma süresinde icra takip işlemi niteliğinde olan maaş ve ücretin haczedildiğine ilişkin haciz tutanağının düzenlenmesi 7226 sayılı Kanun'a aykırı olur ve bu işlemin icra mahkemesine süresiz şikâyet yoluna başvuru suretiyle iptalinin sağlanması mümkündür.

Diğer görüş, koronavirüs pandemisi sebebiyle takiplerin durmasına ilişkin 2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 7226 sayılı

³⁴ Aslan, s. 119.

³⁵ Yavaş.

³⁶ Yavaş.

Kanun'un amacının borçlunun iktisadî ve sosyal varlığını koruma olduğu dikkate alınarak, maaş ve ücret kesintisinin durma süresi boyunca yapılmaması, borçluya ücret ya da maaşının tam olarak ödenmesi gerektiği yönündedir³⁷.

Kanaatimize göre, 2279 sayılı Karar ve 7226 sayılı Kanun ile amaçlananın esas olarak salgının yayılmasını önlemek olduğundan hareket edilerek kesinti işleminin salgın hastalığın yayılması sonucu doğurup doğurmayacağına bakmak gerekir. Bu işlemler elektronik ortamda yapılabilir olduğundan, fizikî teması gerektirmediklerinden salgını tetikler nitelik taşımaz. Ayrıca, maaş ve ücretler zaten haczedilmiş olduğundan esasen kesintiye devam edilmesi borçlunun ekonomik bütünlüğünü bozar nitelik de taşımaz. Bu sebeplerden hareketle, maaş ve ücretler üzerine konulmuş hacizlerde durma süresi boyunca kesintilere devam edilmesi gerekir.

Adalet Bakanlığı İcra İşleri Daire Başkanlığı'nın, Hazine ve Maliye Bakanlığı (Muhakemat Genel Müdürlüğü)'nin yazısına istinaden kaleme aldığı 02.04.2020 tarih ve 86420598-300/2678 sayılı görüş yazısı şu şekildedir: *"...Yukarıda bahsedilen tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında; Nafaka alacaklarına ilişkin takiplerin ve dolayısıyla maaş hacizlerinin devam edeceği açık olup, başka sebebe dayanan diğer maaş hacizlerinin devam etmesinin ve maaş kesintilerinin yapılmasının İcra ve İflâs Takiplerinin Durdurulmasına Dair 2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına ve yukarıda bahsi geçen yasal düzenlemelere aykırılık oluşturmayacağı, zira icra takiplerinin durdurulduğu tarih aralığında icra daireleri tarafından yeni haciz kararları alınamayacağından maaş haczi ve kesintileri için ilgili kurum ve kişilere yazılan müzakerelerin postada gecikmiş olması ve takibin dayanağının nafaka borcuna ilişkin olup olmadığının veya diğer taraf lehine talep edilen bir işlem kapsamında bulunup bulunmadığının kesinti yapacak kurum ya da kişi tarafından bilinemeyecek olması gibi hususlar dikkate alındığında haciz müzakerelerinin gereği yerine getirilerek maaş kesintilerinin ilgili icra dairesi hesabına gönderilmesinin uygun olacağı..."* . Bu yazıdan sonra uygulamada maaş ve ücret kesintileri yapılmıştır.

D- İCRA DAİRELERİNDEKİ PARALARIN ALACAKLILARA ÖDENMESİ SORUNU

7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca, İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin kanunlar kapsamında, durma süresi içinde rızaen yapılan ödemeler kabul edilir ve taraflardan biri, diğer tarafın lehine olan işlemlerin yapılmasını talep edebilir. Bu çerçevede, icra dairelerinin, takip dosyalarına yapılan ödemeleri kabul etmesi gerekir. Ancak, bu paraların nasıl ödeneceği konusunda uygulamada tereddütler doğmuştur. Doktrindeki hâkim görüşe göre, paraların ödenmesi ve paylaşılması bir icra takip işlemi

³⁷ Atalay/Özeker.

değildir³⁸ ve dolayısıyla bizatihi paraların ödenmesi işlemi takiplerin durmasından etkilenmeyecektir. Salgın hastalık sebebiyle icra ve iflâs hukuku bütünüyle askıya alınmış değildir; salgın hastalığın yayılmasına sebebiyet verecek taraf ve icra takip işlemleri yapılamaması gereği ve alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi gözetilerek, bu süreçte kişilerin ekonomik ve sosyal varlıklarının ve bütünlüklerinin korunması amaçlanmıştır. Paraya çevirme neticesinde elde edilen gelirin alacaklılara ödenmesi borçluya karşı yapılan bir işlem değildir. Paraların ödenmesi taraf veya icra takip işlemi niteliği taşımaz; bu sebeple tatil ve talik hallerinde paraların ödenmesi ve paylaşılması mümkündür³⁹. İcra dairesinde bulunan paraların ödenmesi, elektronik ortamda gerçekleşeceği için ne salgın hastalığın yayılmasını etkileyecek ne de borçlunun ekonomik bütünlüğüne zarar verecektir.

Durma süresinden önce veya durma süreci içerisinde borçlu veya üçüncü bir kişi tarafından bir icra takibinde ödeme veya icra emrinde belirtilen hesaba ödenen paranın takip talebindeki alacaklı hesabına ödenmesi gerekir⁴⁰. Ancak, Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından 24.03.2020 tarihinde yayımlanan 86420598-296/2543 sayılı Yazıda, “...İcra daireleri yapılan ödemeler kabul edilerek dosya kapsamında sıra cetveli yapılmasını gerektirmeyen ve borçlu veya üçüncü kişilerin haklarının ihlâl edilmeyeceği anlaşılan durumlarda paranın alacaklılara ödeneceği...” belirtilmektedir. Sıra cetveli hazırlanmasının gerekli olduğu durumlarda, sıra cetveli kesinleşmeden, paraların ödenmesi mümkün değildir⁴¹. 22.03.2020 tarihinden önce ilgililere tebliğ edilmekle birlikte şikâyet ve itiraz süreleri dolmamış olan veya durma süresi içinde hazırlanan sıra cetvellerine karşı itiraz ve şikâyet süreleri işlemediği için, bu sıra cetvellerin bu süreçte kesinleşmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu nevi sıra cetvellerindeki alacaklar için, kural olarak ödeme yapılmaz. Ancak, takiplerin durmasının istisnası olan nafaka alacaklarına ilişkin takiplerde sıra cetveli hazırlansa dahi, nafaka alacaklısına erken ödeme (geçici dağıtma) yapılmasının (İİK m. 138/1, m. 142/a) mümkün olduğu kanaatindeyiz⁴². Ayrıca, kanaatimizce sıra cetveli kendilerine tebliğ olunan ilgililerin sıra cetveline karşı itiraz ve şikâyetleri bulunmadığını icra dairesine bildirmesi halinde sıra cetveli kesinleşmiş sayılarak ödeme yapılması gerekir.

Ödeme yapılması halinde, haczin ve muhafaza tedbirlerinin kaldırılması için gerekli işlemler de yapılmalıdır. Ancak, bu işlemlerin fizikî ortamda yapılması gerekiyorsa, hastalığın bulaşması riski ortaya çıkabilir. Bu durum da Kanun’un amacı ile bağdaşmayacaktır. Kanaatimizce, kanun koyucunun hastalığın bulaşma riskine binaen fizikî ortamda yapılması gereken her türlü takip işlemini durdurması yerinde

³⁸ Boran Güneysu, s. 59; Aslan, s. 85.

³⁹ Aslan, s. 86.

⁴⁰ Atalay/Özekes.

⁴¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 345.

⁴² Atalay/Özekes.

olurdu. Çünkü, haczin kalkması ve konusunu oluşturan malın borçluya teslim edilmesi işlemi memur ve ilgililerin katılımı ile sağlanacağından hastalığın yayılmasına yol açabilir. Olması gereken hukuk bakımından, mal teslimi gibi fizikî ortamda yapılması zarureti olan işlemlerin ertelenmesi; buna karşılık elektronik ortamda yapılacak işlemlerin UYAP sistemi üzerinden devam etmesi şeklinde bir ayrımı esas alan bir düzenleme kamu yararı ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine uygun olacaktır.

Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı tarafından 24.03.2020 tarihinde yayımlanan 86420598-296/2543 sayılı Yazısında geçen “*borçlu ya da üçüncü kişilerin haklarının ihlâl edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda paraların alacaklılarına ödenebileceği*” ifadesi uygulamada ödeme işlemlerinin yapılmasını zorlaştırabilir. Zira, borçlu ve üçüncü kişilerin haklarının ihlâl edilmediğinin anlaşılması için takip prosedürü içinde nasıl bir işlem yapılacağı belirsizlik arz etmektedir⁴³. Zaten, icra daireleri takip prosedüründe kanuna aykırı şekilde işlem yapamazlar ve İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini uygulayarak tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatlerini korurlar. Bakanlık yazısında geçen ifadenin olağan takip prosedüründeki işlemler dışında başka bir işlem yapılması sonucunu doğuramayacağı kanaatindeyiz. Takip prosedüründeki işlemlerde kanunilik esas olduğundan, bu prosedürün hak ihlâli yaratacak şekilde anlaşılmasına sebebiyet verebilecek Bakanlık Kararı ile kanunda yer almayan yeni bir işlem eklenmesi mümkün değildir.

VIII- DURMANIN İHTİYATÎ HACİZ TALEPLERİ VE KARARLARINA ETKİSİ

İhtiyatî haciz, alacaklının para alacağının ödenmesini güvence altına almaya yönelik geçici hukukî himaye tedbiridir. Kötüniyetli borçlulara, bu bağlamda özel olarak borçlunun mal kaçırmasına, kendisinin kaçmasına ya da alacaklının haklarını ihlâl eden işlemlerine karşı vadesi gelmemiş alacakların ödenmesini temin etmek için de ihtiyatî hacze başvurulabilir. İhtiyatî haciz ile kesin haciz aynı şekilde uygulanmaktadır. Temel fark, kesin hacizde satış talebinde bulunulabilirken, ihtiyatî hacizde alacaklıya satış talebinde bulunma yetkisinin verilmemiş olmasıdır. İhtiyatî haciz kararları, kesin hacizler gibi icra edileceğinden, salgın tehlikesi karşısında her iki haciz türünün de uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. İhtiyatî haczin borçlunun mal kaçırmasını engelleyici niteliği ile acil hukukî korumaya duyulan ihtiyaç, salgın hastalıkla mücadele gereğinden üstün değildir.

⁴³ Bulut, Uğur, “7226 Sayılı Kanun’un İcra Hukukundaki Satış ve Paraların Ödenmesi İşlemlerine Etkisi”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi/> (Çevrimiçi, et.: 20.05.2020).

7226 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede ihtiyatî haciz kararlarının icra ve infazına ilişkin işlemlerin durdurulmasına karar verilmiştir. İhtiyatî haciz talebinde bulunmayı engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, daha evvelden verilen ihtiyatî haciz kararları ve durma sürecinde verilmesi muhtemel ihtiyatî haciz kararları icra ve infaz edilemeyecektir.

Olması gereken hukuk açısından, salgın sebebiyle durması gereken icra ve infaza ilişkin işlemlerin borçlunun mallarının fizikî ortamdaki fiilî haciz işlemleri olması gerektiği kanaatindeyiz. Buna karşılık, borçlunun resmî sicillere kayıtlı malların haczinin, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan yapılmasında ve özellikle elektronik ortamın kullanılmasında salgın hastalık açısından bir sakınca bulunmamalıdır. Ancak 7226 sayılı Kanun'da bu hususta bir ayırım yapılmamış, ihtiyatî haciz kararlarının, kaydî haciz suretiyle icrası da dahil olmak üzere hiçbir şekilde icra ve infaz edilemeyeceği düzenlenmiştir.

İhtiyatî haciz kararları verilmesine rağmen icra ve infaz edilmemeleri borçlunun mal kaçırmasını engellemeyecektir. Zira, noterler ve tapu sicil müdürlüklerindeki işlemler durdurulmamıştır; ancak, ihtiyatî haciz kararının resmî sicillere işlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, borçlu ihtiyatî haciz konusu mal ve haklarını iyiniyetli üçüncü kişilere devredebilir. Bu halde, üçüncü kişilerin iyiniyeti korunacağından mülkiyet hakkını iktisap edebilmeleri mümkün olacaktır.

Her ne kadar ihtiyatî haciz kararları icra edilemese de alacaklıya hacze iştirak (İİK m. 268) kurumundan yararlanma imkânı vermek ve gelecekte açılması olası tasarrufun iptali davalarında mahkemede kanaat oluşturmak üzere bu kararlar kullanılabilir⁴⁴. Bu sebeple her ne kadar bu süreçte, kanunî düzenleme gereği haczin uygulanması mümkün olmasa da şartları oluştuğunda ihtiyatî haciz talep edilmesinde ve ihtiyatî haciz kararı alınmasında fayda bulunmaktadır.

IX- TAKİP VE SÜRELERİN DURMASININ KONKORDATO SÜREÇLERİNE ETKİSİ

A- DERDEST KONKORDATO TALEPLERİNE ETKİSİ

Konkordato bir cebrî icra türü olmadığından takiplerin durmasından doğrudan etkilenmemektedir. 7226 sayılı Kanunu'nun Geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, İcra ve İflâs Kanunu'nda belirlenen süreler durduğu için konkordato prosedüründeki geçici mühlet, kesin mühlet, iltihak süresi, çekişmeli

⁴⁴ Atalay/Özokes.

alacaklar hakkında dava açma süresi, kanun yolları süreleri gibi süreler durmuştur.

7226 sayılı Kanun'da, durmanın derdest konkordato taleplerinde verilen konkordato mühletlerine etkisine ilişkin özel bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, “*Konkordato mühletinin alacaklı ve borçlu bakımından sonuçları, durma süresince devam eder*” (7226 S. K. Geçici 1, 3/c). Konkordato mühleti de takiplerin durması da, icra ve iflâs hukukunda özel talik halleri arasında bulunduğu için iki özel talik halinden hangisinin uygulanacağı ya da bu iki talik halinin bir arada uygulanmasının mümkün olup olmadığı soruları akıllara gelmektedir. Kanaatimizce 7226 sayılı Kanun'un salgının yayılmasını önleme amacından hareketle ve sosyal icra hukuku anlayışına uygun şekilde hükümlerin yorumlanması gerekir.

Konkordato sürecinde borçluya tanınan mühlet içinde, kanunda belirtilen sınırlamalar çerçevesinde, borçluya karşı yeni takip yapılmamakta; mevcut takipler de olduğu yerde durmaktadır. Konkordato mühletleri boyunca borçluya karşı yapılan takipler kural olarak zaten durduğundan ve zamanaşımı ile hak düşürücü süreler işlemediğinden, salgın hastalık sebebiyle takiplerin ve sürelerin durmasının konkordatoya etkisinin ne olacağının etkisini tespit etmek gerekir. Doktrinde, icra takiplerinin durdurulması ile borçlu yönünden getirilen koruma konkordato mühletinden daha geniş olduğundan, burada konkordato mühletinin askıda bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Kısmen katıldığımız bu görüş çerçevesinde, 22 Mart-15 Haziran tarihleri arasında (bu tarihler dahil) geçen sürenin (seksenaltı gün) konkordato mühletine eklenmesi gerekir⁴⁶. Buna göre, konkordato mühletleri durma süresi boyunca uzamıştır. Ancak, kanaatimize göre, durma sürecinde mahkemenin aksi yönde bir kararı olmadıkça konkordato komiserlerinin görevlerine devam etmesi, özellikle borçlunun faaliyetlerine nezaret etmesi gerekir. Konkordato projesinin salgın hastalıktan kaynaklanan olağanüstü durum karşısında uygulanabilme ihtimali araştırılmalı; komiser konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmalıdır. Bu olağanüstü durumun borçlunun ticarî faaliyetlerine etkisi, projede değişiklik yapılması gereğini doğurabilir. Borçlunun ticarî faaliyetlerinde meydana gelen değişiklikler tespit edilerek, konkordato mühleti içinde iyileşme ümidi değerlendirilmelidir. Durum mahkemeye rapor olarak sunulmalıdır. Salgın hastalığın yayılması riski sebebiyle, alacaklılar kurulu toplantıları

⁴⁵ Atalay/Özkes.

⁴⁶ Tunç Yücel, Müjgan, “7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi” Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanliginin-2480-sayili-karari-uyarinca-surelerin-durmasinin-konkordato-surelerine-etkisi/>, (Çevrimiçi, et.: 12.05.2020).

ve alacaklılar toplantıları ertelenmesi gereği vardır. Bu çerçevede, 2020/3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile ulusal ve uluslararası düzeyde açık ve kapalı alanlarda düzenlenecek her türlü bilimsel, kültürel ve sanatsal toplantıların 2020 yılı için Nisan ayı sonuna kadar ertelenmesi kararı verilmiştir. Salgın hastalık sebebiyle alacaklılar toplantısı gibi zamanında yapılamayan işlemlerin tamamlanması için gerekli hazırlıklar konkordato komiserlerince yürütülmelidir.

Konkordato mühletlerinin durması, salgın hastalığın ekonomi üzerindeki etkileri bakımından gerekli bir tedbirdir. Ancak, salgın hastalık sürecinde ticarî faaliyetlerine devam edemeyen borçluların, durma süreleri sonrasında malî durumlarının iyileştirilmesine yönelik projelerinin yeni duruma uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Salgın hastalıkla mücadelenin dinamik bir süreç olması sebebiyle yeni döneme ilişkin belirsizlikler projelerin revizyonunu güçleştirmektedir. Mevcut projenin uygulanabilirliği konusunda alacaklılarla ve ticarî faaliyetlerin yürütüldüğü kişilerle müzakere yapılması da salgın sürecinde pek mümkün görülmemektedir. Yeni şartlara uyum sağlanarak konkordato projelerinin güncellenmesi için, konkordato mühletlerinin bir kanun değişikliği ile uzatılması düşünülebilir.

B- KONKORDATO TALEBİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI SORUNU

7226 sayılı Kanun'da durma süresi boyunca konkordato talebinde bulunulmasını erteleyen veya yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Yapılan düzenlemede, icra dairelerince yeni icra ve iflâs taleplerinin alınmaması düzenlenmiş; nafaka hariç diğer alacaklar bakımından cebrî icra yasağı getirilmiştir. Ancak, konkordato talebinde bulunulması, bir takip türü olmayıp, çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 382, 1/f-7). Dolayısıyla konkordato talebine bulunulması cebrî icra yasasına tâbi değildir.

7226 sayılı Kanun'da konkordato talepleri yasaklanmamakla birlikte, doktrinde, konkordato talebinde bulunulabilmesinin mümkün olup olmadığı hukukî yarar açısından ele alınmıştır. Baskın görüşe göre, konkordato mühleti verilmesiyle borçlunun ulaşmak istediği kendisine karşı yeni takip yapılamaması ve mevcut takiplerin durması imkânı, 7229 sayılı Kanun ile tanınmış olduğundan, konkordato talebinde bulunmakta hukukî yarar bulunmamaktadır⁴⁷. Aynı yöndeki diğer bir görüşe göre, fevkalâde tatil kararı ve 7226 sayılı Kanun ile borçlu bakımından sağlanan koruma, konkordato mühletine göre daha kapsamlı bir hukukî koruma sağladığından konkordato mühleti taleplerinin hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi gerekir. Ayrıca, konkordato talebinde bulunulması mahkemeye sunulması gereken

⁴⁷ Pekcanitez.

belgelerin hazırlanması giderleri düşünülduğünde, takiplerin durdurulmasını sağlama açısından maliyetli bir yöntemdir⁴⁸.

Doktrindeki diğer görüş ise, konkordato mühleti alınması halinde, borçlunun sahip olacağı koruma, 7226 sayılı Kanun ile sağlanan korumadan daha kapsamlı olduğundan, borçlunun hukukî yararı bulunduğu ve durma süreci içerisinde konkordato talebinde bulunulmasının mümkün olduğu yönündedir. 7226 sayılı Kanun ile sınırlanmamış olan ihtiyatî tedbir kararlarının uygulanması konkordato mühleti içinde mümkün değildir. Konkordato mühletinin sürekli borç ilişkilerine etkisini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 296'ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü de borçluyu daha fazla koruyucu niteliktedir⁴⁹.

Kanaatimizce, borçlunun 7226 sayılı Kanun ile sağlanan takiplerin durmasından daha kapsamlı bir hukukî korumaya ihtiyaç duyduğu hallerde hukukî yararının varlığı kabul edilmelidir. Hukukî yarar bir dava şartı olduğundan, çekişmesiz yargı işlerinde de mahkeme tarafından re'sen gözetilmeli; somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Salgın hastalığın ekonomiye etkileri gözetildiğinde borçluların konkordatoya duydukları ihtiyaç artacağından konkordato başvurularının kolaylaştırılması, en azından salgın hastalığın yarattığı belirsizliğe uygun çözümler getirilmesi gereği vardır. Konkordato kurumunun bu süreçte daha kolay uygulanmasının sağlanması, konkordato projelerinin olağanüstü şartlara göre değiştirilmesi ve iflâs davalarının açılmasının belirli şartların varlığı halinde ertelenmesi süreç içinde biriken borçları karşısında eli kolu bağlı olan tacirlerin pandemi sonrası ticarî faaliyetlerine devam etmelerine imkân verecektir⁵⁰.

C- KORONAVİRÜSÜN KONKORDATONUN TASDİKİ SÜRECİNE ETKİSİ

Alacaklılar toplantısında İcra ve İflâs Kanunu'nun 302'nci maddesi çerçevesinde kabul edilen, ancak henüz tasdik süreci devam eden konkordato projesinin, salgın hastalık sonrası oluşan yeni koşullar karşısında borçlu bakımından uygulanabilmesi fevkalâde güç ve imkânsız olabilir. Ancak, projenin değişen şartlara uygun hale getirilmesinin nasıl sağlanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Lakin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 305'inci maddesinin son fıkrasında, mahkemenin konkordato projesini yetersiz bulması halinde kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmenin yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Konkordatonun tasdiki sürecinde salgın hastalık sebebiyle ticarî faaliyetleri etkilenen borçluların konkordato projelerinde değişiklik

⁴⁸ Atalay/Özekes.

⁴⁹ Yavaş.

⁵⁰ Özekes /Boran Güneysu.

yapılmasını istemesi mümkün görülmekle birlikte, burada mahkemenin değişikliklerin kapsamını belirlerken konkordato kurumunun özellikleri çerçevesinde sınırlı bir yetkiye sahip olduğu kanaatindeyiz. Çünkü, konkordato her ne kadar mahkeme kararı ile uygulanabilir olsa da öncelikle alacaklıların belirli çoğunluğunun konkordato projesini onaylaması gerekmektedir. Dolayısıyla konkordato kurumunun işlerlik kazanabilmesi için, borçlunun talebini içeren bir konkordato projesi, alacaklıların belirli bir çoğunlukla bu projeyi onaylaması ve mahkemenin tasdiki gerekir. Alacaklıların onayladıkları projeyi değiştirecek şekilde mahkemenin bir karar alması, İcra ve İflâs Kanunu'nun 305'inci maddesi çerçevesinde mümkün değildir. Nitekim doktrinde de, mahkemenin anılan hüküm kapsamında alacaklıların kabul ettiği konkordato şartlarının değiştirilmesi yetkisinin bulunmadığı, esasen konkordato projesinin hatalı ve yetersiz kısımlarına ilişkin mahkemenin düzeltme isteyebileceği belirtilmektedir⁵¹. Mahkemenin gerekli gördüğü düzeltmelerin yapılmasını isteme yetkisi, alacaklılar tarafından kabul edilen tekliften daha elverişsiz bir teklifi kapsayamaz⁵². Bu bağlamda, pandemi sebebiyle değişen şartlara uyarılama yapılarak İcra ve İflâs Kanunu'nun 305'inci maddesine dayanılarak indirim oranının ve/veya taksit sayısının artırılması gibi alacaklılar aleyhine konkordato projesinin değiştirilerek tasdik edilmesi mümkün değildir⁵³. Bu çerçevede, alacaklıların çoğunluğunun iradesi ile örtüşmeyen bir projenin tasdik edilmesinin konkordatonun hukukî niteliği ile bağdaşmayacağı kanaatini taşımaktayız.

Öte yandan tasdik edilmiş projenin, bir sözleşme olduğu kabul edilerek Türk Borçlar Kanunu'nun 138'inci maddesine göre mahkeme tarafından uyarlanmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. İlgili hüküm uyarınca, *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan*

⁵¹ Pekcanitez, Hakan /Erdönmez, Güray, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 138; Albayrak, Hakan, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 71.

⁵² Budak, Ali Cem/ Kale, Serdar, *Öztek-Konkordato Şerhi*, m. 305, No. 25, (Yeni Konkordato Hukuku 7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019) s. 540.

⁵³ Doktrinde, İİK m. 305 çerçevesinde 7226 sayılı kanunda öngörülen durma süresi dikkate alınarak ödeme takviminin ve alacaklılara yapılacak ödemelerin üç ay ötelenmesi yönünde değişiklik yapılması hususunda mahkemelerin karar verebilmesi önerisi sunulmuştur. Bkz. Akkaya, Tolga, “Covid19 Salgını Nedeniyle Alınan İdari ve Yasal Önlemlerin Konkordatoya Etkisi ve Salgının Ekonomik Sonuçlarından Olumsuz Etkilenen Borçluların Korunmasına Yönelik Tedbirlere Dair Düzenleme Önerileri”, <https://blog.lexpera.com.tr/covid19-salgini-nedeniyle-alinan-idari-ve-yasal-onlemlerin-konkordatoya-etkisi-ve-borclularin-korunmasına-yonelik-tedbirlere-dair-oneriler/>, (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020). Kanaatimize göre, tasdik duruşmasının salgın hastalık sürecinde ertelenmesi dolayısıyla konkordato projesinde öngörülen ödeme takviminin tasdik tarihine göre düzeltilmesi İİK m. 305'in son fıkrası çerçevesinde mümkündür.

bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”⁵⁴. Konkordato, alacaklıların kanunda öngörülen çoğunlukla projeyi onaylamasıyla hükümlerini doğuran bir sözleşme niteliği taşımadığı ve tasdik sürecinde kamu yararını sağlamaya yönelik şartların varlığı arandığından özel hukuk ilişkilerindeki uyarılama hükümleri konkordatonun tasdiki bakımından uygulanabilir nitelikte değildir. Konkordatonun mahkeme kararıyla uyarlanabilmesi, konkordatonun özelliklerine uygun olmayacaktır.

Bu halde pandemiden kaynaklanan olağanüstü şartlara uygun yeni proje hazırlanması ve alacaklıların onayına sunulması, ikinci bir alacaklılar toplantısı yapılması, bu toplantıda yeterli çoğunlukla onaylanmış projenin tasdik yargılamasına konu edilmesi uygun bir çözüm olabilir. Ancak, ikinci bir alacaklılar toplantısı düzenlenebilmesi bakımından kanun değişikliği yapılmasına ihtiyaç vardır. Söz konusu

⁵⁴ “TBK m. 138 hükmüne göre; sözleşme taraflarından birinin hâkime yapacağı başvuru üzerine talep doğrultusunda bir karar verilebilmesi için aşağıdaki şartlar bulunmalıdır. 1) Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. Şayet aşırı ifa güçlüğü sözleşme kurulduğu sırada da mevcut olup sadece taraflarca bilinmiyorsa, bu TBK m. 138 hükümlerine değil, şartları varsa yanılma (TBK m. 30 vd.) hükümlerine göre iptale konu olabilir. Sonradan ortaya çıkan ifa güçlüğü, mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak olması gerekmez. Maddede, “kendisinden ifanın istenmesinin dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir” olması yeterli görülmüştür. Elbette bu değerlendirmede, karşı tarafın durumu da göz önüne alınacaktır. 2) Edimlerin dengesindeki değişiklik sözleşme yapılırken öngörülemez ve öngörülmesi de beklenmeyen (Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, tabii afetler, ithal ve ihraç konusunda getirilen yasak ve tahditler gibi) olağanüstü bir durumdan ileri gelmelidir. Bu husus da “Emprevizyon” olarak ifade edilebilir. Maddede her ne kadar “taraflarca öngörülme” denmişse de, olağanüstü olgunun sözleşme kurulurken sadece aşırı ifa güçlüğüne düşen taraf açısından öngörülemez olması yeterli sayılmalıdır. Aşırı ifa güçlüğüne düşenin bu durumu sözleşme yapılırken öngörmediğini ispat etmesi yetmez, bu durum onun için “öngörülmesi beklenemez” olmalıdır. Kendi özensizliği veya dikkatsizliği sebebiyle bu olguyu öngörememişse, 138. maddeden yararlanamayacaktır. 3) Aşırı ifa güçlüğü yaratan olgu borçludan kaynaklanmamalıdır. Olgunun kendisinin borçludan kaynaklanmaması yanında, bunun aşırı ifa güçlüğü yaratması da borçludan kaynaklanmamalıdır. 4) Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır. Kural olarak ifade bulduktan sonra aşırı ifa güçlüğünden söz ederek uyarılama veya sözleşmeden dönme yollarına başvurulamaz. Ancak, borçlu doğan haklarını saklı tutarak ifade bulunmuşsa, ifadan sonra da bu haklarını kullanabilecektir. Bu takdirde, uyarılamanın sonucuna göre veya sözleşmeden dönme halinde, ifa etmiş bulduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen geri isteyebilecektir.” Yargıtay 13. HD. E. 2013/16898, K. 2014/18895, T. 13.06.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

çözüm önerisinin uygulanması bakımından gerekli süreyi İcra ve İflâs Kanunu'nun 304'üncü maddesinin verdiği söylenebilir. İlgili hükme göre, “*Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan fazla olamaz.*” Bu bağlamda mahkeme, yapılacak kanun değişikliğiyle tasdik sürecinde ortaya çıkan olağanüstü koşullar göre hazırlanan yeni projenin alacaklılar toplanmasında oylanmasına karar verebilir. Olağanüstü durum sebebiyle yeni bir projenin hazırlanmasına ve oylanmasına yönelik kanun değişikliği, hem konkordatoda alacaklıların çoğunluğunun iradesinin varlığını sağlayacak hem de pandemiden kaynaklanan değişiklik yapma ihtiyacını karşılayacaktır. Keza, icra ve iflâs hukukunun temel ilkesi olan alacaklı ve borçlular arasındaki menfaatler dengesi de gözetilecektir. Aynı kanun değişikliğinde, ekonomik şartlar çerçevesinde altı aylık sürenin yeterli olmaması ihtimaline binaen konkordato sürelerinin uzatılmasına ilişkin düzenleme yapılması da düşünülebilir.

Ç- KORONAVİRÜSÜN TASDİK EDİLMİŞ KONKORDATO PROJESİNE ETKİSİ

İcra ve iflâs takiplerinin durması, tasdik edilmiş konkordatolarda konkordato projesinde öngörülen ödemelerin durdurulmasını gerektirmez. Borçlunun durma sürecinde de projeye uygun olarak borçlarını ifa etmesi gerekir. Ancak, borçlunun koronavirüs pandemisinden kaynaklanan mücbir sebep⁵⁵ dolayısıyla ticarî faaliyetleri sekteye uğradığından projedeki ödeme planına uygun olarak ödemelerini yapamaması halinde uyarılma talebinde bulunması mümkün olmalıdır. Bu halde, borçlu alacaklılarıyla anlaşarak ödeme planının değişen şartlara göre yenilenmesini sağlayabilir⁵⁶. Diğer bir ihtimal ise, konkordato projesine göre kendisine ifada bulunulmayan alacaklının konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatonun kısmen feshini istemesidir (İİK m. 308/e). Bu halde, alacaklı konkordatonun feshi kararı çerçevesinde borçluya karşı takip başlatabilir. Söz konusu takipler neticesi borçlunun ekonomik bütünlüğü bozulup, iflâsı söz konusu olabilir.

⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 2017/1190 E. ve 2018/1259 K. numaralı kararında şu tanımları yapmıştır. “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır.” HGK Kararı, E. 2017/1190, K. 2018/1259, T. 27.06.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Pekdinçer, R. Tamer/ Yılmaz, Abdüssamet, “Korona Virüs (Covid 19) Salgınının Tasdik Edilmiş Konkordato Projelerine Etkisi”, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-covid-19-salgininin-tasdik-edilmis-konkordato-projelerine-etkisi/> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Kanaatimizce borçlu, asliye ticaret mahkemesine başvurarak dürüstlük kuralı çerçevesinde, tasdik edilmiş konkordato projesinin koronavirüs pandemisinden kaynaklanan mücbir sebep dolayısıyla öngörülmesi mümkün olmayan yeni şartlara göre değiştirilmesine izin talebinde bulunabilir. Her ne kadar bu hususta İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmasa da hak ve nısfet gereği bu hususta talepte bulunulabilmesi mümkün olmalıdır. Doktrinde de, Türk Borçlar Kanunu'nun 138'inci maddesi uyarınca ifa güçlüğü sebebiyle konkordatonun uyarlanmasının talep edilebileceği ileri sürülmüştür⁵⁷.

Kanaatimizce, tasdik edilmiş konkordato projesinin olağanüstü şartlara göre değiştirilmesi, alelaide sözleşmelerden farklı olarak konkordato kurumunun hukukî niteliği ve amaçları dikkate alınarak yapılmalıdır. Çünkü, konkordato bir sözleşme olmaktan ziyade asliye ticaret mahkemesinin kararıyla sonuç doğuran ve tarafların menfaatlerinin⁵⁸ yanı sıra kamu yararını da koruma amacı güden borç tasfiyesi yöntemidir. Konkordatonun kamu hukukuna ilişkin nitelikleri gözetildiğinde diğer borç ilişkilerinden daha farklı bir şekilde olağanüstü şartlara göre değiştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Dolayısıyla konkordatoya ilişkin değişiklik taleplerinin konkordatoyu iki taraflı borç ilişkilerinden ayıran kollektif borç tasfiyesi özelliği ve kamu yararı gözetilerek, konkordatoyu tasdik eden mahkeme tarafından incelenmesi ve alacaklıların bu husustaki iradesinin alınması gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda bu hususta bir hüküm bulunmadığından, konkordatonun tasdikinden sonra ortaya çıkan olağanüstü durumlar sebebiyle konkordato projelerinin değiştirilmesine ilişkin özel hükümler ihdas edilmesinde fayda bulunmaktadır. Zira, genel hükümler çerçevesinde yürütülecek uyarılama davalarında, borçlunun sayıları binleri bulan konkordato alacaklılarına tebligat çıkartılması ve duruşmalar açılması gereği yargılamanın masraflı ve uzun sürmesine yol açacaktır⁵⁹. Bu durum uyarılamanın anlamsız hale gelmesine sebebiyet verebilir. Özel bir düzenlemeyle, alacaklıların da hukukî dinlenilme hakkı sağlayacak şekilde projenin değiştirilmesini sağlayan bir yargılama prosedürü öngörülmesi mümkündür.

Diğer bir ihtimal, koronavirüs pandemisinden kaynaklanan mevcut duruma özgü olarak tasdik edilmiş konkordatolarda borçlulara talepleri halinde, uygulanabilir bir ödeme planı sunmaları şartıyla belirli bir süre ödemelerini erteleme imkânı verilmesidir. Alacaklıların menfaatlerinin korunmasını sağlayacak şekilde ödemelerin ertelemesini şartlara bağlayan bir düzenleme yapılması durumunda uzun sürecek uyarılama yargılamalarıyla süreç uzamayacaktır. Borçlu ve alacaklılar bakımından hızlı ve öngörülebilir sonuçlar alınması ticarî hayatın gereklerine ve konkordatonun niteliklerine daha uygun olacaktır.

⁵⁷ Pekdinçer/ Yılmaz.

⁵⁸ Akkaya.

⁵⁹ Akkaya.

Erteleme halinde alacaklıların eline geçecek meblağın konkordatonun feshi halinde alacakları miktardan daha fazla olması, erteleme bir yıl gibi bir süreyle sınırlı olması gibi şartlar aranabilir. Keza, erteleme talepleri ile konkordatonun feshi taleplerinin birlikte karara bağlanması gereği düzenlenebilir. Böyle bir düzenlemenin, onaylanmış ancak henüz tasdik edilmemiş konkordato projelerinin olağanüstü durumlara göre değiştirilmesinde de gözetilmesini sağlayacak hükümler getirilmesi uygulamaya bakımından kolaylık sağlayacaktır.

X. İCRA-İFLÂS SUÇ VE CEZALARI BAKIMINDAN DURMANIN ETKİSİ

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen suç ve cezalar, Cumhurbaşkanlığı Kararının kapsamına dâhil değildir. Fevkalâde hallerde tatil, icra ve iflâs suçları bakımından etki doğurabilir bir karar değildir. Kanun koyucu suç ve cezalarla ilgili olarak 7226 sayılı Kanun'a genel bir hüküm koymuştur. 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde suç ve ceza, kabahat ve idarî yaptırım ile disiplin hapsi ve tazyik hapsi için kanunlarda düzenlenen zamanaşımı sürelerinin durmayacağı, işlemeye devam edeceği düzenlenmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda mal beyanında bulunmama (m. 76), gerçeğe aykırı beyanda bulunma (m. 338, II), taksitle ödeme taahhüdünü ihlâl (m. 340), çocuk teslimine muhalefet (m. 341), bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilamların icrasına muhalefet (m. 343), nafakaya ilişkin kararları yerine getirmeme (m. 344), suçlarının cezası tazyik hapsini gerektirir. Buna karşılık, mal ve kazancındaki artışı bildirmeyen borçlunun cezası (m. 339) disiplin hapsidir. Bu suç ve cezalara ilişkin zamanaşımı sürelerinin işlemeye devam edeceği dikkate alınmalıdır.

SONUÇ

Salgın hastalığın yayılmasını önlemek amacıyla icra ve iflâs hukuku alanında, nafaka alacaklarına ilişkin icra takipleri hariç olmak üzere icra ve iflâs takipleri durdurulmuştur. Keza, bu süreçte nafaka alacakları hariç diğer alacaklar için takip talepleri alınmayacak; mevcut takiplerde icra takip işlemleri yapılmayacak, ihtiyatî haciz kararları icra edilmeyecektir. İcra ve İflâs Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler 22.03.2020 tarihinden (bu tarih dâhil) itibaren 15.06.2020 tarihine (bu tarih dâhil) kadar durdurulmuştur.

İcra ve iflâs takiplerinin durdurulması, bu takiplerde yapılması gereken işlerin birikmesi sonucunu doğurmaktadır. Durma süresi sona erip, icra takipleri yeniden başladığında, biriken işlerin icra daireleri tarafından yerine getirilmesinde icra görevlilerinin zorluklar yaşamaması muhtemeldir. Öte yandan, salgınla mücadele çerçevesinde alınan tedbirler ekonomik faaliyetleri azalttığından, ticarî hayatta normal şartlar altında borçlarını ifa eden bir kısım borçlunun temerrüde düşmesine sonucu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca, küresel boyutta

yaşanması muhtemel ekonomik durgunluk da borçların zamanında ve tam ifasını güçleştirecektir. Bunların sonucu biriken işlerin üstüne ortaya çıkacak yeni iş yükü, icra dairelerinin kapasite üstü çalışmalarını gerektirecektir.

İcra ve iflâs daireleri ortaya çıkması muhtemel iş yükünü çeviremezse, alacaklıların alacaklarını uzun süre tahsil edememeleri, cebrî icra sistemine güven duyulmamasına, alacaklıların kendiliğinden hak alma (ihkakı hak) yasağını ihlâl etmelerine yol açabilir. Cebrî icra sisteminin etkin bir şekilde çalışmaması, kamu düzenini bozucu etki doğurabilir. Bu riski bertaraf etmek üzere öncelikle alınacak ekonomik tedbirlerle, borçların ifası desteklenmelidir. Kredi desteği sunulmasını sağlayan veya mevcut borçlarda bir-üç yılı bulan uzun süreli taksitle ödeme imkânı getiren kanun değişiklikleri yapılması, ticarî faaliyetlerin devamlılığını sağlayarak cebrî icra sistemine yönelik ihtiyacı azaltabilir. Diğer taraftan muhtemel iş yükü çerçevesinde, icra ve iflâs teşkilatında personel sayısı artırılması düşünülebilir.

Koronavirüs pandemisinden kaynaklanan olağanüstü durum çalışma şartlarını değiştirmektedir. Salgın tehlikesinin azalması sonrası yeniden başlayacak takip işlemlerinde elektronik sistemlerin daha etkin bir şekilde kullanılarak icra takiplerinin hızlandırılacağı yeni çalışma usullerinin geliştirilmesi üzerinde durulabilir. Her sıkıntı veya risk kendi içinde fırsatlar da barındırmaktadır. Salgın hastalıkla mücadele çerçevesinde sosyal mesafenin korunması için elektronik sistemlerin kullanımının artması bu duruma örnek verilebilir. Bu çerçevede, örneğin fizikî temastan kaçınmak amacıyla bireylerin ihtiyari elektronik tebligat kullanımının artırılması, tebligat süreçlerinin hızlanması ve maliyetlerinin azalmasını sağlayacaktır.

Öte yandan icra takiplerinde işlemlerin daha fazla elektronik ortamda yapılmasını; fizikî ortamın mümkün oldukça az kullanılmasını sağlamak üzere mevzuat değişikliği yapılabilir. Bu bağlamda Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun uyarınca UYAP bünyesinde oluşturulan Merkezi Takip Sistemine ilişkin uygulama deneyiminin dikkate alınması suretiyle, bu sistemin olumlu yönleri güçlendirilerek ve eleştirilen yönlerine ilişkin çözümler sunulurken, icra takip işlemlerinde bilişim sistemlerinden daha fazla faydalanılması düşünülebilir.

Durma sürelerinin sona ermesinden sonra, pandeminin ekonomik faaliyetlere olumsuz etkisinin devam etmesi icra ve iflâs takiplerinin sayısını artıracaktır. Takipler karşısında ticarî faaliyetlerin devamlılığı daha da güçleşecektir. Bu bağlamda, koronavirüs pandemisi sonrası ticarî hayatın devamlılığının sağlanabilmesi için, borçluların borçlarının yeniden yapılandırılmasına ilişkin iflâs ve konkordato kurumlarına ilişkin düzenleme yapılması gereği vardır. Mevcut düzenlemelerde konkordato süreci, gelecek projeksiyonu çizen konkordato projesi üzerine inşa edilmiştir. Ancak, belirsizlikler içeren ve dinamik bir süreç olan koronavirüs pandemisine karşı verilen mücadelede, projelerin gerçekleşebilme ihtimalini belirlemek oldukça güçtür. Bu sebeple,

pandemi sürecinin dinamik yapısına uygun borç tasfiyesi modelleri üzerinde çalışılmalıdır. Borçlunun, mümkünse ticarî faaliyetlerin sekteye uğradığı alanlardan, arz eksikliği bulunan alanlara geçişine imkân veren ve bunu teşvik eden yapılandırma modelleri oluşturulabilir. Örneğin, gelinlik sektöründe faaliyet gösteren bir tekstil şirketi, sağlık tekstili ürünleri üretmek üzere yeniden yapılandırılabilir. Faaliyet değişikliğine ilişkin giderlerin finansmanında kredi teşvikleri sağlanabilir. Arz eksikliği olan sektörler belirlenerek, bu sektörlerle geçişe ilişkin yapılandırma süreçleri planlanabilir.

Pandeminin ekonomik etkileri sebebiyle, borçların ödenmesi bakımından konkordato kurumu daha önemli hale gelmiştir. Bu çerçevede, konkordato başvurularının kolaylaştırılması düşünülebilir. Konkordato maliyetli bir süreç olup, bu maliyeti genellikle büyük işletmeler karşılayabilmektedir. Bu sebeple, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler bakımından, borçların tasfiyesi için taksitle ödemeye olanak veren, konkordatoya göre daha az maliyetli alternatif bir yapılandırma modeli de geliştirilebilir. Borcun taksitle ödenmesine vade sayılarını 12-24 aya çıkaran geçici bir düzenlenme yapılabilir. Derdest konkordato taleplerinde ise, konkordato mühletlerinin uzatılması, borçluya normalleşme sürecinde ticarî faaliyetlerini devam ettirecek değişiklikleri yapabilme imkânı verecektir. Ancak, konkordato mühletlerindeki uzatmanın, alacaklılar bakımından beklemeyi anlamsız hale getirecek nitelik taşıması gerekir.

Koronavirüs pandemisinin ekonomik etkileri normalleşme sürecinde bazı sektörlerde devam eder ve bu sektörlerde faaliyet gösteren borçluların ticarî faaliyetlerine daha uzun süre devam etmeleri mümkün olmazsa, onları korumak ve iflâslarını engellemek üzere bu sektörlerle özgü fevkalâde tatil kararı verilmesi İcra ve İflâs Kanunu'nun 330'uncu maddesi uyarınca mümkündür. Nitekim İsviçre'de seyahat sektörüne özgü fevkalâde tatil kararı verilmiştir. Koronavirüs pandemisi sebebiyle ticarî faaliyetleri zarar gören sektörlerde ülke genelinde veya belirli coğrafî alanda tatil kararı verilebilir.

KAYNAKÇA

Akkaya, Tolga, “Covid19 Salgını Nedeniyle Alınan İdari ve Yasal Önlemlerin Konkordatoya Etkisi ve Salgının Ekonomik Sonuçlarından Olumsuz Etkilenen Borçluların Korunmasına Yönelik Tedbirlere Dair Düzenleme Önerileri”, <https://blog.lexpera.com.tr/covid19-salgini-nedeniyle-alinan-idari-ve-yasal-onlemlerin-konkordatoya-etkisi-ve-borclularin-korunmasına-yonelik-tedbirlere-dair-oneriler/>, (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020).

Albayrak, Hakan, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Aslan, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet, “İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar”, <https://blog.lexpera.com.tr/iik-m330-hukmunu-uygulayan-cumhurbaskanligi-karari/> (Çevrimiçi, et.: 22.04.2020).

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim /Erdoğan, Ersin, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Boran Güneysu, Nilüfer, “İcra Takip İşlemleri”, TBB Dergisi, S. 101, Y. 2012, s. 31-60.

Budak, Ali Cem/ Kale, Serdar, *Öztek-Konkordato Şerhi, m. 305, No. 25, (Yeni Konkordato Hukuku 7101 ve 7155 sayılı Kanunlarla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019)*.

Bulut, Uğur, “7226 Sayılı Kanun’un İcra Hukukundaki Satış ve Paraların Ödenmesi İşlemlerine Etkisi”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanunun-icra-hukukundaki-satis-ve-paralarin-odenmesi-islemlerine-etkisi/> (Çevrimiçi, et.: 20.05.2020).

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-03-18/vo-d.pdf> (Çevrimiçi, et.: 20.04.2020).

Ilija Penon, Marc Wohlgemuth, *Art. 62, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, 2017*.

İyilikli, Ahmet Cahit, “Haciz İhbarnamesi Uygulamasında Şirket Borçlarından Dolayı Şirkete Borçlu Olan Ortağın Sorumluluğu Ve Rücu İlişkisi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S., 2013, s. 1-35.

Kulbay Kıvanç, Duygu, “Muhafaza Tedbiri Olarak Haciz İhbarnameleri”, AÜHFD. 2005, C. 54, S. 4, s. 489-519.

Kuru, Baki, “İcra İflâs Kanununun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, İktisadî Kalkınma Vakfı Yayını, İstanbul, 2004.

Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Özeskes, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Özekes, Muhammet/ Boran Güneysu, Nilüfer, “*KOVID-19 Salgınından Dolayı Alman Hukukunda Yargılama ve Takip Hukukuna İlişkin Hukukî Durum ile Özellikle İflâslar (Külli İcra) Hakkındaki Düzenlemeye Genel Bakış*”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/kovid-19-salginindan-dolayi-alman-hukukunda-yargilama-ve-takip-hukukuna-iliskin-hukuki-durum/> (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020).

Özekes, Muhammet/ Seven, Vural, “*Fevkalade Hallerde Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Süreler Hakkında Kanun Önerisi*”, <https://blog.lexpera.com.tr/fevkalade-hallerde-adalet-hizmetlerinin-yurutulmesi/> (Çevrimiçi, et.: 25.04.2020).

Pekcanitez, Hakan/ Erdönmez, Güray, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Pekcanitez, Hakan, “*2279 sayılı Cumhurbaşkanlığı (Fevkalâde Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi*”, <https://blog.lexpera.com.tr/2279-sayili-karar-ile-7226-sayili-kanunun-birlikte-degerlendirilmesi/> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Pekdiñçer, R. Tamer/ Yılmaz, Abdüssamet, “*Korona Virüs (Covid 19) Salgınının Tasdik Edilmiş Konkordato Projelerine Etkisi*”, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-covid-19-salgininin-tasdik-edilmis-konkordato-projelerine-etkisi/> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Radu Tărăcilă Pădurari Retevoescu SCA and Odvetniki Šelih, “*Covid-19 coronavirus measures impacting insolvency proceedings and enforcement*”, www.allenoverly.com (Çevrimiçi, et.: 15.05.2020).

Schöchli, Hansueli, *Bundesrat verfügt Betriebsstopp*, NZZ Nr. 66 19.03.2020, s. 17 (Swisslex).

Stones, Katy, “*Coronavirus (COVID-19) France—changes to France’s insolvency laws to deal with the coronavirus epidemic*” [https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/coronavirus-\(covid-19\)-france-changes-to-france-s-insolvency-laws-to-deal-with-the-coronavirus-epidemic](https://www.lexisnexis.co.uk/blog/restructuring-and-insolvency/coronavirus-(covid-19)-france-changes-to-france-s-insolvency-laws-to-deal-with-the-coronavirus-epidemic) (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Tunç Yücel, Müjgan, “*7226 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığının 2480 sayılı Yargı Alanındaki Hak Kayıplarının Önlenmesi Amacıyla Getirilen Durma Süresinin Uzatılmasına Dair Kararı Uyarınca Sürelerin Durmasının Konkordato Sürelerine Etkisi*” Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/7226-sayili-kanun-ile-cumhurbaskanliginin-2480-sayili-karari-uyarinca-surelerin-durmasinin-konkordato-surelerine-etkisi/>, (Çevrimiçi, et.: 12.05.2020).

Yavaş, Murat, “*İİK M. 330 Çerçevesinde 2279 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararına Genel Bir Bakış*”, <http://www.lebiblyalkin.com.tr/mevzuat/haberler/2020/iik-m.330-cercevesinde-2279-sayili-cumhurbaskani-kararina-genel-bir-bakis.html> (Çevrimiçi, et.: 05.05.2020).

Yılmaz, Ejder, “*Olağanüstü Durumlarda Borçluya Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması*”, BATIDER 1977/1, C. IX, s. 153- 191.

TEHLİKELİ SALGIN HASTALIK SEBEBİYLE ALINAN SOKAĞA ÇIKMA YASAĞI KARARLARI ÜZERİNE BİR KAÇ NOT

A Few Note On Curfew Decisions Taken Due To Dangerous Epidemic Disease

Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN*

Özet: Anayasamızın 13. maddesi olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşulları, Anayasamızın 15. maddesi ise olağanüstü halde temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına ilişkin koşulları belirlemiştir. Ülkemizde son zamanlarda uygulanan sokağa çıkma yasakları seyahat özgürlüğü başta olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğü etkilemektedir.

Çalışmamızın inceleme konusu, Covid 19 salgını nedeniyle, İl İdaresi Kanunu uyarınca valilerin “sokağa çıkma yasağı” getirmelerinin hukukiliğinin tahlili ve sokağa çıkma yasağı getirebilmek için olağanüstü hal ilanının zorunlu olup olmadığıdır.

Anahtar Kelimeler: Tehlikeli salgın hastalık, sokağa çıkma yasağı, hak ve özgürlükler, olağanüstü hal

Abstract: Article 13 of our Constitution has set the conditions for restricting fundamental rights and freedoms in ordinary periods, and Article 15 of our Constitution has determined the conditions for stopping fundamental rights and freedoms in an extraordinary situation. Curfews, recently implemented in our country, affect many fundamental rights and freedoms, especially freedom of travel.

The subject of our study is the determination of the legality of the governor's bringing “curfew” in accordance with the Provincial Administration Law due to the Covid 19 outbreak and whether the declaration of a state of emergency is compulsory.

Keywords: Dangerous epidemic disease, curfews, fundamental rights and freedoms, state of emergency

* Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
seckinyavuzdogan@klu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-4698-3140
Makale Geliş Tarihi: 15/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 27/06/2020

Giriş

1 Aralık 2019 tarihinde Çin'in Hubei bölgesinin başkenti olan Vuhan'da ortaya çıkan virüs salgını üzerine SARS-CoV-2 olarak adlandırılan yeni bir koronavirüs teşhis edilmiş, kişiden kişiye bulaşabilen virüsün bulaşma oranı 2020 Ocak ortasında büyüme göstermiştir. 11 Mart 2020'de Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel salgın ilan edilmiştir.¹

Tüm dünyayı etkileyen bu salgın hastalık, alınan tüm tedbirlere rağmen ülkemize de sirayet etmiş ve 11 Nisan 2020 tarihi itibariyle ülkemiz genelinde toplam vaka sayısı 42282'ye çıkarken bu zamana kadar toplamda 908 vatandaşımız hayatını kaybetmiştir. Bu salgın hastalığın etkilerini en aza indirmek ve yayılmasını kontrol altına almak amacıyla bir dizi tedbire başvurulmuştur. Bu tedbirlerin arasında 65 yaş üstü vatandaşların sokağa çıkmalarının süresiz olarak yasaklanması, 20 yaş altında olanların sokağa çıkmalarının süresiz olarak yasaklanması ve son olarak bu yazının kaleme alındığı vakitlerde, 30 büyük şehrimizde ve Zonguldak ilinde 10-12 Nisan 2020 tarihleri arasında bu şehirlerde yaşayan herkesin sokağa çıkmalarının yasaklanması bulunmaktadır.

Sokağa çıkma yasağına ilişkin ilk genelge, 65 yaş üstü vatandaşların sokağa çıkmasını yasaklayan, daha doğru bir ifadeyle mülki idare amirlerine bu yönde karar almaları yönünde talimatlar içeren 21 Mart 2020 tarihli İçişleri Bakanlığı genelgesidir. Söz konusu genelgede "*Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulunun tavsiyeleri doğrultusunda, il valileri tarafından, İl İdaresi Kanununun 11/C maddesi ve Umuma Hıfzısıhha Kanununun 27 nci ve 72 nci maddesi kapsamında; 21.03.2020 tarihi saat 24.00'den sonra 65 yaş ve üstü vatandaşlarımız ile anlankronik rahatsızlıklara sahip vatandaşlarımızın ikametlerinden dışarı çıkmaları, açık alanlarda, parklarda dolaşmaları ve toplu ulaşım araçları ile seyahat etmeleri sınırlandırılarak sokağa çıkmalarının yasaklanması amacıyla gerekli kararların ivedilikle alınması gerekmektedir.*

Söz konusu tedbirlere ilişkin Valiler/kaymakamlar tarafından gerekli kararların ivedilikle alınması, uygulamada herhangi bir aksaklığa meydan verilmemesi ve mağduriyetlere neden olunmaması için ilgili birim/kurum yetkilileri ile gerekli koordinasyonun yapılması, Bakanlığımızın tüm sıralı/sorumlu amirleri tarafından uygulamanın yakinen takip edilerek, herhangi bir aksaklığa meydan verilmemesi önemle rica olunur." ifadeleri mevcuttur.²

Yukarıda bir kısmına yer verdiğimiz İçişleri Bakanlığı Genelgesi ile 65 yaş üstü vatandaşların sokağa çıkmalarının yasaklanmasından söz edilmişken, iki gün sonra çıkartılan ve 20 yaşın altındaki kişilerin de

¹ https://tr.wikipedia.org/wiki/2019-20_koronavir%C3%BCs_pandemisi, (E.T. 20.04.2020)

² <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>, (E.T. 20.04.2020).

sokağa çıkmalarının yasaklanması düzenlemesini getiren genelgede ise vatandaş ifadesine yer verilmemiştir. Genelgelerdeki hukuki yazım yanlışlıklarını incelemek makalemizin amacı dışında olmakla birlikte bu iki genelge lafzi yoruma tabi tutulacak olursa 65 yaşın üstündeki vatandaşların sokağa çıkmayacakları ancak vatandaş olmayan ama Türkiye’de ikamet eden yaşlıların sokağa çıkabilecekleri sonucuna varılabilecektir.

Çalışmamızın asıl inceleme konusu, Covid 19 salgını nedeniyle, İl İdaresi Kanunu uyarınca valilerin “sokağa çıkma yasağı” getirmelerinin hukukiliğinin tahlili ve sokağa çıkma yasağı getirebilmek için olağanüstü hal ilanının zorunlu olup olmadığıdır.

I- Sokağa Çıkma Yasağının Anayasal ve Yasal Dayanakları

Olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasanın 13 üncü maddesi uyarınca “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Anayasamızı uyarınca bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının ilk şartı sınırlandırmanın kanunla yapılmasıdır. Temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Yürütme organı ancak bir kanuna dayanmak şartıyla temel hak ve özgürlükler alanında düzenleme yapabilir. Düzenleyici işlemlerle kanun tarafından öngörülmemiş bir sınırlandırma yapılamaz. Sınırlandırma, Anayasanın sözüne yani metnine ve ruhuna, bir başka anlatımla Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama uygun olmak zorundadır. Sınırlama, ancak Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen “özel” sınırlama nedenlerine dayanabilir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği uyarınca temel hak ve özgürlükler sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Özel sınırlama nedenleri ise sadece ilgili oldukları temel hak ve özgürlükler için geçerli olup, diğer özgürlükler buna dayanarak sınırlandırılmaz. Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın sınırlanabilir. Hakkın özü kavramını, onun vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeği olarak tanımlamak mümkündür. Bir hak ve özgürlüğün özü “onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeğidir.”³ Son koşul ise “ölçülülük” ilkesidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihadı ile gelişen ölçülülük ilkesine uyulabilmesi için yapılan sınırlamada elverişlilik, gereklilik ve oranlılık bulunması gerekmektedir. Elverişlilik, başvuru aracının hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını; gereklilik, başvuru aracının sınırlama

³ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2009, s.114.

amacı açısından zorunlu olmasını; oranlılık, başvuru aracının hedeflenen amaca ulaşmada ölçsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir.⁴

Olağan dönemlerde devletlerin anayasa ve kanunlarla bireylere tanınmış hak ve özgürlüklerde normal ölçüler dışında kısıntı yapması düşünülemez. Ancak devletlerin olağan dönemlerdeki yönetim biçimleri önceden tahmin edilemeyen ani ve olağanüstü şartların üstesinden gelebilecek ve olağan döneme dönüşü sağlayabilecek elverişli vasıtalarla sahip değildir. Bu sebeple bu türlü olağanüstü durumlarla başa çıkabilmek ve en kısa zamanda olağan dönemin koşullarına dönebilmek için icra organının olağan döneme nazaran yetkilerinin genişletilmesi, karar alma prosedürünün kısaltılması ve hızlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme nazaran daha fazla sınırlandırılması ve hatta tamamen kaldırılması, bireylere bazı ek yükümlülüklerin getirilmesi gerekebilir.⁵ Bu nedenle demokratik hukuk devletleri bu gibi olağanüstü durumların üstesinden gelebilecek elverişli araçları içeren olağanüstü yönetim usullerini hukuk kuralları ile belirlemek ihtiyacı hissederler.⁶

Sokağa çıkma yasakları genellikle olağanüstü hal ilan edilmesiyle bağlantılıdır. Devletler, olağanüstü hal durumunda kamu düzenini, sağlığını, güvenliğini ve refahını korumak için anayasanın koruduğu hakların kullanılmasını durdurabilir. Böyle bir durumda devletler, uluslararası antlaşmalarda düzenlenen ve devletlerin olağanüstü hallerde başvurabilecekleri tedbirleri düzenleyen ve sınırlandıran hükümlerine uymak zorundadırlar.

Devletimizin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi, devletlere Sözleşme ile üstlenmiş oldukları belli hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüklerini istisnai koşullar altında geçici, sınırlı ve denetimli bir şekilde askıya alma imkanı sunmaktadır. Ancak aykırı tedbirler alma hakkından yararlanmak isteyen bu sözleşmeye taraf devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, bu sözleşmeye taraf diğer devletlere derhal bildirmekle yükümlüdür. Aykırı tedbirlerin sona erdiği tarihin de yine aynı yolla bildirilmesi gerekmektedir.⁷ Sözleşmenin hükümlerine aykırı tedbirlerin istisnai ve geçici nitelikte olması şarttır. Devletler, olağanüstü hal ilan ederken, böyle bir olağanüstü halin ilanını ve olağanüstü yetkilerin kullanılmasını düzenleyen kendi anayasa hükümlerine ve diğer kanun hükümlerine uygun hareket etmelidirler. Olağanüstü hal ilan edildiğinde prensip

⁴ Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.121.

⁵ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükümünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996, s.160

⁶ Daver, Bülent, *Fevkalade Hal Rejimleri*, AÜSBFY, 1976, s.8.

⁷ Venedik Komisyonu, Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu, Strazburg, 13.06.2016, s.14.

olarak sokağa çıkma yasağı gibi istisnai tedbirlerin alınmasına müsaade edilmektedir. Ancak alınan tedbirler her halükarda kanunlarla öngörülmüş olmalı, ölçülü olmalı, geçici olmalı, siyasi denetime ve yargısal denetime açık olmalıdır.⁸

Devlet, olağanüstü hal ilan etmemeye karar verdiğinde ve sokağa çıkma yasağının “normal” zamanlarda uygulanmasına müsaade ettiğinde ise durum farklıdır. Bu koşullar altında, böyle bir karardan dolayı temel haklara getirilen kısıtlamaların, uluslararası belgelerin söz konusu haklara ilişkin sınırlama hükümlerine uyması şarttır.

Mevzuatımızda lafzi olarak, sokağa çıkma yasağına ilişkin tek hüküm Olağanüstü Hal Kanunu’nda bulunmaktadır. Anayasanın 121. maddesi, olağanüstü halin resmen ilan edilmesinden sonra olağanüstü hal sırasında kamuya getirilebilecek yükümlülüklerin nasıl tespit edileceği, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne şekilde alınacağı, hangi usullerin izleneceği ve yetkililerin görevlerinde olağanüstü hal sırasında ne gibi değişiklikler yapılacağına ilişkin olarak ilgili kanuna yani Olağanüstü Hal Kanunu’na atıf yapmaktadır. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nun 11. maddesinde, genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla alınabilecek tedbirler arasında “sokağa çıkmanın sınırlanması veya yasaklanması” da açıkça sayılmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki Olağanüstü Hal Kanunu’nun 11. maddesi uyarınca “sokağa çıkmanın sınırlanması veya yasaklanması” şiddet olayların yaygınlaşması sebebiyle ilan edilen olağanüstü hal durumunda alınabilecek bir karardır.

Salgın hastalık sebebiyle ilan edilecek olağanüstü halde alınacak tedbirler anılan kanunun 9. maddesinde sıralanmıştır. Bu tedbirler;

a) Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine girişi ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek, b) Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kurumlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını sürelili veya süresiz olarak kapatmak, 6178 c) Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak, d) Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak, e) Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara elkoymak, f) Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerini ve mahsullerini imha etmek, g) Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak, h) Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin

⁸ Venedik Komisyonu, s.12.

dağıtımını düzenlemek, i) Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçırın, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilin işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kapatmak, j) Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak.”tan ibarettir. Görüleceği üzere Olağanüstü Hal Kanunu dahi tehlikeli salgın hastalık sebebiyle ilan edilecek olağanüstü halde “sokağa çıkma yasağı” kararı verilebilmesini öngörmemiştir.

Yine Olağanüstü Hal Kanunu’nda sokağa çıkma yasağını veya bu yasağın uygulanmasına ilişkin maddi veya şekli şartları, yasağın uygulama yollarını veya uygulanmasıyla ilgili sınırlamaları tanımlayan bir hükümbulunmamaktadır. Sokağa çıkma yasağı kararı alınabilmesinin şartlarının ve bu şartlara uygulanacak somut, sarıh ve ayrıntılı kuralların bulunmaması ciddi bir eksikliklerdir.

Olağanüstü hal ilan edilebilmesi için gerekli anayasal koşulların oluşmasına rağmen yetkililer olağanüstü hal ilan etme yolunu tercih etmemiştir. Yetkililer bunun yerine, genelgelerden ve valilik kararlarından anlaşıldığı üzere, sokağa çıkma yasaklarını İl İdaresi Kanununun 11. maddesine dayanarak uygulamayı tercih etmişlerdir. Bu yöndeki tercih muhtemelen ve haklı olarak temel hak ve özgürlükleri kısmen dahi askıya almamak, temel hak ve özgürlükler alanında gerilememek ve demokrasi yolunda elde edilen kazanımları korumak amacıyla kaynaklanmaktadır.

Mülki idare amirlerinin sokağa çıkma yasağı duyuruları incelendiğinde yasakların kanuni dayanağı olarak, 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11 nci maddesinin (C) bendi ile 32 nci maddesinin (Ç) bendine atıfta bulunduğu görülmektedir.⁹Söz konusu maddelerde, vali ve kaymakamların görev ve yetkileri düzenlenmekte, il/ilçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması için vali/kaymakamın gereken karar ve tedbirleri alacağı; valilerin kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı, kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi

⁹ <http://www.kirklareli.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202007-karari---coronavirus-covid-19-salginindan-korunmak-ve-yayilmasini-engellemek-icin-alinmasi-gereken-tedbirler>, (E.T. 20.04.2020).

bulunan kişiler için sınırlayabileceği; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebileceği veya kısıtlayabileceği düzenlenmiş, bu hususta alınan ve ilan edilen karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı maddede gösterilen adli ve idari yaptırımların uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun, mülki idare amirlerinin görev yaptıkları mahallerde kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması için gereken karar ve tedbirleri alabileceğini düzenlemekle birlikte, bu karar ve tedbirlerin ne olabileceğini tek tek sayma, belirleme yoluna gitmemiş; idareye somut olayların koşullarına uygun olarak hareket etme konusunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Kuşkusuz, söz konusu takdir yetkisi kapsamında alınacak önlemler, yargı denetimine tabidir. 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasına, 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanunla eklenen cümlelerin gerekçesinde, “...özellikle sokağa çıkma yasağı gibi durumlarda kamu düzeninin sağlanması bakımından zaruret arz eden tedbirlere uyulmasının sağlanması amaçlanmıştır.” denilmek suretiyle, kanun koyucunun 5442 sayılı Kanunun 11/C ve 32/Ç maddeleri uyarınca mülki amirlerce alınacak “gereken karar ve tedbirler” kapsamında içinde “sokağa çıkma yasağı” ilanını da öngördüğü anlaşılmaktadır.¹⁰

İl İdaresi Kanunu’nun 11. Maddesinin C bendi uyarınca “İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.

Vali, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilir veya kısıtlayabilir ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilir.”Burada yer verdiğimiz son fıkra hükmü 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’na 7145 sayılı kanunla, 2018 yılında eklenmiştir.

İl İdaresi Kanunu’nun 32/ç maddesi uyarınca kaymakam; “İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için kaymakam gereken karar ve tedbirleri alır...”

Aynı Kanunun 66 ncı maddesinde ise; “İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet

¹⁰ Kırışık, Fatih/ Durdu, Muhammed, Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, s.177.

etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca valiye belirli yerlere giriş ve çıkışı, kişilerin belli yerlerde veya saatlerde dolaşmalarını ve toplanmalarını sınırlayabilme yetkisi verilmiştir. Kaldı ki vali kişilerin belli yerlerde yani belirlenmiş yerlerde veya belirlenmiş saatlerde dolaşmalarını ve toplanmalarını ise en fazla onbeş günlüğüne sınırlandırabilecektir. Lakin İl İdaresi Kanunu “valiye sokağa çıkma yasağı” düzenlemesi yapabilmesi yetkisini “lafzen” vermemiştir.

İçişleri Bakanlığı'nın yukarıda sözü edilen genelgesinin 81 il valiliğine gönderilmesiyle birlikte il valilerinin tümü, şehirlerinde, 65 yaş üstü vatandaşlar için, süresi yani ne zaman sona ereceği belli olmayan “sokağa çıkma yasağı” getirmişler ve 65 yaş üstü vatandaşların seyahat özgürlüğü de dahil olmak üzere bir çok temel hakkını durdurmuşlardır.

İl İdaresi Kanunu valilere ve kaymakamlara kamu düzenini sağlamak ve korumak maksadına yönelik geniş yetkiler vermiştir. İl İdaresi Kanununun 66. maddesinde valilerin ve kaymakamların aldığı kararlara riayet etmeyenlerin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması da mümkün kılınmıştır. Valiler kendilerine geniş yetkiler veren bu maddelere dayanarak, sokağa çıkma yasakları ilan etmişlerdir. İl İdaresi Kanunu'nun yukarıda belirttiğimiz 11/C maddesi açıkça bir kısıtlamadan yani sınırlandırmadan söz etmektedir. Ancak uygulamada temel hak ve özgürlüklerin durdurulması söz konusu olmuştur.

Sokağa çıkma yasağı ile birlikte birçok temel hak ve özgürlüğün de yasak süresince durdurulması söz konusu olmaktadır. Sokağa çıkma yasağı ile birlikte bu yasaktan etkilenebilecek temel hak ve özgürlükler, seyahat hakkı, güvenlik hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, toplanma özgürlüğü; örgütlenme özgürlüğü; din özgürlüğü; bilgi alma ve verme özgürlüğü, mülkiyetin korunması hakkı, eğitim hakkı, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü gibi haklardır.¹¹ Bu listeyi hal ve koşullara bağlı olarak uzatabilmek mümkündür.

Sokağa çıkma yasağı getirilmesi üzerine ilk etkilenen hak, seyahat hakkıdır. Sokağa çıkma yasağının ihlal edilmesi durumunda sokakta olan herkese yaptırım uygulanır. Şartları oluşmuşsa tutuklama tedbiri de dahil olmak kaydıyla yargılama sonunda hürriyeti bağlayıcı bir ceza

¹¹ Venedik Komisyonu, s.6.

verilmesi de mümkündür. Hatta sokaktaki kişi “resmi yetkililerin bilgisi ve izni olmadan sokağa çıktığı için silahla vurularak öldürülebilir”.¹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile koruma altına alınan seyahat özgürlüğünün sokağa çıkma yasağı ilanı yetkisi kullanılarak sınırlandırılması ya da durdurulmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıdır. Mülki idare amirlerinin yasal olarak kendilerine tanınmayan bir yetkiyi kullandıkları ve bu nedenle Anayasanın 7. maddesindeki “yasama yetkisinin devredilmezliği” hükmüne aykırı davrandıkları iddia edilmektedir.¹³ Ayrıca, sokağa çıkma yasağı ile seyahat özgürlüğünün sadece sınırlandırılmadığı, daha da ileri gidilerek hakkın kullanımının durdurulduğu ileri sürülmektedir.¹⁴ 1982 Anayasası uyarınca temel hak ve özgürlükler sadece olağanüstü hal uygulamalarında Anayasa’daki şartlara bağlı kalınarak durdurulabilir. Bir temel hak ve özgürlük kullanılamaz hale getirildiğinde o temel hak ve özgürlüğün durdurulduğu kabul edilir. Son dönemlerde alınan kararlarla seyahat özgürlüğü hakkının ve sokağa çıkma yasağının etkilediği diğer hakların sınırlandırmadan daha öte durdurulduğu dikkate alındığında bu iddia daha anlamlı hale gelmektedir.

5271 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 91. maddesinde “10 Haziran 1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak alınan sokağa çıkma yasağını ihlal etme” gözetli nedenleri arasında sayılmıştır. Ancak 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nda yukarıda sayılan 11. maddenin C bendi de dahil olmak üzere, sokağa çıkma yasağına ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Gözetli” başlıklı 91 inci maddesinde bulunan; “10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme” ibaresi, mülki idare amirlerinin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu uyarınca sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkilerinin bulunduğunu göstermektedir. İl İdaresi Kanunu’nda sokağa çıkma yasağından bahsedilmiyorsa bile, Ceza Muhakemesi Kanununun 91/4. maddesinde sokağa çıkma yasağından, İl İdaresi Kanunu’na dayanılarak alınabilecek bir tedbir olarak bahsedilmektedir. Sokağa çıkma yasağı kararlarının, olağanüstü hal ilan etmeden, kanunun bu hükmüne dayanılarak alınabileceği söylenebilir. 5442 sayılı Kanun ile mülki idare amirlerine kamu düzeni ve güvenliğinin tesisi için gereken tüm tedbir ve kararları alma yetkisi verilirken “sokağa çıkma yasağı” ifadesine yer verilmemişse de, özellikle “gereken karar ve tedbirler” ibaresinin, sokağa

¹² Filipinler Devlet Başkanı Rodrigo Duterte, vatandaşlarını, Covid-19 salgınıyla mücadele konusunda uyardığını belirterek, karantinayı ihlal edenlerin ‘vurularak öldürülebileceğini’ söyledi [https://www.havadiskibris.com/filipinler-devlet-baskani-sokaga-cikani-vurun,\(E.T.17.04.2020\)](https://www.havadiskibris.com/filipinler-devlet-baskani-sokaga-cikani-vurun,(E.T.17.04.2020)).

¹³ Çetin, Ö, "Sokağa Çıkma Yasağı ve Yasağın Hukuki Temeli", <<http://altasavukatlikankara.com.tr/2015/sokaga-cikma-yasagi-ve-bunun-hukuki-temeli/>> (E.T. 12.02.2020).

¹⁴ Şenses, Erkan, "Sokağa Çıkma Yasağının Ortaya Çıkardığı Anayasal Sorunlar Üzerine", Batman Barosu Bülteni, s.6-8, 2014, s.7.

çıkma yasağı da dahil diğer tüm önleyici kolluk tedbirlerini de kapsayacağı ileri sürülmüştür.¹⁵

Anayasamızın 23. maddesi uyarınca “...Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.” Görüleceği üzere genel sağlığın korunması, seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması nedenlerinden biri değildir. Dolayısıyla ülkemizi de etkileyen Covid 19 salgını nedeniyle sokağa çıkma yasağı getirmek suretiyle “seyahat özgürlüğü”nü bırakın durdurmayı, sınırlandırmak dahi mümkün değildir. Devlet yetkililerin bu tehlikeli salgın hastalığı bertaraf etmek için aldıkları tedbirler takdire şayandır. Lakin arzu edilen şey alınan tedbirlerin aynı zamanda hukuka da uygun olmasıdır. Kanaatimizce hukuk düzenimizde olağanüstü hal dönemi hariç olmak kaydıyla, tehlikeli salgın hastalık sebebiyle, olağan dönemde sokağa çıkma kararı verilebilmesi mümkün değildir. Ayrıca 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11/C maddesinde sayılan yetkiler “süresiz olarak sokağa çıkma yasağı” konulabilmesi yetkisini de içermez.

Covid 19 salgını nedeniyle ilan edilen belirsiz süreli sokağa çıkma yasakları ile seyahat özgürlüğü sınırlandırmadan daha ziyade durdurulmuştur. Bu nedenle İl İdaresi Kanunu’nda açıkça sokağa çıkma yasağı ilan etme yetkisi tanınmış olsa dahi, herhangi bir olağanüstü hal ilanı olmadığı için Anayasaya aykırılık devam edecektir.¹⁶

Mevcut hukuk düzenimizde sokağa çıkma yasaklarının, çok uzun sürmemesi, süresinin belirsiz olmaması kaydıyla, durdurma değil sınırlama olarak kabul edilmesi ve herhangi bir olağanüstü hal ilanına gerek kalmadan uygulanabilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu durum suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla ilan edilecek sokağa çıkma yasakları için geçerlidir. Sokağa çıkma yasağının etkilediği temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sınırlama nedenlerine de bağlı kalmak zaruridir. Seyahat özgürlüğü Anayasamız uyarınca genel sağlık nedeni ile sınırlandırılmaz. Covid 19 salgını gibi salgın hastalıklar nedeniyle seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün değildir. Zira genel sağlığın korunması seyahat özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri değildir.

Türkiye’de sokağa çıkma yasağını düzenleyen Olağanüstü Hal Kanunu’nun uygulanabilmesi için ilan edilmesi gereken olağanüstü hale ilişkin Anayasamızda bir dizi koruma mevcuttur. İlk olarak olağanüstü hal Cumhurbaşkanı tarafından en fazla altı aylığına ilan edilebilir, kararın Resmi Gazetede yayınlanması zorunludur. Olağanüstü hal ilanı kararı hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi olağanüstü hali kaldırabilir, süresini değiştirebilir veya bu kararı reddedebilir. Olağanüstü hal ilanı ilgili uluslararası

¹⁵ Kırışik/ Durdu, s.173.

¹⁶ Şenses, s.7.

kurumlara bildirilir. Bu korumaların hiç biri İl İdaresi Kanunu'nda mevcut değildir. İl İdaresi Kanunu'nda sokağa çıkma yasağı kararının alınmasından önce yerine getirilmesi gereken maddi koşullar veya usuller hakkında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Yine bu tedbirin uygulama şekilleri, tedbirin değerlendirilmesi hakkında da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Olağanüstü hal ilan edildiğinde uluslararası kurumlara bildirimde bulunma şartı mevcuttur. Aynı zamanda alınan aykırı tedbirler uluslararası denetime tabidir. İl İdaresi Kanunu ile getirilmiş bir sokağa çıkma yasağı bu korumaların hiçbirini karşılamaz.¹⁷ Aynı şekilde, İl İdaresi Kanunu dayanak alınarak ilan edilen sokağa çıkma yasağı kararlarının yasama organı tarafından onaylanması usulü de mevcut değildir. Oysa usulüne uygun şekilde olağanüstü hal ilanı yolu seçilmiş olsaydı Anayasamız uyarınca bu karar aynı zamanda yasama organının da denetimine tabi olacaktı.

İl İdaresi Kanunu uyarınca valikamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlandırılabilir; belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilme veya kısıtlayabilme yetkisini en fazla onbeş günlüğüne kullanabilir. Böyle olmakla birlikte uygulamada sokağa çıkma yasakları farklı sürelerde uygulanmaktadır. Valilerin kararlarında sokağa çıkma yasaklarının süresi belirlenmemiştir. Bu makalenin kaleme alındığı tarihlerde 65 yaş ve üstü için getirilen sokağa çıkma yasağı ve yine 20 yaş altındakiler için getirilen sokağa çıkma yasağı onbeş günlük süreyi çoktan doldurmuştur. Ancak bu yaş aralığında bulunan kesim için sokağa çıkma yasağı hala devam etmektedir ve yasağın ne zaman sona ereceğine ilişkin herhangi bir açıklama henüz yapılmış değildir.

5442 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde yapılacak bir düzenleme ile mülki amirler tarafından alınabilecek “gereken karar ve tedbirler” arasında “sokağa çıkma yasağı” ibaresine yer verilmesi gereklidir. Sokağa çıkma yasaklarının süresiz olarak ilan edilmesi ve bir sonraki duyuruya kadar devam ediyor olması “hukuki belirlilik” ilkesi ile bağdaşmaz. Sokağa çıkma yasağının hangi sürelerle ilan edilebileceğinin ve gözden geçirilme koşullarının kanuni düzenleme altına alınması; “hukuki belirlilik” ve “iyi yönetim” ilkeleri gereğidir. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme bireyi idarenin keyfi uygulama yapma ihtimaline karşı koruyacaktır.

Kanaatimizce, Anayasanın koruduğu temel haklara kısıtlamalar getiren sokağa çıkma yasağı kararı ülkemizde son olarak uygulandığı şekliyle temel hak ve özgürlüklerin durdurulması mahiyetinde olduğundan, valiler tarafından alınan bu kararlar mevcut Anayasamıza aykırıdır. Zira mevcut haliyle uygulama bir temel hak ve özgürlüğün

¹⁷ Venedik Komisyonu, s.14.

sınırlandırılmasından çok durdurulması halini almış ve bir kısım temel hak ve özgürlük kullanılamaz hale gelmiştir. Oysa İl İdaresi Kanunu ile tanınan yetkiler sınırlandırmaya ilişkindir. Böyle olmasına rağmen, bu yasağa uyulmaması halinde hapis cezasına kadar varacak cezalar uygulanabilmektedir.

II- Anayasa Mahkemesi'nin “sokağa çıkma yasağı” ile ilgili tutumu

Birkaç yıl evvel ülkemizin güney doğu bölgesinde ortaya çıkan, terör örgütü PKK tarafından sokak çatışmalarına dönüştürülen şiddet ve terör olaylarının bastırılması amacıyla şehir merkezlerinde yürütülen operasyonlarda, valiler tarafında İl İdaresi Kanunu dayanak gösterilerek sokağa çıkma yasakları ilan edilmiştir. Bu sokağa çıkma yasağı kararlarının aleyhinde Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvurular yapılmış ve tedbir kararı talep edilmiştir. Tedbir kararı talep eden başvuru sahipleri, sokağa çıkma yasaklarının kanunlara uygun olmadığı itirazında bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, sokağa çıkma yasaklarının temelsiz kabul edilemeyeceği düşüncesiyle davacıların taleplerini reddetmiştir.¹⁸ Sokağa çıkma yasaklarının kaldırılması talebiyle yapılan bireysel başvuruları Anayasa Mahkemesi reddetmiş ve bu uygulamaların iç hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararı sonrası, konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) taşındığında, AİHM, sokağa çıkma yasaklarının yasal bir temelini olduğunu belirterek, kaldırılması yönünde tedbir kararı verilmesini gerektirir yeterli unsur bulunmadığı gerekçesiyle tedbir taleplerini reddetmiştir.¹⁹ Ayrıca temel kamu hizmetlerine erişim hususunda yapılan tedbir talepli başvurular bakımından da hem Anayasa Mahkemesi, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tedbir taleplerini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin tedbir talebinin reddedilmesi yönündeki kararının hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere İl İdaresi Kanunu'nun olağan dönem için valilere sokağa çıkma yasağı kararı verebilme yetkisini tanıdığını düşünüyoruz. Anayasa'nın 23. maddesi uyarınca seyahat özgürlüğü suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

Ancak, İl İdaresi Kanunu ile valilere verilen “sokağa çıkma yasağı” kararı alma yetkisi genel sağlığın korunması için kullanılamaz. Zira genel sağlığın korunması, seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin

¹⁸ Mehmet Girasun ve Ömer Elçi, B. No: 2015/15266, 11/9/2015; Meral Danış Beştaş, B. No: 2015/19545, 22/12/2015.

¹⁹ Kamu Denetçiliği Kurumu, Karar Tarihi, 14.06.2016, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Soka%C3%84%C5%B8a%20C3%83%E2%80%A1%C3%84%C2%B1kma%20Yasaklar%C3%84%C2%B1%20Hakk%C3%84%C2%B1nda.pdf> (E.T. 09.04.2020).

özel sebeplerden değildir. Dolayısıyla son zamanlarda Covid 19 salgınının önlenbilmesi için iyi niyetli olarak alınan sokağa çıkma yasağı kararları Anayasamıza aykırıdır.

Sonuç ve Öneriler

Devletler olağanüstü bir hal olup olmadığını ve yükümlülüklerin askıya alınmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığını değerlendirmek bakımından belli bir takdir hakkına sahiptir. Ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikeli salgın hastalık olup olmadığını ve bu durumla mücadele etmek için olağanüstü hal ilan edilmesine ihtiyaç olup olmadığını değerlendirmek devletin takdirindedir. Aynı şekilde, olağanüstü halin üstesinden gelmek için yükümlülüklerin ne şekilde ve ne ölçüde askıya alınacağına karar vermek de devlet yetkililerinin takdirindedir. Aynı zamanda, bir devletin savaş veya olağanüstü hal durumunda temel haklarla ilgili yükümlülüklerine aykırı davranmak için anayasadan ve uluslararası sözleşmelerden doğan imkanları kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tam aksine, bir devlet güç zamanlarda bile bu yükümlülükler uyma konusunda kararlılık göstermek de isteyebilir.

Sokağa çıkma yasağı doğası gereği, temel haklara sınırlamalar getiren istisnai bir tedbir olduğundan, bu yasağı düzenleyen metinler hem esas hem de yetkinlik ve kapsam bakımından dar şekilde yorumlanmalıdır.

Anayasanın 120. maddesinin yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hal ilan etme yetkisini Cumhurbaşkanına vermesine ve Olağanüstü Hal Kanunu'nun 11. maddesi sokağa çıkma yasağını "olağanüstü hal ilan edildiği zamanlarda" alınabilecek tedbirler arasında sıralamasına karşın, sokağa çıkma yasağını içeren özel bir kanun olan Olağanüstü Hal Kanunu devre dışı bırakılıp, İl İdaresi Kanunu marifetiyle konuyla ilgili karar verme yetkisinin mülki idare amirlerine verilmesinin hukuka uygun olup olmadığı tartışma konusudur. Şayet İl İdaresi Kanunu uyarınca valilerin sokağa çıkma yasağı kararı alabilecekleri kabul edilecekse, alınan kararların Anayasa ve Olağanüstü Hal Kanunu ile tesis edilmiş tüm koşulların ve korumaların karşılandığından emin olunmalıdır. Aynı zamanda, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinden doğan yükümlülükleri yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesi çok önemlidir.

Daha önce de ifade edildiği gibi, sokağa çıkma yasağının başlıca sonucu seyahat özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır. Bu özgürlük, Anayasamızın 23. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Seyahat özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için anayasamızda sayılan özel sınırlandırma nedenleri arasında genel sağlığın korunması yoktur. Dolayısıyla Covid 19 salgını sebebiyle, olağan dönemde, İl İdaresi Kanunu uyarınca ilan edilen sokağa çıkma yasakları Anayasaya aykırıdır. Tehlikeli salgın hastalık sebebiyle "sokağa çıkma yasağı" kararı verilebilmesi ancak olağanüstü hal dönemlerinde mümkündür.

Olağanüstü halde salgın hastalık sebebiyle “sokağa çıkma yasağı” kararı verilebilmesi için de Olağanüstü Hal Kanunu’nda düzenleme yapılması ve salgın hastalık sebebiyle alınabilecek tedbirler arasına “sokağa çıkmanın kısıtlanması veya durdurulması” ibaresinin eklenmesi gerekmektedir. Olağanüstü Hal Kanunu’nda gerekli tüm değişikliklerin yapılarak, salgın hastalık dönemlerinde sokağa çıkmayacaklarının uygulanmasına ilişkin maddi, usuli ve geçici düzenlemelerin, sokağa çıkma yasağı kararlarının tabi olması gereken koşulların ve korumaların kanunda açıkça tanımlanması gereklidir.

Şiddet olayların yaygınlaşması sebebiyle İl İdaresi Kanunu’na dayanarak “sokağa çıkma yasağı” kararı verilebilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde devletimiz aleyhine verilebilecek olası kararları önleyebilmek için, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11 inci maddesinde açıkça “sokağa çıkma yasağı”ndan söz edilmesi, sokağa çıkma yasağı ilan edilebilmesi için gerekli koşulların, korumaların ve gözden geçirilme koşullarının madde metninde düzenlenmesi için yasama organının harekete geçmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

Çetin, Ö, "Sokağa Çıkma Yasası ve Yasanın Hukuki Temeli", <<http://altasavukatlikankara.com.tr/2015/sokaga-cikma-yasagi-ve-bunun-hukuki-temeli/>> (E.T. 12.02.2020).

Daver, Bülent, *Fevkalade Hal Rejimleri*, AÜSBFY, 1976.

Kamu Denetçiliği Kurumu, Karar Tarihi, 14.06.2016, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Soka%C3%84%C5%B8a%20%C3%83%E2%80%A1%C3%84%C2%B1kma%20Yasaklar%C3%84%C2%B1%20Hakk%C3%84%C2%B1nda.pdf> (E.T. 09.04.2020)

Kırışik, Fatih/ Durdu, Muhammed, "Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasası ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Şenses, Erkan, "Sokağa Çıkma Yasasının Ortaya Çıkardığı Anayasal Sorunlar Üzerine", Batman Barosu Bülteni, s.6-8, 2014.

Venedik Komisyonu, *Türkiye Sokağa Çıkma Yasaklarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu*, Strazburg, 13.06.2016.

Wikipedia, Covid 19, https://tr.wikipedia.org/wiki/2019-20_koronavir%C3%BCs_pandemisi).

Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996.

SALGIN HASTALIKLAR (PANDEMİ) SEBEBİYLE DEVLETLERİN UYGULADIKLARI LİMAN KISITLAMALARININ ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Port Restrictions Imposed by States Due to the Infectious Diseases (Pandemic) in Terms of Public International Law

Dr. Öğretim Üyesi Sezercan BEKTAŞ*

Özet: Salgın hastalıkların önlenmesine ilişkin tedbirler kapsamında kıyı devletlerinin limanlarında alacakları tedbirlerin nitelikleri Dünya Sağlık Örgütü tarafından hazırlanan 2005 tarihli Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nde ve diğer bazı uluslararası düzenlemelerde belirlenmiştir. Devletlerin tam egemenlik yetkilerini kullandıkları iç sularında yabancı devlet tabiiyetindeki gemilere uygulayacakları uluslararası hukuktan kaynaklanan bu kurallar, salgın döneminde devletin egemenlik yetkilerini de kısıtlamaktadır. Koronavirüs (Covid-19) salgını (pandemisi) sürecinde bazı kıyı devletlerinin egemenlik yetkileri kapsamında limanlarını yabancı devlet gemilerine tamamen kapatması, ayrımcı kısıtlamalar getirmesi, tehlike altındaki yolculara yardım etmemesi gibi uygulamaları uluslararası toplum tarafından tepki ile karşılanmıştır. Bu tipteki ağır liman kısıtlaması uygulamalarının, uluslararası hukuk tarafından kıyı devletlerine yüklenen bazı yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmektedir. Ayrıca kıyı devletlerin salgın döneminde getirdiği ağır liman kısıtlamaları gemide bulunan yolcu ve mürettebat açısından da bazı insan hakları ihlallerini peşinden getirmektedir. Özellikle, yaşam hakkı, seyahat hürriyeti, özgürlük ve güvenlik hakkı ve özel hayatın gizliliği kapsamında gerçekleşen ihlaller, insan haklarını koruyan uluslararası sözleşmeler karşısında kıyı devletlerinin sorumluluklarını da doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İç sular, Limanlar, Salgın, Uluslararası Sağlık Tüzüğü ve Dünya Sağlık Örgütü

Abstract: The qualifications of the measures to be taken in the ports of the coastal states within the scope of the measures for the prevention of epidemics are determined in the 2005 International Health Regulation prepared by the World Health Organization and some other international regulations. These rules, which stem from international law that states apply to the ships of foreign state in their internal waters, where they use their full sovereign powers, also restrict the sovereign powers of the state during the pandemic period in the coronavirus (Covid -19) pandemic period, some of the coastal states' applications, such as the closure of their ports to foreign state ships, introducing discriminatory restrictions, and not helping endangered passengers, were responded by the international community. This type of severe port restriction implies means a violation of certain obligations on coastal states by international law. On the other hand, heavy port restrictions brought by the coastal states during the epidemic period also bring some human rights violations in terms of passengers and crew on board. In particular, the right to life, freedom of travel, the right to liberty and security, violations within the scope of the privacy of private life, also give rise to the responsibilities of the coastal states against international conventions that protect human rights.

Keywords: Internal water, Ports, Pandemic, International Health Regulation and World Health Organization

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sezercanbektas@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7395-5375.
Makale Geliş Tarihi: 29/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 23/06/2020

GİRİŞ

Çin'in Hubei eyaletinin Wuhan¹ kentinde vahşi hayvan pazarlarından çıktığı iddia edilen ve salgın haline dönüşen Koronavirüs (Covid-19) hastalığının² yayılması sebebiyle Dünya Sağlık Örgütü (*World Health Organization*) (DSÖ), 11.03.2020 tarihinden itibaren bu hastalığı salgın (*pandemi*) olarak ilan etmiştir.³ Devletler, DSÖ'nün pandemi kararının ilanını takip eden iki aylık süreç içerisinde hava, kara ve deniz sınırlarının kapatmaya varan tedbirler uygulamışlardır. Örneğin, 25 Şubat 2020 tarihinde *MSC Meraviglia* isimli yolcu gemisinin, gemide şüpheli Koronavirüs (Covid-19) vakiası olduğu için Jamaika ve Cayman Adaları limanlarına girişine izin verilmemiştir. Aynı şekilde *Westerdam* isimli geminin de Japon limanlarına; *Silver Explorer*, *Azamara* ve *Celebrity Eclipse* isimli gemilerin de Mart 2020'de ayında Şili ve Peru limanlarına girişi reddedilmiştir.⁴

Devletlerin, tedbir olarak almış oldukları bu tip liman kısıtlama kararları⁵ ve bu kararlara dayalı yapılan uygulamalar özellikle uluslararası ticaretin ana gövdesini oluşturan denizcilik sektöründe olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Kısıtlamaların gemi sahipleri ve işletmecilerine verdiği ekonomik zarar bir kenara gemi mürettebatına getirdiği ağır yük gün geçtikçe de artmaktadır.⁶

Uygulanan liman kısıtlamaları sebebiyle Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organization*)⁷ (UDÖ) ve DSÖ tarafından

¹ “Wuhan, Çin'in Hubei eyaletinin yönetim merkezi 8494 km² ile en büyük şehridir. Şehir Yangtze ve Han nehirlerinin kavşağında yer almaktadır. <http://english.wh.gov.cn/> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

² Koronavirüs Hastalığı 2019'un kısaltılması olan Covid - 19 ismi 11.02.2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından duyurulmuştur. Duyuru için bkz. https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200211-sitrep-22-ncov.pdf?sfvrsn=fb6d49b1_2. (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020); Koronavirüs Hastalığı 2019 (Covid - 19) salgınına sebebiyet veren virüs Uluslararası Virüslerin Taksonomisi Komitesinin (The International Committee on Taxonomy of Viruses) [ICTV] alt komitesi olan Coronaviridae Çalışma Grubu tarafından “Şiddetli Akut Solunum Sendromu Koronavirüs 2” kısaltması (SARS-CoV-2)'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://talk.ictvonline.org/> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

³ Duyuru metni için bkz. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Çevrimiçi, e.t.:06.05.2020).

⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://zomad.eu/fr/2020/04/10/a-wave-of-port-denials-in-the-face-of-the-covid-19-pandemic/> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020)

⁵Koronavirüs (Covid-19) salgını sebebiyle devletlerin güncel liman kısıtlamalarına ilişkin bkz. <https://www.wilhelmsen.com/ships-agency/campaigns/coronavirus/coronavirus-map/> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

⁶ Miron, Alina, “Port Denials and Restrictions in Times of Pandemic: Did International Law Lose its North Star?”, EJIL: Talk!, (22.04.2020), < [https://www.ejiltalk.org/port-denials-and-restrictions-in-times-of-pandemic-did-international-law-lose-its-north/>](https://www.ejiltalk.org/port-denials-and-restrictions-in-times-of-pandemic-did-international-law-lose-its-north/) (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

⁷ Örgüt hakkında bilgi için bkz. <http://www.imo.org/en/About/Pages/Default.aspx> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

09.03.2020 tarihinde ortak bir açıklama yapılmıştır.⁸ Bu açıklamada, liman kısıtlamalarında tüm yolcular için uygun tedavi ilkelerinin uygulanması ve liman girişinde gemi ve mürettebata yönelik gereksiz kısıtlamalardan veya gecikmelerden kaçınılması gerektiği belirtilmiştir. Alınacak tedbirlerde bireylerin onuruna, insan haklarına saygı gösterilmesinin esas olduğu ve özellikle bayrak ve liman devlet idareleri ve denetim/kontrol unsurları, denizcilik şirketleri, gemi kaptanları, mevcut salgın sürecinde, yolcuların gemiye biniş ve inişlerini, kargo operasyonlarının gerçekleştirilmesini, gemilerin onarım ve bakım için tersanelere girip çıkabilmesini, malzeme ve malların yüklenebilmesini ve mürettebatın değiştirilebilmesini sağlamak için işbirliği içerisinde olmaları gerektiği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda makalemizde, Koronavirüs (Covid-19) hastalığına karşın devletlerin almış olduğu liman kısıtlama kararlarının uluslararası hukuk dâhilinde değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede makalemizde öncelikle limanlar üzerinde devletlerin egemenlik yetkileri inceleme konusu yapılmış; salgın dönemlerinde devletlerin bu egemenlik yetkilerinin uluslararası düzenlemelerdeki sınırları incelenmiştir. Makalemizin bu bölümünde özellikle pozitif düzenlemelerin incelenmesi amaçlanmıştır. Makalemizin son bölümünde ise devletlerin salgın karşısında uygulayacakları tedbirlerin insan hakları açısından değerlendirilmesi yapılmıştır.

I- LİMAN KAVRAMI VE DEVLETLERİN LİMANLARI ÜZERİNDEKİ EGEMENLİK YETKİLERİ

A- LİMAN KAVRAMI VE LİMANLARIN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

Gemilerin uğramasına ve barınmasına uygun olan, doğal olarak oluşmuş ya da insan marifetiyle inşa edilen yerler liman olarak tanımlanabilir.⁹ Limanlar, gemilerin uğraması ve barınması amacıyla kullanılmakta ve inşa edilmektedir. Böylece deniz taşımacılığı veya seyrüsefer ihtiyaçları güven içerisinde karşılanabilecektir.¹⁰ Limanlara

⁸ Açıklama metni için bkz. http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/Joint%20Statement_COVID-19.pdf (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020); Açıklamanın Türkçe metni için bkz. <https://www.denizticaretodasi.org.tr/tr/sirkuler/yeni-koronavirus-salginina-mudahale-konusunda-imo-ve-who-ortak-aciklamasi-hk-11574> (Çevrimiçi, e.t.: 06.05.2020).

⁹ Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş* – Cilt 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1968, s.366; ÖZMAN, M. Aydoğan, *Deniz Hukuku –I*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2006, s.248; Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, Beta Yay., İstanbul, 2014, 4.Baskı, s.37.

¹⁰ Meray, s.366; Kuran, s.37; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.249: “09.12.1923 tarihli Deniz Limanlarının Uluslararası Rejimine İlişkin Sözleşme ve Statü “deniz gemilerinin normal olarak uğrak yaptığı ve dış ticaret için kullanılan bütün limanlar, bu Statü anlamında deniz limanı kabul edilecektir” (mad.1)”

giriş ve çıkış rejiminin belirlenebilmesi için limanlar, ticaret limanları ve askeri limanlar olarak tasnif edilmektedir¹¹. Yabancı gemilerin limanlara giriş ve çıkışını rejimini belirleyen diğer bir faktör ise gemilerin niteliğidir. Yabancı geminin; ticaret gemisi¹², savaş gemisi¹³ ya da devletin hizmetine tahsis edilmiş gemi¹⁴ olması limanlara giriş ve çıkış rejimini değiştirecektir;¹⁵ ancak limanların bulunduğu deniz alanına göre kıyı devletinin yetkilerinin öncelikle belirlenmesi gerekmektedir.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin (BMDHS)¹⁶ iç suları düzenleyen 8/1.maddesi¹⁷ kapsamında deniz alanlarını ölçülmeye başlandığı düz esas hattın¹⁸ kara yönünde kalan kısmındaki deniz alanları “iç sular” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹ Düz esas hat yöntemine başvuru mercan adalarında veya serpiştirilmiş kayalıklara sahip adalarda, akarsu ağzlarında, körfezlerde²⁰, sular

¹¹ Özman, Deniz Hukuku - I, s.251.

¹² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.931/2: “Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın “ticaret gemisi” sayılır.” (RG.14.02.2011;27846).

¹³ Meray, s.376: “(...) Harp gemisi terimi ile bir Devletin deniz kuvvetlerine ait ve tabiiyetinde bulunduğu bu Devletin deniz harp alametlerini sarıh şekilde taşıyan gemiler anlaşılmaktadır. Gemilerin kaptanı bu Devletin hizmetinde olmalı, adı deniz harp filosu subayları listesinde bulunmalı ve tayfaları [askeri] disiplin kaidelerine tabi olmalıdır.”

¹⁴ Meray, s.377: “(...) Harp gemisi olmamakla beraber ticaret gemisi de sayılmayan, “ticari olmayan bir faaliyet için tahsis edilmiş Devlet – gemileri de” vardır: mesela Devlet başkanlarının gezinti gemileri, yatları, kablo gemileri, posta gemileri, hastane gemileri gibi”.

¹⁵ Bkz. “I-B-1” No.lu başlık.

¹⁶ BMDHS’nin İngilizce metni için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (Çevrimiçi, e.t.: 07.05.2020); BMDHS’nin Türkçe metni için bkz. Özman, M. Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984.

¹⁷ BMDHS m.8/1: “IV. Kısım saklı kalmak şartıyla, karasuları esas hattının berisinde kalan sular, devletin iç sularına dâhildir.”

¹⁸ Düz esas hat için bkz. BMDHS m.7.

¹⁹ Shaw, Malcolm, N., *Uluslararası Hukuk*, Çev.: Ed.: İbrahim Kaya, Tüba Yayınları, Ankara, 2018, s. 395; Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri - 2. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.302; Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s.34; Tanaka, Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, s.77; Baykal, Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Yay., İstanbul 1998, s.11; Sur, Melde, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yay., İstanbul, 2019, s.344; Kuran, s.33; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.247; Ertuğrul, Ümmühan, “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S., 2017, s. 48.

²⁰ Körfezlerin iç sular rejimine girebilmesi için BMDHS’nin 10.maddesine belirtilen şartlara sahip olması ya da bu şartlar aranmaksızın “tarihi körfez” statüsünde bulunması gereklidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarcı, s.305; Shaw, s.399; Meray, s.373; Baykal, s.14; Kuran, s.37; Bozkurt, Enver/Poyraz, Yasin/Erdal Selcen, *Devletler Hukuku*, 10.Baskı, Legem Yay., Ankara 2018, s.100; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.223.

çekildiğinde ortaya çıkan yükseltilerde, çok girintili çıkıntılı kıyılarda, kıyılara çok yakın bir adalar dizisi bulunması durumunda²¹, doğal özellikleri nedeniyle kıyı çizgisinin çok değişken olduğu yerlerde, kapalı denizler²² ile iç denizlerde²³ ve düz esas hatlar yönteminin uygulandığı diğer durumlarda bu hatların berisinde kalan su alanları iç sular rejimine girebilmektedir.²⁴ Limanlar da kıyı devletlerinin iç sular rejimine dâhil yerlerdendir.²⁵

BMDHS'nin limanları düzenleyen 11.maddesine göre, *"Karasularının sınırlandırılması amacı ile bir liman sisteminin ayrılmaz parçasını oluşturan daimi tesislerden açık denize doğru en uçtakiler sahilin bir parçası olarak kabul edilir. Sahilin açığındaki tesisler ve sun'i adalar, daimi liman tesisleri olarak kabul edilmeyecektir."* Bu hüküm kapsamında liman sistemi dâhilinde ve limanın ayrılmaz parçası olan sürekli tesislerden açık denize doğru en uçtaki noktalar düz esas hattının başlangıç ve bitiş noktalarını oluşturacaklardır. Bu hattın açığındaki tesisler ve sun'i adalar liman tesisi kabul edilmeyecektir. Bu hattın kara yönünde kalan alanındaki denizalanı ise iç sular rejimine tabi olacaktır.²⁶

BMDHS'nin 8/2.maddesine göre *"7.maddede belirtilen yönetime uygun olarak tespit edilen düz esas hat, daha önce iç su olarak kabul edilmeyen suları iç sulara dâhil ettiği takdirde, işbu Sözleşmede öngörülen zararsız geçiş hakkı bu sulara da uygulanacaktır."* Böylece, BMDHS'yi kabul etmesi ile birlikte kıyı devletinin düz esas hat yöntemi ile daha önce iç sular rejimine dâhil olmayan bir alanı iç sular rejimine katması halinde bu alanda BMDHS'de öngörülen zararsız geçiş hakkı uygulanacaktır. Kıyı devletinin iç sulara tam egemenliğinin bulunduğu BMDHS'de teyit edilmişken bu alanda zararsız geçiş hakkının verilmesi tartışmalara sebebiyet vermektedir.²⁷

Bu noktada gemiler için önemli olan *demir yerlerine* de değinmek gerekmektedir. Demir yerleri, limanlar gibi daimi tesisler içermese de gemilerin yük ve yolcu almasına, boşaltılmasına demirlemesine tahsis

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Apaydın, Deniz, "Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmecesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S.2, 2019, ss.565-589

²² Meray, s.366-367: "Kapalı denizler, tamamen bir veya birkaç Devletin toprakları ile çevrili geniş su parçalarıdır. (...) Mesela 26 Şubat 1921 Moskova andlaşması ile İran ve Sovyetler Birliği Hazer denizinin statüsü(...)"

²³ Meray, s.367: "Sahilleri aynı Devlete ait ve genişliği karasuları genişliğinin iki mislinden az olan boğazla açık denize bağlı bir denizin kıyıları da aynı Devlete ait ise, bu deniz, bir "iç deniz" sayılmaktadır. (...) Bir boğazla açık denize bağlı bulunan iç deniz örneği, Karadeniz'e Kerç boğazı ile birleşen Azak denizidir."

²⁴ Pazarıcı, s.302.

²⁵ Meray, s.366; Pazarıcı, s.306; Tanaka, s.77; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.248; Kuran, s.37.

²⁶ Pazarıcı, s.306; Baykal, s.21; Kuran, s.38.

²⁷ Aksar, s.35; bu alandaki tarihsel haklar kapsamında bilgi için ayrıca bkz. Simons, Clive R., "Historic Waters in The Law of the Sea", Martinus Nijhoff Publishers 2008, s.64; ayrıca tarihi suların tanımı için bkz. Ertuğrul, a.g.m., s.49, dpn.36.

edilmiş yerlerdir.²⁸ BMHDS'nin 12.maddesine göre, “Normal olarak tamamen veya kısmen karasularının dış sınırının ötesinde kalan demir yerleri, mutaden gemilerin yükleme, boşaltma ve demirlemesinde kullanıldığı takdirde karasularının parçası olarak kabul edilirler.” Bu kapsamda limanların ötesinde bulunan demir yerleri karasuları rejimine dâhildir. Karasularının dış sınırlarının ötesinde kalan demir yerleri ise, mutad olarak gemilerin yükleme, boşaltma ve demirlemesinde kullanılıyorsa karasularının parçası olarak kabul edileceklerdir.²⁹

B- LİMANLAR ÜZERİNDE KIYI DEVLETİNİN YETKİLERİ

BMDHS'nin 2/1.maddesi uyarınca, “Sahildar devletin egemenliği kara ülkesinin ve iç sularının ötesinde ve bir takımada devleti söz konusu olduğunda, takımada sularının ötesinde karasuları denilen bir bitişik deniz bölgesine kadar uzanır.” Bu hükme göre limanlar da iç sular rejimine tabi olduğundan bu deniz alanında kıyı devletinin ilke olarak tam egemenliğinin bulunduğu kabul edilmektedir.³⁰ Tam egemenlik hakkı kapsamında kıyı devleti limanlarına yabancı gemilerin giriş ve çıkışlarını düzenleyebilir.³¹ Bu husus Uluslararası Adalet Divanının (UAD) *Nikaragua-Honduras davası* kararında açıkça teyit edilmiştir.³² Uluslararası uygulamada öncelikle askeri limanlar, kıyı devleti tarafından yabancı devlet tabiiyetindeki gemilere kapatılabilir.³³

Ticari limanlar konusunda da kıyı devletlerinin yabancı gemilerin limana giriş çıkış ile ilgili tam egemenlik hakları bulunmasına karşın, uluslararası deniz ticaretinin zorunluluğu sebebiyle, yaptıkları uluslararası antlaşmalarla, diğer devletlere bazı haklar tanıdıkları görülmektedir.³⁴ Özellikle limanlarla ilgili olan 09.12.1923 tarihli “Deniz

²⁸ Meray, s.366; Tanaka, s.84; Baykal, s.21.

²⁹ Tanaka, a.g.e., s.84; Baykal, s.21.

³⁰ Meray, s.374; Pazarıcı, s.307; Tanaka, s.77; Kuran, s.38.

³¹ Tanaka, a.g.e., s.80; Karan, Hakan “Kıbrıs Ekseninde Uluslararası Deniz Hukuku Bakımından Ticaret Gemilerinin Yabancı Limanlara Uğraması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2010, s.58.

³² *Militarv and Puramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. ICJ Reports 1986, s.101, Para.213: “(...) Aynı zamanda kıyı devleti, bu alandaki egemenliği sayesinde, limanlara giriş çıkışı düzenleyebilir.”; Tanaka, s.80; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.252.

³³ Meray, s.375; Özman, *Deniz Hukuku -I*, s.251; Kuran, s.39; Bozkurt/Poyraz/Erdal, s.100.

³⁴ Meray, s.374: “(...) Mesela 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Antlaşmasına ek Ticaret Mukavelenamesinde, 9 uncu madde I inci fıkra şöyledir: “Türkiye, aynı hususta kendisine muameleyi müteakibede bulunmak şartıyla, milli sefaine tatbik etmekte olduğu muameleye müsavi bir muameleyi veya diğer herhangi bir Devlete tatbik etmekte olduğu veya edebileceği daha müsait bir muameleyi diğer Düvelî Akide sefainine tatbik etmeği taahhüt eyler.””

Limanlarının Uluslararası Rejimine İlişkin Cenevre Sözleşmesi”³⁵’nin 2.maddesinde karşılıklılık ilkesi çerçevesinde akit devlet tabiiyetindeki ticarî gemilere, egemenlikleri altında bulunan limanlarda, limana giriş serbestliği tanımıştır.³⁶ Bu çok taraflı antlaşmaya konu olan ticarî gemilerin limanlara giriş serbestisi tanımına ilişkin tatbikatın uluslararası örf adet kuralı haline dönüştüğüne ilişkin görüşler ileri sürülmekte olmasına rağmen uluslararası hukuk uygulaması açısından bu tatbikat uluslararası örf adet kuralı haline dönüşmemiştir.³⁷ Ancak, kıyı devletlerinin uygulamalarına genel olarak bakıldığında yabancı devlet tabiiyetindeki ticaret gemilerine, liman serbestliğinin tanınması yönünde bir eğilim bulunmaktadır.³⁸ Devletler uluslararası uygulamada limanlarına giriş iznini çoğunlukla karşılıklılık ilkesi çerçevesinde uluslararası antlaşmalarla vermektedirler.³⁹

Yabancı devlet tabiiyetinde savaş gemilerinin barış zamanında limanlara girişi hususunda karar verme yetkisi tamamen kıyı devletine aittir. Aksi takdirde limanlar yabancı devlet tabiiyetindeki gemilere kapalıdır.⁴⁰ Yabancı devletin kamu hizmetine tahsis edilmiş olan gemilerin limanlara girişi hususunda tam bir görüş birliği olmamasına karşın savaş gemilerinin tabii olduğu rejimin bu gemilere de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁴¹

Meray’a göre uluslararası uygulamada limanlara giriş rejimine ilişkin genel kurallar şu şekilde özetlenebilir: “(i) Barış zamanında, ticaret limanları, Devletlerarasındaki andlaşmalarda kabul edilen esaslar dâhilinde, milletlerarası ticarete açıktır; (ii) Sırf askeri mahiyette olan limanlar diğer Devletlerin harp veya ticaret gemilerine tamamen kapatılabilir; (iii) Sahildar Devlet yabancı harp gemilerinin iç sularından geçmesini ve limanlarına uğramasını, hem gemi sayısı hem de iç sularda kalış süresi bakımından, kısıtlayabilir; (iv) tehlikeyle kötü hava şartları ile karşılaşmış bir gemiye hiçbir liman kapalı sayılamaz; (v) Her sahildar Devlet, iç sularında seyrüsefer ile ilgili mevzuatı, milletlerarası ticareti aksatmamak ve Devletlerarasında fark gözetmemek şartıyla dilediği gibi düzenleyebilir”⁴²

³⁵ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.worldlii.org/int/other/treaties/LNTSer/1926/335.html> (Çevrimiçi, e.t.:08.05.2020).

³⁶ Bu andlaşma özellikle limanlar konusunda yeknesak kurallar getirmek amacıyla hazırlanmış önemli bir antlaşmadır. Antlaşma hakkında bilgi için bkz.: Meray, s.375; diğer yandan kıyı devleti kamu düzeni ve güvenlik sebepleri ile bazı gemilerin limana girmesini yasaklayabilir; konu hakkında bkz. Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.251-252; ayrıca bkz. BMDHS’nin 25/2.maddesi.

³⁷ Pazarcı, s.308; Aksar, s.35; Tanaka, s.80; Meray, s.375; aksi halde zararsız geçiş hakkının tanındığı karasuları ile iç sular rejimi arasında fark kalmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karan, s.59.

³⁸ Pazarcı, s.308; Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.251.

³⁹ Türkiye’nin yabancı devlet gemilerinin, limanlarına giriş izni verdiği devletlerle yaptığı iki antlaşmalar listesi için bkz. Karan, s.59.

⁴⁰ Meray, s.380; Kuran, s.39.

⁴¹ Konu hakkında bilgi için bkz. Meray, s.385.

⁴² Meray, s.375.

Kıyı devletlerinin yabancı devlet tabiiyetindeki gemilerin limanlara girişi hususundaki egemenlik yetkisinin aynen limana giren geminin limandan ayrılması konusunda da bulunduğu şüphesizdir. Özellikle limana girmiş bulunan ticaret gemisinin limandan çıkışını kıyı devleti uluslararası hukuktan kaynaklanan sebeplerle engelleyebilir.⁴³

Uluslararası uygulamadaki bu genel kurallar kapsamında ticari limanlar milletlerarası ticarete açıktır; ancak kıyı devletlerinin limanlarını bazı hallerde geçici olarak kapattıkları görülmektedir.⁴⁴ Salgın hastalıklar da kıyı devletlerinin limanlara girişleri kapatma gerekçelerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Salgın hastalık gerekçesiyle ticarî limanların kapatılmasına, sağlık konusunda bazı tedbirler alınmasına ilişkin kararların devletlerin ulusal mevzuatının yanı sıra çok taraflı bazı uluslararası antlaşmalarla düzenlendiği görülmektedir.

II- ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE SALGIN HASTALIK HALİNDE LİMANLARDA UYGULANAN KISITLAMALAR

A- ULUSLARARASI SAĞLIK TÜZÜĞÜ (2005) KAPSAMINDA DEVLETLERİN LİMAN KISITLAMALARI

Sağlık alanında uluslararası işbirliğinin kurumsallaşması ve sürekli hale gelmesi amacıyla Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik ve Sosyal Konseyinin daveti ile toplanan Uluslararası Sağlık Konferansı (19.06.1946) sonucunda 22.07.1946 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü Anayasası (*Constitution of the World Health Organization*)⁴⁵ kabul edilmiş ve bu uluslararası andlaşma 07.04.1948 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁶ Türkiye bu uluslararası antlaşmayı 17.06.1947 tarih ve 5062 sayılı Kanun ile onaylamıştır.⁴⁷

Tüm ulusların en yüksek sağlık düzeyine ulaşması amacıyla (DSÖ Anayasası m.1) kurulan DSÖ'ye halk sağlığı ile ilgili önemli görevler

⁴³ Geminin, 1952 tarihli “Deniz Gemilerinin İhtiyati Hazine İlişkin Kuralların Birleştirilmesi Sözleşmesi” hükümleri çerçevesinde ihtiyati haczi, geminin denize ve yola (sefere) elverişli olmaması gibi sebeplerle kıyı devleti geminin limandan çıkışını engelleyebilir. Konu hakkında bkz. Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.253-256.

⁴⁴ Pazarıcı, s.308: “(.) çoklukla üç durumda kıyı devletlerinin limanlarını bu gemilere de kapattıkları gözlenmektedir: i) askeri limanlar (sürekli); ii) yaygın hastalıklar (geçici); iii) kamu düzenine ve güvenliğe aykırı davranışlar ya da tehditler (geçici) .”; Kuran, s.39.

⁴⁵ Antlaşmanın İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2014/v14.pdf> (Çevrimiçi, e.t.: 11.05.2020).

⁴⁶ Samancı, Uğur, “Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.18, 2016: “DSÖ'nün kurulmasının ardından BM Andlaşması (m. 57, 63) ve DSÖ Anayasası (m. 69) çerçevesinde iki Örgüt arasında akdedilen bir Andlaşmayla DSÖ, BM uzmanlık kurumlarından biri haline gelmiştir”.

⁴⁷ RG. 17.06.1947; 6634.

verilmiştir (DSÖ Anayasası m.2). Bu Anayasaya göre örgütün yetkili organları, Dünya Sağlık Asamblesi, Yönetim Kurulu ve Sekreteryadır (DSÖ Anayasası m.9). Bulaşıcı hastalıkların ülkeler arasında yayılmasını önlemek için sağlık ve karantina tedbirleri ve diğer işlemler Dünya Sağlık Asamblesi tarafından çıkarılacak tüzükler vasıtasıyla düzenlenmektedir (DSÖ Anayasası m.21). Dünya Sağlık Asamblesi bulaşıcı hastalıkların ülkeler arasındaki yayılmasını önlemek amacıyla 25.05.1951 tarihinde Uluslararası Sağlık Tüzüğünü kabul etmiştir. Bu düzenleme, 01.10.1952’de yürürlüğe girmiş;⁴⁸ 1969⁴⁹ ve 2005⁵⁰ yıllarında revize edilmiştir.

1- UST 2005 Kapsamında Salgın Karşısında Alınacak Tedbirlere İlişkin Temel İlkeler

Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005)⁵¹, bulaşıcı hastalıkların küresel çapta salgın (*pandemi*) haline dönüşmesine önlemek, bulaşıcı hastalıklardan insanları korunmak, salgın haline dönüşen hastalıkların kontrol altına alınması için halk(kamu, toplum) sağlığı kapsamında gerekli tedbirlerin alınması amacıyla oluşturulmuştur (UST 2005 m.2). Halk sağlığı riskleri⁵² kapsamında salgına karşı alınacak tedbirlerin nitelikleri de UST 2005’te düzenlenmiştir. Bunlardan ilki alınacak tedbirlerin konusunun öncelikle uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahale etmeyecek nitelikte olması gerekliliğidir. Diğeri ise halk sağlığındaki risk ile alınacak tedbirin orantılı olmasıdır (UST 2005 m.2). Tedbirlere ilişkin bu nitelikler ile aslında halk sağlığı ile uluslararası ticarete dengenin sağlanması amaçlanmıştır.⁵³

⁴⁸ Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün (1951) İngilizce metni için bkz. UN Treaty Series, Vol. 175 (1953), s. 216-288; Uluslararası Sağlık Tüzüğü (1951) Türkiye tarafından 19.03.1954 tarih ve 6368 sayılı Milletlerarası Sağlık Nizamnamesinin Tasdiki Hakkında Kanunla onaylanmıştır (RG. 19.03.1954;8662).

⁴⁹ Uluslararası Sağlık Tüzüğü (1969) 01.01.1971’de yürürlüğe girmiştir. Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nün (1969) İngilizce metni için bkz. UN Treaty Series, Vol. 764 (1971), United Nations, New York 1975, s. 4-88; Uluslararası Sağlık Tüzüğü (1969) Türkiye Tarafından 27.12.1972 tarih ve 7/5578 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmıştır (RG.25.04.1973;14517).

⁵⁰ Uluslararası Sağlık Tüzüğü’nü (2005) kabul ettiği 15 Haziran 2007’de yürürlüğe girmiştir. Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) İngilizce metni için bkz. World Health Organization, International Health Regulations (2005), Third Edition, WHO Press, France 2016, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1> (Çevrimiçi, e.t.: 11.05.2020); Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) Türkçe metni için bkz. https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/UluslararasıC4%B1%20Sa%C4%9Fl%C4%B1k%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf (Çevrimiçi, e.t.:11.05.2020).

⁵¹ Makalede “UST 2005” olarak kısaltılacaktır.

⁵² UST 2005 m.1’e göre “halk sağlığı riski”: “uluslararası düzeyde yayılabilecek veya ciddi ve doğrudan bir tehlike gösterebilecek olay başta olmak üzere, insan nüfusunun sağlığını olumsuz yönde etkileyebilecek bir olay ihtimalini” ifade eder.

⁵³ Azarkan, Ezeli, *Uluslararası Sağlık Hukuku ve Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.175.

Salgın hastalıklara karşı alınacak tedbirlere ilişkin UST 2005 kapsamında bazı temel ilkeler benimsenmiştir. Bu temel ilkelerden ilki tedbirin muhatabı olan bireye ilişkindir. Her şeyden önce uygulanacak tedbirler, bireylerin onuruna, insan haklarına, temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek uygulanmalıdır. Buna karşın her devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun bir şekilde, sağlık politikaları kapsamında, yasa yapmaları ve bu yasaları uygulamaları mümkündür (UST 2005 m.3). UST 2005'te belirtilen temel ilkelerin hukuki anlamda iki önemi bulunmaktadır. Bu temel ilkeler, UST 2005'in hükümlerinin yorumlanmasında bir araç vasfı görecektir. Diğer yandan temel ilkeler salgın karşısında uygulanacak tedbirlerin genel sınırlandırmasını oluşturacaktır. Örneğin temel ilkelerden bireylerin onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygı vurgusu özellikle yolcuların insan haklarının korunması ilkesi devletlerin uygulayacakları sağlık tedbirinin önemli bir sınırını teşkil etmektedir.⁵⁴

2- UST 2005 Çerçevesinde Devletlerin Limanlarda Alabilecekleri Tedbirler

a- Gemilerin Limanlardan Kalkış ve Varışlarında Uygulanacak Sağlık Tedbirleri

Devletlerce limanlarda alınacak tedbirler UST 2005'in "*Halk Sağlığı Önlemleri*" başlıklı V. Bölümünde düzenlenmiştir. Kıyı devletlerinin halk sağlığı amacıyla gemilerin limanlara varış⁵⁵ veya kalkışında⁵⁶ yolculara ve yüke ilişkin bazı bilgileri talep edebilme veya bazı tıbbi muayeneleri yapabilme yetkileri bulunmaktadır (UST 2005 m.23). Kıyı devleti gemideki yolculara ilişkin olarak yolcu ile irtibat kurabilmek maksadıyla, yolcunun gideceği yer ile ilgili bilgileri talep edebileceği gibi yolcunun salgından etkilenen bir bölgeden ya da bu bölgenin yakınından geçip geçmediği veya *enfeksiyon*⁵⁷ ya da *kontaminasyonla*⁵⁸ muhtemel temaslarını tespit etmek için yolcunun güzergahına ilişkin bilgi talep edebilir. Ayrıca kıyı devleti yolcudan bilgi talebinin yanı sıra halk sağlığı

⁵⁴ Azarkan, s.175-176.

⁵⁵ UST 2005 m.1'e göre "bir taşıtın varışı": "(a) açık denize çıkmaya elverişli bir gemi söz konusu ise, bunun bir limanın tanımlanmış bölgesine varışı veya demirlemesi,"ni ifade eder.

⁵⁶ UST 2005 m.1'e göre "kalkış": "kişiler, yolcu eşyası, yük, taşıtlar veya mallar için bir ülkeden ayrılma anlamındadır".

⁵⁷ UST 2005 m.1'e göre "enfeksiyon": "halk sağlığı riski oluşturabilecek enfeksiyöz bir etkenin bir insanın ya da hayvanın bedenine girmesi ve gelişmesi veya çoğalması anlamındadır."

⁵⁸ UST 2005 m.1'e göre "kontaminasyon (bulaşma)": "bir insan ya da hayvan bedeninin yüzeyinde, tüketilmek üzere hazırlanmış bir ürünün içinde ya da üzerinde veya taşıtlar da dâhil olmak üzere cansız diğer maddeler üzerinde halk sağlığı riski oluşturabilecek enfeksiyöz ya da toksik bir etkenin ya da maddenin varlığı anlamındadır."

amaçlarının karşılayan en az rahatsız edici, girişimsel olmayan (*non-invaziv*) bir tıbbi muayene talep edebilir (UST 2005 m.23/1).

Bu aşamada devletin yolcudan isteyebileceği girişimsel olmayan tıbbi muayene kavramının açıklanmasında da yarar bulunmaktadır. “Girişimsel olmayan (*non-invaziv*) bir tıbbi muayene, kulak, burun ve ağzın tıbbi muayenesi, cilt, ağız veya kulak termometresi kullanılarak vücut ısısının değerlendirilmesi, termal görüntüleme, tıbbî inceleme, cihaz ile dinleme, yüzeyden el ile dokunarak muayene, göz içi taraması, haricen idrar, dışkı veya tükürük numunelerinin alınması, vücut yüzeyinden kan basıncını ölçme ve elektrokardiyografi girişimsel olmayan(*non invaziv*)” şeklinde tanımlanmaktadır (UST 2005 m.1).

Kıyı devletinin yüke ilişkin olarak da yolcu eşyası⁵⁹, yük⁶⁰, konteynırlar, taşıtlar, mallar, posta paketleri ve insan cesetlerinin incelenmesini de isteyebilme yetkisi bulunmaktadır (UST m.23/1).

Devletlerin yolcu ve yüke ilişkin alabilecekleri UST 2005’in 23/1.maddesinde belirtilen tedbirler, aslı tedbirlerdir. Bunun yanı sıra kıyı devletlerinin geminin limandan kalkış ve varışında aslı tedbirlere ilave olarak tedbirler alabilmesi de mümkündür; ancak hemen bu noktada belirtmek gerekir ki kıyı devletlerinin alacağı “ilave tedbirlerin” taşınması gereken şartlar UST 2005’in 43.maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar makalemizin ilerleyen bölümünde ayrıntılı incelenmiştir.⁶¹

Gemilerin varış ve kalkışında kıyı devletleri tarafından alınabilecek ilave tedbirler şayet geminin varış ve kalkışında yolcudan istenilen bilgiler veya yapılan tıbbi muayene sonucunda ya da başkaca yollarla elde edilen kanıtlar bir halk sağlığı riskini işaret ediyorsa kıyı devleti bu sefer şüpheli veya salgından etkilenmiş yolcuya en az rahatsız edici girişimsel (*invaziv*) tıbbi muayene tedbirini, ilave tedbir olarak uygulayabilir (UST 2005 m.23/3). Girişimsel (*invaziv*) tıbbi muayene “*derinin delinmesi ya da kesilmesi ya da vücuda bir alet veya yabancı cismin sokulması ya da bir vücut boşluğunun muayene edilmesi*” (UST 2005 m.1) şeklinde tanımlanmaktadır.

Salgın döneminde devletlerin halk sağlığına ilişkin UST 2005 kapsamında alacakları aslı ve ilave tedbirler şayet yolculara yapılacak tıbbi muayene, aşılama, hastalıktan koruma yöntemi veya diğer sağlık tedbirlerini içeriyorsa; ancak yolcuların aydınlatılmış rızaları⁶² ile

⁵⁹ UST 2005 m.1’e göre “yolcu eşyası”: “bir yolcunun şahsi eşyası anlamındadır.”

⁶⁰ UST 2005 m.1’e göre “yük”: “bir taşıt ile veya konteynır içinde taşınan mallar anlamındadır.”

⁶¹ Bkz. “II-A-3” No.lu Başlık.

⁶² Aydınlatılmış rıza için ayrıca bkz. Doğan, Cahid, “Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, Girne Amerikan Üniversitesi- KKTC Sağlık Bakanlığı- KKTC Baro- KKTC Tabipler Birliği Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Girne-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.119-219: “1982 Anayasamızın 17/I, II’e göre, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere

uygulanabilir. Küçükler veya kısıtlılarda ise bu rızanın yasal temsilcilerinden alınması gerekecektir.

Tıbbî tedbirler için alınacak rızaların, taraf devletin yasalarına ve uluslararası yükümlülüklerine⁶³ uygun olması gerektiği, UST 2005'in 23/3.maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca UST 2005 hükümleri çerçevesinde devletlere, aşılama veya aşılammama ve hastalıktan korunma yönteminin uygulanması veya uygulanmamasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir risk konusunda yolcuları, ebeveynleri veya vasileri aydınlatmaları yükümlülüğü yüklenmiştir. Uygulanacak aslı tedbir veya ilave tedbire ilişkin alınacak aydınlatılmış rızanın, hangi anda alınacağı, aydınlatmanın kim tarafından nasıl yapılacağı, rızanın hangi şekilde alınacağı gibi konular UST 2005 kapsamında düzenlenmemekle birlikte, bu konularda, tedbiri uygulayan devletin yasaları ve uluslararası yükümlülükleri uygulama kabiliyeti bulacaktır.

Gemide bulunan yolcu, salgın sebebiyle kendisinden istenilen belge ve bilgileri vermeyi reddediyorsa ya da devletin uygulayacağı tıbbi muayene, aşılama ya da hastalıktan diğer korunma yöntemine rıza vermiyorsa devlet, UST 2005 hükümlerine bağlı kalmak kaydıyla yolcunun ülkesine girişine engel olabilecektir (UST 2005 m.31/2). Hatta bu halde devlet yakın bir halk sağlığı riskine dair kanıt bulunması durumunda, ulusal mevzuatına uygun olarak ve böyle bir riskin kontrol edebilmesini gerektiği ölçüde, yolcuyu tedbirlere zorlayabilir veya bazı işlemlerden geçmesi için tavsiyede bulunabilir. Bu tedbir ve işlemler UST 2005'in 31/2'ye göre:

tâbi tutulamaz” demektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'ne göre, “Bilgilendirme: Yapılması planlanan her türlü tıbbî müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini,”(HHY. Md.4/ğ) ve “Rıza: Kişinin tıbbî müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini,” (HHY. Md.4/h) ifade etmektedir. Hasta önce hastalığı hakkında aydınlatılmalı sonra da rızası alınmalıdır. Hastanın hastalığı ağır ve kendisi psikolojik olarak zayıf bir iradeye sahip ise, hayatı düşünülerek aydınlatılıp aydınlatılmayacağına karar verilir. Hekim hastasını öncelikle çok iyi tanıması gerekir. Bazı hastalara hastalığı söylendiği zaman ruhî çöküntüye uğrar, hayatı tehlikeye girer. Bazıları ise, mücadeleciler olduğundan hastalıkla adeta savaşır. İnsanları hastalıkları konusunda aydınlatmak hekim için mükellefiyettir. Bu konuda mezkûr yönetmelik hekime takdir yetkisi vermiştir. Hastanın taleplerini hekim objektif olarak değerlendirdikten sonra karar vermesi gerekir. Hekim yaptığı müdahalenin detaylarını hastaya söylemek zorunda değildir. Genel bilgiler vermesi yeterlidir. Hastanın aydınlatılması bazı durumlarda yazılı yapılması gerekir. Bunlar ise, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (Md. 6.,7.), Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un (Md.5/IV) ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (Md.13) hükümleri gereğidir. Mezkûr kanun hükümlerinde hastanın rızasının alınmasının yazılı olması gerektiği düzenlendiğinden, buradan hekimin hastayı aydınlatmasının da evleviyetle yazılı olmasıdır.”

⁶³ Aydınlatılmış rıza birçok uluslararası düzenlemede yer almaktadır. Aydınlatılmış rızanın uluslararası hukukî dayanakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işık Yılmaz, Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.98, 2012, ss.390-410.

- En az rahatsız edici ve girişimsel (*invaziv*) tıbbî muayene;
- Aşılama veya hastalıktan diğer korunma yöntemleri;
- Tecrit, karantina veya yolcuyu halk sağlığı gözlemi altına almak dâhil, hastalığın yayılmasını engelleyecek veya kontrol edecek tespit edilmiş ilave sağlık önlemleri, olarak belirlenmiştir.⁶⁴

Kıyı devletlerinin uygulayacağı tıbbî tedbirlerin standartları da UST 2005'te düzenlenmiştir. Buna göre kıyı devletinin salgın döneminde uygulayacağı aslî ve ilave tedbirler kapsamındaki tıbbî tedbirlerinin riski en aza indirecek nitelikte ve ulusal ya da uluslararası güvenlik esasları ve standartlarına uygun olması gerekliliği bulunmaktadır (UST 2005 m.23/5).

b- Gemi ve Gemi Kaptanlarına İlişkin Belirlenmiş Kurallar

UST 2005 uluslararası sefer yapan hava taşıtı, gemi, tren, karayolu taşıtı veya diğer taşıma araçları için tedbirler getirmekle birlikte makalemizin sınırları dâhilinde sadece gemilere ilişkin tedbirlerin makalemizin bu bölümünde incelenmesi amaçlanmıştır.

Devletler, taşıt operatörü olarak gemi kaptanlarının, DSÖ tarafından tavsiye edilecek tedbirleri almalarını, taşıtta uygulanmak üzere, DSÖ tarafından tavsiye edilen tedbirler hakkında yolcuları bilgilendirmelerini sağlamayı yükümlenmişlerdir (UST 2005 m.24). Bu amaçla DSÖ tarafından “Gemi Sağlık Rehberi” (*Guide to Ship Sanitation*) yayımlanmıştır.⁶⁵

Taşıtlara ilişkin UST 2005'te getirilen düzenlemelerden birisi de “transit gemilere” ilişkindir. Kıyı devletleri, etkilenmiş bir bölgeden gelmeyen;

- “*Bir taraf devletin ülkesindeki bir deniz kanalı ya da suyolundan geçiş yapıp başka bir devletin ülkesindeki bir limana giden bir gemiye (böyle bir geminin, yetkili makamların gözetim ve denetiminde yakıt, su, yiyecek ve malzeme ikmali yapmasına izin verilecektir),*

- *Bir liman ya da sahile uğramadan, kendi yargı yetkisindeki sulardan geçiş yapan bir gemiye”,* sağlık tedbiri uygulayamayacaktır (UST 2005 m.25).

UST 2005'in 25.maddesinde düzenlenen ilk husus deniz kanalı veya suyolundan geçiş yapan gemilerin bu geçiştir. Bu geçiş BMDHS'nin 37.⁶⁶ ve 38/2.maddesine⁶⁷ göre transit geçişi ifade

⁶⁴ Ancak UST 2005 31/2-c maddesindeki “tecrit, karantina veya yolcuyu halk sağlığı gözlemi altına almak dâhil, hastalığın yayılmasını engelleyecek veya kontrol edecek tespit edilmiş ilave sağlık önlemleri” alınmasına ilişkin kararlarında taraf devletler, UST 2005'in 43/b maddesindeki hususları dayanak yapacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. “II-A-3” No.lu Başlık.

⁶⁵ Rehberin Türkçe metni için bkz. <https://www.hssgm.gov.tr/Content/documents/kitaplar/Gemi%20Sag%CC%86l%C4%B1k%20Rehberi.pdf> (Çevrimiçi, e.t: 29.05.2020).

⁶⁶ BMDHS'nin 37.maddesine göre, “İşbu bölüm, açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü, ile açık denizin veya bir münhasır ekonomik

etmektedir. Bu halde boğaz veya deniz kanalı ya da su yolundan bir devletin ülkesine giriş veya ülkeden çıkış durumları, “transit geçiş” olarak kabul edilecektir.⁶⁸ BMDHS’nin 44.maddesine göre kıyı devleti, transit geçişi engelleyemeyecektir, geçici süre için dahi durduramayacaktır.⁶⁹

UST 2005’in 25.maddesinde düzenlenen diğer husus ise kıyı devletinin karasularından “zararsız geçiş hakkı”⁷⁰’nı kullanan gemilere ilişkindir. Zararsız geçiş hakkı, transit geçişe nazaran kıyı devletine daha fazla yetkiler tanımaktadır.⁷¹ Zararsız geçiş hakkında da devlet BMDHS’nin 24.maddesinde sayılan sınırlı haller dışında, geçiş yapan gemiyi durdurmayacaktır.⁷²

UST 2005’in 25.maddesi, BMDHS’deki hükümlere uyumlu olarak, salgından etkilenmiş bir bölgeden gelmeyen ve transit geçiş hakkını veya zararsız geçiş hakkını kullanan gemilere kural olarak kıyı devletinin sağlık tedbiri uygulayamayacağını düzenlemiştir; ancak, UST 2005 göre, şayet bir gemide, bir halk sağlığı riskine dair klinik işaretler veya bulgular ve bilgi bulunur ise, kıyı devletinin yetkili makamı⁷³ gemiyi etkilenmiş düşünecek ve bazı önlemleri alabilecektir. Bu tedbirler şunlardır:

• “Uygun olduğu üzere, taşıtı, mikroptan, böcekten, fareden veya dekontaminasyon yapabilir veya kendi gözetim ve denetiminde bu önlemlerin alınmasını sağlayabilir,

• UST 2005’te öngörüldüğü üzere, halk sağlığı riskinin kontrolünün yeterli düzeyde yapılmasını sağlamak için her bir vakada kullanılacak tedbire karar verebilir. Yetkili makam diğer yöntemlerin emniyetli ve güvenilir

bölgenin diğer bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara uygulanır.”

⁶⁷ BMDHS’nin 38/2.maddesine göre, ““Transit geçiş”den, işbu Kısma uygun olarak yalnızca açık denizin bir parçasından veya münhasır ekonomik bölgeden, açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin diğer bir parçasına boğazdan devamlı ve hızlı bir geçiş amacıyla seyrüsefer ve bu saha üzerinde uçuş serbestisinin kullanılması anlaşılır.”

⁶⁸ Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.367; Kuran, s.119.

⁶⁹ Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.370; Ancak, BMDHS’nin 42.maddesinde sayılan sınırlı hallerde, kıyı devleti transit geçişle ilgili kanun ve kural koyabilme yetkisine sahiptir. Bu sınırlı hallerden birisi de, kıyısı olan devletlerin gümrük, maliye, sağlık ve muhaceret konularındaki kanun ve kurallarına aykırı olarak mal ve kişilerin gemiden çıkartılması veya gemiye alınmasıdır. Bkz. BMDHS m.42; Kuran, s.121.

⁷⁰ BMDHS’nin 17.maddesine göre, “İşbu Sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, sahili bulunsun veya bulunmasın, bütün devletlerin gemileri, karasularından zararsız geçiş hakkından yararlanırlar.”

⁷¹ Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.369.

⁷² Özman, *Deniz Hukuku - I*, s.326; ayrıca bkz. BMDHS m.24; Kuran, s.113.

⁷³ UST 2005 m.1’e göre, “yetkili makam”: “bu Tüzük kapsamında, sağlık önlemlerinin yürütülmesi ve uygulanmasından sorumlu makam anlamındadır.”; UST 2005 m. 19/1-(b)’ye göre, “Her bir Taraf Devlet, bu Tüzük kapsamında öngörülen diğer yükümlülüklerle ilave olarak: (...) (b) ülkesinde belirlenmiş her bir giriş noktasındaki yetkili makamları tanımlayacaktır (...); Yetkili makamların rolü konusunda ayrıca bkz. UST 2005 m.22.

olduğunu tespit etmediği sürece, bu yöntemler için DSÖ tarafından tavsiye edilmiş metot ve malzemeler var ise, bunlar uygulanmalıdır” (UST 2005 m.27/1).

Bu aslitedbirlerin yanı sıra ayrıca kıyı devleti hastalığın yayılmasını engellemek üzere, gerekirse, taşıtın tecridini de içeren “*ilave sağlık tedbirleri*” uygulayabilecektir.⁷⁴

UST 2005’te tedbirlere ilişkin düzenlenen önemli bir yasak hali ise salgın hastalık sebebiyle bir geminin liman giriş noktasına⁷⁵ uğramasının kıyı devleti tarafından kural olarak engellenememesidir. Ancak limanın ilgili salgın hastalığa karşı gerekli sağlık ekipmanı ile donatılmamış olması halinde kıyı devleti gemiyi en yakın uygun giriş noktasına yönlendirebilecektir (UST 2005 m.28/1).

Yine bu kapsamda gemilerin serbest pratikası (limana giriş izni) kıyı devletince reddedilemeyecektir. Serbest pratika, “*bir geminin, bir limana giriş, indirme veya bindirme, yük ve ambar yükleme veya boşaltmasına*” ilişkin kıyı devletinin verdiği izin anlamına gelmektedir. Bu halde geminin, salgın döneminde gemiden yolcu indirme ve bindirme, yük ve ambar yükleme ve boşaltma veya yakıt, su, yiyecek ve malzeme ikmalinden alıkonmayacaktır.⁷⁶

Gemi kaptanları veya temsilcileri gemide bulaşıcı bir hastalık belirtisi veya halk sağlığı riski bulunuyorsa, gidilecek limana durum hakkında acilen bilgi vermekle yükümlüdür (UST 2005 m.28/4). Salgın hastalık taşıdığı şüphesi bulunan ya da etkilenmiş bir gemi, acil ve zorunlu sebeplerle, demirlemesi gereken limandan başka bir limana demirler ise yine gemi kaptanı bunu en yakın liman yetkili idaresine gecikmeksizin bildirmelidir. Aynı şekilde bu bildirim alan liman yetkili idaresi ise gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür(UST 2005 m.28/5). Ayrıca gemi kaptanı yolcuların sağlık ve güvenliği açısından gerekli olabilecek acil önlemleri alabilmek ile yetkilendirilmiştir; ancak aldığı önlemler hakkında yetkili makamı mümkün olduğunca erken bilgilendirmekle yükümlüdür(UST 2005 m.28/6).

c- Yolculara İlişkin Kurallar

Yolcuların seyahat özgürlüklerine ilişkin UST 2005 dâhilinde de bazı düzenlemeler getirilmiştir. Gemide bulunan ve halk sağlığı şüphesi ile gözlem altına alınan bir yolcunun sonradan risk taşımadığı anlaşılmışsa, yolcunun uluslararası seyahatine devam etmesi mümkün

⁷⁴ Ancak yetkili makamın bu şekilde alacağı ilave sağlık önlemlerine ilişkin kararlarda UST 2005’in 43/b maddesi esas alınacaktır. Bkz. “II-A-3” No.lu Başlık.

⁷⁵ UST 2005’in 1.maddesinde, “giriş noktası”: “yolcular, yolcu eşyası, yük, konteynırlar, taşıtlar, mallar ve posta paketlerinin ve aynı zamanda bunların giriş ve çıkışlarına hizmet eden araçlar ve bölgeler uluslararası giriş ve çıkışı için olan bir geçit anlamındadır.”

⁷⁶ Ancak kıyı devleti buna ilişkin ilave sağlık tedbir kararı verecek ise bu kararı UST 2005 m.43/2’deki esaslara göre vermelidir. Bkz. “II-A-3” No.lu Başlık.

olacaktır (UST 2005 m.30). Aynı şekilde varış noktasında yolcudan ÷lkeye giriş şartı olarak girişimsel (*invaziv*) bir tıbbi muayene, aşılama veya hastalıktan diğer koruma yöntemlerine ilişkin bir tedbir kural olarak talep edilemeyecektir (UST 2005 m.31/1); fakat kıyı devleti bazı hallerde yolcuya tıbbi muayene, aşılama veya hastalıktan diğer korunma yöntemlerini uygulayabilir veya yolcudan aşılama veya hastalıktan diğer korunma yöntemlerinin uygulandığına dair delil isteyebilir. Bu haller şunlardır:

- “Bir halk sağlığı riskinin mevcut olduğunu tespit etmek için;
- Taraf devlet ÷lkesinde geçici ya da kalıcı ikamet hakkı arayan, diğer bir ifade ile bu ÷lkeye sığınmaya hakkı arayan yolcunun ÷lkeye giriş şartı olarak;
- Devletin ilave sağlık önlemleri alması ya da UST 2005’in Ek-6 maddesinde düzenlenen “Aşılama, Hastalıktan Korunma Yöntemleri (Profilaksiler) ve İlgili Sertifikalar” hükmü ve UST 2005’in Ek-7 maddesinde “Spesifik Hastalıklar İçin Aşılama veya Hastalıktan Korunma Yöntemleriyle (Proflaksi) İlgili Gereklilikler” hükmü kapsamında herhangi bir yolcu için giriş şartı olarak;
- UST 2005’in 23.maddesi kapsamında geminin kalkışı ve varışındaki önlemlerin icra edilmesi gerekenler için taraf devlet koruma yöntemi uygulayabilir ya da uygulandığına; dair delil isteyebilir”.

Yolcu taraf devletçe talep edilen tıbbi muayene, aşılama ya da hastalıktan diğer korunma yöntemlerinin uygulanmasına razı olmuyor veya bu önlemlere ilişkin talep edilen bilgi ve belgeleri vermeyi reddediyorsa, devlet yolcunun ÷lkeye girişine izin vermeme yetkisine sahiptir.

Özellikle salgın hastalıklara karşı devletlerin alacağı tedbirler kapsamında yolcuların insan haklarının korunması, UST 2005’in 32.maddesinde somutlaştırılmıştır.⁷⁷ Alınacak sağlık tedbirlerinde özellikle kıyı devleti tarafından şu hususlara dikkat edilmesi madde hükmünde vurgulanmıştır:

- “Tüm yolculara kibarca ve saygıyla muamele etme;
- Yolcuların cinsiyet, sosyokültürel, etnik veya dinî inançlarını dikkate alma;
- Halk sağlığı amaçları için karantinaya alınmış, tecrit edilmiş veya tıbbi bir muayene veya diğer yöntemlere maruz kalmış yolcular için; yeterli yiyecek ve su, kalacak uygun yer ve giysi, yolcu eşyası ve diğer şahsi eşyanın korunması, uygun tıbbi işlemleri gerçekteştirme, mümkün olduğu takdirde anlayabilecekleri bir dil de dâhil olmak üzere, gerekli iletişim yollarını sağlamak ve yolcular için diğer uygun yardımı sağlamak veya bunlara ilişkin düzenlemeyi yapmaktır”.

⁷⁷ Azarkan, s.175-176.

3- Salgın Hastalık Karşısında Taraf Devletlerin İlave Tedbirler Alabilme Yetkisi

Salgın hastalık döneminde taraf devletlerin DSÖ'nün tavsiye ettiği tedbirler ile eşdeğerde veya daha ağır sağlık tedbirleri alabilme yetkileri bulunmaktadır(UST 2005 m.43). Devletlerin ilave tedbirler alabilmeleri için gerekli bazı şartlar UST 2005'te getirilmiştir. Bu şartlardan ilki devletler UST 2005'in 43/1-(b) maddesinde sayılan yasaklara aykırı olmamak kaydıyla ilave tedbirler alabilirler. Bu yasaklardan makale konumuz ile ilgili olanlar şu şekilde sıralanabilir:

- Bu yasaklardan ilki kıyı devletinin deniz yetki alanlarından geçen yabancı gemilerin transit geçişi ve/veya zararsız geçiş hakkına müdahale etmeme yasağıdır (UST 2005 m.25).

- Tedbirlere ilişkin yasaklardan diğeri ise salgın sebebiyle gemilerin limanlara girişlerini engellenmesi ve serbest pratikanın reddedilmesi yasağıdır (UST 2005 m.28/1-2).

- Bu yasaklardan bir diğeri ise halk sağlığı gözlemi altına alınan şüpheli bir yolcu şayet yakın bir risk oluşturmuyorsa uluslararası yolculuğunun engellenmemesi yasağıdır (UST 2005 m.30).

- Bu yasaklamalardan inceleyeceğimiz sonuncu yasak ise kıyı devletince ülkeye giriş için yolcudan girişimsel (*invaziv*) tıbbî muayene, aşılama veya hastalıktan diğer korunma yöntemlerinin bir yolcudan talep edilmesi yasağıdır(UST 2005'in 31/1-(c)).⁷⁸

Daha önce de bahse konu olduğu üzere UST 2005'in temel ilkeleri ışığında devletlerin alacakları ilave tedbirler de uygun sağlık koruma seviyesini karşılayan, makul ve uluslararası trafiği kısıtlamayan, girişimsel olmayacak (*non-invaziv*) nitelikte olmalıdır. Şayet devletlerce alınacak bu ilave tedbirler uluslararası seyrüseferi kayda değer ölçüde kısıtlayacak nitelikte ise tedbir uygulayan devlet, DSÖ'ye bu tedbirlerin dayandığı halk sağlığı gerekçelerini ve bununla ilgili bilimsel bilgileri bildirmekle yükümlü kılınmıştır (UST 2005 m.43/3). DSÖ ise aldığı bu bilgileri ve uygulanan sağlık önlemlerine ilişkin bilgileri diğer taraf devletlerle paylaşacaktır. Bu hükme göre amacına uygun olarak, kayda değer ölçüde müdahale kavramı, genel olarak, 24 saatten fazla bir süre için uluslararası yolcuların, yolcu eşyasının, yükün, konteynırların,

⁷⁸ Yukarıda UST 2005'in 31/2.maddesine göre, "şayet yolcu taraf devletçe talep edilen tıbbî muayene, aşılama ya da hastalıktan diğer korunma yöntemlerinin uygulanmasına razı olmuyor veya bu önlemlere ilişkin talep edilen bilgi ve belgeleri vermeyi reddediyorsa, devlet yolcunun ülkeye girişine engel olabilecektir." olarak belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus "sığınma hakkı" kapsamında açık denizde bile ölüme terk edilmeleri geri gönderilmeme yasağının ihlali anlamına gelmekteyken, devletin münhasır egemenlik yetkisinin bulunduğu limanlarda aksi bir uygulamanın yapılması diğer insan hakları sözleşmelerinin ihlalini beraberinde getirecektir. Bu konu hakkında bkz. Kızılsümer Özer, Deniz, "Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C.3, S.10, 2007, s.81; Uslu, Ferhat/Özdemir, Ali, "Yaşama Hakkı Bağlamında Denizlerde "Geri Gönderilmeme (Non-Refoulement) İlkesi", Ombudsman Akademik Dergisi, S.6, 2017, ss.70-72.

taşıtların, malların ve benzeri şeylerin giriş veya çıkışlarının geri çevrilmesi veya ertelenmesi anlamına gelmektedir.

Yine uluslararası seyrüsefere kayda değer ölçüde müdahale niteliğindeki bir ilave sağlık tedbirini uygulayan taraf devlet, geçici veya daimi tavsiye kararı kapsamında olmadıkça, bu tür önlemleri ve bunların sağlık gerekçelerini 48 saat içinde DSÖ'ye bildirmekle yükümlü kılınmıştır(UST m.43/4).

Devletlerin ilave tedbir kararlarını UST 2005'in 43/2 madde hükmü uyarınca şu hususlara dayandırmaları gereklidir:

- Bilimsel ilkelere,
- İnsan sağlığına yönelik bir riske ilişkin mevcut bilimsel kanıtı veya bu kanıtın yetersiz olması durumunda, DSÖ ve diğer ilgili hükümetler arası örgütler ve uluslararası organlardan sağlanan bilgiler dâhil olmak üzere mevcut bilgilere,
- DSÖ tarafından sağlanan herhangi bir mevcut belirli rehberlik veya tavsiyelere.

Böylece taraf devletlerce salgın karşısında alınacak tedbirlere ilişkin devletlerin yetkilerinin hukuken bir sınırlandırmaya tabi tutulduğu ifade edilebilir.

İlave sağlık tedbiri uygulayan devlet, aldığı tedbiri üç ay içinde yeniden gözden geçirmekle yükümlendirilmiştir. Böylece alınan tedbire dayanak olan UST 2005'in 43/2.maddesinde belirtilen şartların güncelliği sağlanmış olacaktır.

Salgın döneminde alınacak ilave tedbirler uluslararası ticareti ve ilişkileri büyük oranda etkilemektedir. Etkilerin azaltılması tedbiri alan devlet ile etkilenen devletlerin birlikte alacakları kararlar ile azaltılabilir; oluşması muhtemel ihtilafların müzakereler ile çözümlenmesi sağlanabilir. Bu kapsamda alınan ilave tedbirden etkilenen devletin, tedbiri uygulayan devlet ile görüşmeyi talep edebileceği UST 2005'in 43/1-2.maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

4- Salgın Karşısında Devletlerin İşbirliği Yükümlülüğü

Küresel bir halk sağlığı tehdidi olan salgınla etkin mücadelenin; ancak uluslararası işbirliği ile mümkün olabileceği açıktır. Bunu sağlamak için UST 2005, devletlere bazı konularda işbirliği yapma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu konular şunlardır:

• *“Halk sağlığı tehdidine ilişkin olayların tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ve bunlara cevap verilmesi,*

• *Gerekli görülen halk sağlığı kapasitelerinin geliştirilmesi, güçlendirilmesi ve korunması başta olmak üzere teknik işbirliğinin ve lojistik desteğin sağlanması veya kolaylaştırılması,*

• *Yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak için finansal kaynakların seferber edilmesi,*

• *Uygulanması için önerilen yasaların ve diğer yasal ve idari hükümlerin düzenlenmesidir.*” (UST 2005 m.44).

Devletlerarasındaki işbirliği ve yardım yükümlülüğünün yanı sıra DSÖ'nün de talep üzerine, devletler ile işbirliği yapma yükümlülüğü ayrıca UST 2005'te düzenleme konusu bulmuştur. DSÖ'nün taraf devletler ile işbirliği yapması gereken hususlar da şu şekilde sıralanmıştır:

• *“UST 2005'in etkin bir biçimde uygulanmasını kolaylaştırmak için taraf devletlerin halk sağlığı kapasitelerinin ölçülmesi ve değerlendirilmesi,*

• *Taraf devletlere teknik işbirliği ve lojistik destek sağlanması veya bunun kolaylaştırılması,*

• *Gelişmekte olan ülkelerin sürveyans⁷⁹ ve cevap için ana kapasite gerekliliklerini oluşturma, güçlendirme ve sürdürmelerini desteklemek üzere finansal kaynakların seferber edilmesidir.*”(UST 2005 m.44)

Böylece salgın döneminde hem devletlerarasındaki; hem de DSÖ'nün devletler ile yapacağı işbirliği UST 2005 kapsamında kurumsallaşmıştır. Ayrıca salgına karşı DSÖ'nün hükümetler arası örgütler ve uluslararası organlar aracılığı ile de işbirliğini güçlendirebileceği UST 2005'de düzenlenmiştir(UST 2005 m.44/3).

III- SALGIN KARŞISINDA LİMAN UYGULAMALARINA İLİŞKİN DİĞER ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Devletlerin salgın karşısında uyguladıkları liman rejimine ilişkin UST 2005 dışındaki bazı uluslararası düzenlemeleri de bulunmaktadır. Makalemizin bu bölümünde ilgili uluslararası düzenlemeleri getirdikleri ilkelere göre sınıflandırarak incelemeyi amaçlamaktayız.

A- ACİL MÜDAHALE VE YARDIM SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kıyı devletlerinin zor durumda kalan gemilere, askeri limanlar dâhil, limanları kapalı tutmama ya da başka bir deyişle zor durumda kalan geminin en yakın limana sığınma hakkına sahip olduğu ilkesi uluslararası hukukta yerleşmiş bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰ Zor durumda kalma halinde geminin askeri, sivil veya devletin kamu hizmetine tahsisli gemi ya da sığınılacak limanın askeri veya ticari liman olup olmadığına bakılmayacaktır.⁸¹

⁷⁹ UST 2005'in 1.maddesine göre “sürveyans”: “verilerin, halk sağlığı amaçları için sistematik ve sürekli bir şekilde toplanması, karşılaştırılması ve çözümlenmesi ve halk sağlığı bilgilerinin, değerlendirilmesi ve gerektiğinde halk sağlığı cevabını verme için zamanlıca neşredilmesi anlamındadır.”

⁸⁰ Özman, *Deniz Hukuku-I*, s.252.

⁸¹ Özman, *Deniz Hukuku-I*, s.252; Meray, s.380.

Zor durumda kalmış gemilere yardıma ilişkin genel yaklaşım BMDHS'nin bazı hükümlerine de yansımıştır. Karasularından zararsız geçiş hakkı kullanan gemilerin geçişlerinin şeklini düzenleyen BMDHS'nin 18/2.maddesi hükmü gereği geçiş sırasında durma veya demirlemenin sadece seyrüseferin olağan olaylarından olduğu veya mücbir sebep veya yardım ihtiyaçlarından zorunlu olduğu veya tehlike veya yardım ihtiyacı içinde bulunan kişilere, gemilere veya uçaklara yardım götürülmesi amacıyla olduğu takdirde, geçişin durma ve demirlemeyi de içereceği düzenlemiştir.⁸² Ayrıca kıyı devletlerinin yardım etme konusunda işbirliği yükümlülüğü müstakil olarak BMDHS'nin 98.maddesinde düzenlenmiştir. BMDHS'nin 98/2.maddesine göre, “*Sahili bulunan bütün devletler, deniz ve hava güvenliğini sağlamak üzere uygun ve etkili bir sürekli arama ve kurtarma servisinin kurulmasını ve işleyişini kolaylaştıracaklar ve gerektiği takdirde bu amaçla komşu devletlerle bölgesel düzenlemeler çerçevesinde işbirliğinde bulunacaklardır.*” Böylece kıyı devletlerinin, gemide zor durumda kalan yolcu ve mürettebat için ayırım gözetmeksizin ve şartlar ne olursa olsun insancıl bir yardımda bulunması ve yardım hususunda da uluslararası ve bölgesel işbirliğini kurmak ve güçlendirmek yükümlülüğü BMDHS ile getirilmiştir.⁸³

BMDHS dışında denizde zor durumda kalan yolcu ve mürettebatın kurtarılmasına ilişkin uluslararası birçok düzenleme ile karşılaşmaktadır.⁸⁴ Kıyı devletinin salgın karşısında acil müdahale ve yardım sağlaması konusunda karşımıza çıkan uluslararası düzenlemelerden birisi de 1965 tarihli “*Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırması Sözleşmesi*”⁸⁵ dir. (UDTKS) Bu sözleşme uluslararası deniz trafiğini kolaylaştırmak ve hızlandırmak, gemilerin ve gemiyle taşınan insanların ve malların gereksiz bir şekilde gecikmesini önlemek, taraf devletlerarasında işbirliğine yardımcı olmak, formaliteler ve diğer prosedürlerde mümkün olan en yüksek derecede yeknesaklık sağlama

⁸² Özman, *Deniz Hukuku-I*, s.252; Kuran, s.113.

⁸³ Canca, Hakan Selim, *Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.179.

⁸⁴ 1974 tarihli Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for Safety of Life at Sea) (SOLAS), Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.archive.org/stream/textofconvention00inte#page/n5/mode/2up> (Çevrimiçi, e.t.: 20.05.2020), Türkiye Sözleşmeye 25.05.1980 tarihinde taraf olmuştur, RG.25.05 1980;16985; 1979 tarihli Denizde Arama ve Kurtarma Sözleşmesi (International Convention on Maritime Search and Rescue) (SAR), Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201405/volume-1405-I-23489-English.pdf> (Çevrimiçi, e.t.:20.05.2020), Türkiye Sözleşmeye 24.03.1986 tarihinde taraf olmuştur, RG. 24.03.1986;17057.

⁸⁵ Türkiye Sözleşmeye 08.04.2014 tarih ve 6530 sayılı Kanun ile taraf olmuştur, RG. 16.04.2014;28974; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20591/volume-591-I-8564-English.pdf> (Çevrimiçi, e.t.: 16.05.2020).

amacıyla hazırlanmıştır.⁸⁶ UDTKS'nin 5/2.maddesine göre, bu sözleşme kapsamında getirilen deniz trafiğine ilişkin hükümler; kamu sağlığını, hayvanları ve bitkileri etkileyen salgın veya bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasını ve yayılmasını engellemek için ilgili devletler tarafından kabul edilen geçici tedbirlerin uygulanmasına engel teşkil edecek şekilde yorumlanamayacaktır.

UDTKS'nin Ekinde yer alan “Standartlar” başlıklı maddeler, uluslararası trafiği kolaylaştırmak amacıyla taraf devletlerin uygulaması gerekli olan önlemleri ifade etmektedir (UDTKS m.6). UDTKS'nin Ekinin⁸⁷ 2.20 – 2.27.maddelerinde, salgın hastalık sebebiyle acil tıbbi tedavi ihtiyacı bulunan yolcu ve mürettebatın karaya çıkartılması maksadıyla geminin limana uğraması halinde, gemideki hastalara acil tıbbî müdahale ve hastaların karaya çıkartılması belirli standartlara bağlanmıştır. Bu standartlardan liman uygulamalarına ilişkin olanları şunlardır:

• *“Liman yetkili idaresi, gemi yol üstünde iken tahliye mümkün değilse geminin öncelikli rıhtıma yanaşması sağlamak ile yükümlüdür(m.2.22);*

• *Liman yetkili idaresi, gemi mürettebatı ve yolcular için istemesi gerekli evrakın sunulmasında zaman kısıtlaması koymadan idarî işlemleri yapmakla yükümlendirilmiştir(m.2.23);*

• *Geminin limana varışıyla ilgili olan ve ayrıca hasta kişilere uygulanacak denetimlerden önce hasta kişilerin karaya çıkartılması; acil tıbbî müdahale ve kamu sağlığının korunmasına ilişkin tedbirleri uygulanması gerekliliği getirilmiştir(m.2.25, 2.27);*

• *Hasta kişilerin tedavi veya nihai nakil ya da ülkelerine iade masraflarıyla ilgili olarak garanti ve taahhütler verilinceye kadar acil tıbbi tedaviden kaçınılamaz veya ertelenemez hükmü ile devletin acil tıbbî tedaviden kaçınamayacağı teyit edilmiştir(m.2.26)”.*

B- EŞİT İŞLEM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1923 tarihli Deniz Limanlarının Uluslararası Rejimine İlişkin Sözleşme⁸⁸ nin 2.maddesinde, taraf devletlere ticarî amaçlarla kullanılan limanlarda karşılıklılık ve eşit işlem ilkelerine göre işlem yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Başka bir deyişle taraf devletler, diğer taraf devletlerin gemilerine, kendi gemilerine veya diğer herhangi bir

⁸⁶ Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-\(FAL\).aspx](http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-Facilitation-of-International-Maritime-Traffic-(FAL).aspx) (Çevrimiçi, e.t.: 17.05.2020).

⁸⁷ Sözleşmenin ekindeki değişiklikler Türkiye tarafından 17.01.2018 tarih ve 2018/11316 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır, RG.19.03.2018;30365.

⁸⁸ Sözleşme hakkında bilgi için bkz. “I-B” No.lu başlık.

devletin gemilerine uyguladığı işlemlerde eşit işlem yapmayı yükümlenmiştir.⁸⁹

Yabancı devletlere karşı eşit işlem ilkesi UDTKS'ye de yansımıştır. UDTKS'nin Ekinin 4.7.maddesinde⁹⁰ “*standart*” olarak resmî işlemleri kıyı devletinin kamu idaresinin ayrımcılık olmadan uygulamasının sağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. Böylece salgın durumunda kıyı devletinin bayrağını taşıyan gemiler ile diğer gemiler arasında veya uyruklarına göre denizciler arasında ayırım yapılamayacaktır.

IV- SALGIN KARŞISINDA LİMANLARDA UYGULANAN KISITLAMALARIN İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

UST 2005'in 3/1.maddesinde taraf devletlerin salgın karşısında alacakları önlemler kişilerin onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek uygulanacaktır. Salgın hastalık karşısında devletlerinin limanlarda uyguladığı sağlık önlemlerinin uluslararası insan hakları sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi de gereklidir. Bu bölümde özellikle Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁹¹(BMKSHS) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁹²(İHAS) kapsamında devletlerin aldıkları önlemlerin insan hakları sözleşmeleri açısından değerlendirilmesini amaçlamaktayız.

A- BMKSHS VE İHAS'IN LİMAN KISITLAMALARI SEBEBİYLE KIYI DEVLETLERİNE UYGULANMASI

BMKSHS'ye göre taraf devletler, BMKSHS'de tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı gösterme yükümlülüğü altındadır (m2/1). Aynı şekilde İHAS'a göre taraf devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin İHAS'ta düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını

⁸⁹ Özman, Deniz Hukuku-I, s.250-251; Kıyı devletlerinin gemilere karşı hukuki ve fiili ayırım yapamayacağına ilişkin ilke BMDHS'ye de yansımıştır. Bkz.: BMDHS m.24/1-b.

⁹⁰ UDTKS m.4.7: “Standart - kamu idarelerinin, sıhhi önlemlerin ve sağlıkla ilgili resmi işlemlerin derhal başlatılmasını, gecikme olmaksızın tamamlanmasını ve ayrımcılık olmadan uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.”

⁹¹ Türkiye 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun ile BMKSHS'yi onaylamıştır (RG 18.06.2003;25175). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> (Çevrimiçi, e.t: 16.05.2020).

⁹² Türkiye 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile İHAS'ı onaylamıştır. (RG.19.03.1954;8662). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Çevrimiçi, e.t: 16.05.2020).

sağlarlar (m.1). Her iki sözleşmenin de yer bakımından uygulanma alanını düzenleyen bu maddeleri kapsamında ülke dışında sözleşmeler uygulama kabiliyeti bulmayacaktır;⁹³ ancak ülke dışılık sadece siyasi sınırla belirlenmemiştir. Devletin fiili egemenlik yetkisini kullandığı herhangi bir yerde, taraf devlet sözleşmelerdeki hakları kişilere sağlamak ile yükümlü olacaktır.⁹⁴

Liman devletlerinin salgın karşısında aldığı önlemler devletlerin münhasır egemenlik yetkisini kullandıkları iç sular ve karasularında icra edilmektedir. Bu halde limanlara giriş yapan gemilerdeki yolcu ve mürettebata, liman devletleri BMKSHS’de ve İHAS’ta düzenlenen hak ve özgürlükleri güvence altına almakla ve bu hak ve özgürlüklere saygı göstermekle yükümlü olacaktırlar. Yer bakımından yetkinin yanı sıra devletler önlem alacakları yolcu ve mürettebata ayırım gözetmeksizin Sözleşmelerden kaynaklanan hak ve özgürlükleri tanımakla yükümlüdür.

B- SALGIN KARŞISINDA BMKSHS VE İHAS DÂHİLİNDE HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI

BMKSHS ve İHAS’ta düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi de sözleşmelerin içerisinde düzenlenmiştir. Düzenlenen hak ve özgürlüklerden bazılarının sınırlandırılması mümkünken bazılarının sınırlandırılması mümkün değildir. Bu haklar kamusal nitelikli olağanüstü durumlar gerçekleşse dahi sınırlandırılmayacak haklardır.⁹⁵ Sınırlandırılmayacak hakların BMKSHS’de İHAS’a nazaran daha geniş olarak düzenlendiği görülmektedir.⁹⁶ BMKSHS’nin 4/2.maddesinde sınırlandırılmayacak haklar, yaşam hakkı (m.6), işkence yasağı (m.7), köle ve kul olma yasağı (m.8/1-2), borç nedeniyle hapis yasağı (m.11), kanunsuz ceza olmaz ilkesi (m.15), kişi olarak tanınma hakkı (m.16), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.18) olarak sıralanmıştır. İHAS’ın 15/2.maddesinde sınırlandırılmayacak hakların yaşam hakkı (m.2), işkence yasağı(m.3), kulluk ve kölelik yasağı (m.4/1) ve kanunsuz ceza olmaz ilkesi (m.7) olduğu düzenlenmiştir.

Hak ve özgürlüklerin, BMKSHS ve İHAS’ta, sınırlandırılmasının ilk hali olağanüstü hallerin varlığı durumudur. Olağanüstü haller sözleşmede, savaş veya ulusun varlığını (yaşamını) tehdit eden başka bir genel tehlike olarak tanımlanmıştır (BMKSHS m.4/1⁹⁷; İHAS m.15/1⁹⁸).

⁹³ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 7. Bası, s.70.

⁹⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.70.

⁹⁵ Shaw, s.208.

⁹⁶ Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss.85-86.

⁹⁷ BMKSHS’nin m.4/1: “Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan

Avrupa İnsan Haklar Mahkemesinin *A ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında*⁹⁹ güvenlik, sağlık ve kamu düzeninin sağlanmasında sözleşmenin izin verdiği olağan ve normal tedbir veya sınırlamaların yetersiz kalması halinde olağanüstü durumun varlığı kabul edilmiştir.¹⁰⁰ Salgın hastalık karşısında devletlerin olağan ve normal tedbir veya sınırlamalarının yetersiz kalması halinde olağanüstü bir durumun varlığı kabul edilecektir. Olağanüstü durumun varlığı halinde devletlerin belirli şartlar altında hak ve özgürlükleri sınırlandırabilecekleri (askıya alınabilecekleri) belirtilmiştir. Sınırlandırmanın şartları sözleşmelerde şu şekilde belirtmiştir:

- Durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde sınırlamanın yapılması (BMKSHS m.4/1; İHAS m.15/1),
- Uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülükler ters düşülmemesi, (BMKSHS m.4/1; İHAS m.15/1),
- Irk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi, (BMKSHS m.4/1).

Taraf devletler salgın hastalığın sözleşmeler kapsamında olağanüstü durum olması halinde devletler hukuki şartları bağlı kalarak sınırlandırılacak hak ve özgürlükleri askıya alabileceklerdir. Hak ve özgürlükleri olağanüstü durumların varlığı sebebiyle askıya alan devletler, hak ve özgürlüklere aykırı aldığı tedbirleri bildirim yükümlülüğüne de tabidir. BMKSHS m.4/3'e göre hak ve özgürlükleri sınırlandıran tedbir alan devlet sınırlandırmayı gerektiren sebep hakkında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla sözleşmeye taraf diğer devletleri derhal bilgilendirir.¹⁰¹ Ayrıca bu bildirim kapsamında sınırlandırmanın sona erme tarihi de iletilir. Buna benzer bir hüküm İHAS m.15/3'te yer almaktadır. İHAS kapsamındaki bu bildirim Avrupa Konseyi Genel Sekreterine yapılmaktadır.¹⁰²

doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki azaltma yapan tedbirler olabilir.”

⁹⁸ İHAS m.15/1: “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülükler ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülükler aykırı tedbirler olabilir.”

⁹⁹ 19.02.2009-3455/05; kararın Türkçe metni için bkz. http://www.madde14.org/index.php?title=A_ve_Di%C4%9Ferleri/_Birle%C5%9Fik_Krall%C4%B1k (Çevrimiçi, e.t.: 23.05.2020).

¹⁰⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.721.

¹⁰¹ BMKSHS'nin 4/1.maddesinde, İHAS m.15'den farklı olarak olağanüstü durumun varlığı sebebiyle devletlerin hak ve özgürlükleri sınırlandırabilmeleri için bu durumu resmi yollarla ayrıca ilan etmesi gerektiği şartı da getirilmiştir.

¹⁰² İHAS m.15/3: “Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.”; İHAS'ın 15.maddesi kapsamında hak

BMKSHS ve İHAS'ta hak ve özgürlüklerin belirli hukuki şartlar dâhilinde olağan dönemlerde de devletlerce sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Sözleşmelerde olağan dönemde hak ve özgürlüklerin sınırlandırmanın şartlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Sınırlama mutlaka kanun(yasa) düzenlemesi ile yapılmalıdır.
- Sınırlama sadece sözleşmede belirtilen meşru amaçlara ulaşmak için yapılmalıdır.
- Sınırlama demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır.
- Son olarak bu gereklilik temelinde yapılan müdahalenin de orantılı olması şarttır.¹⁰³

Salgın hastalıklara karşı olağan dönemlerde devletlerin kamu sağlığı gerekçesiyle yasal önlemler aldıkları görülmektedir. Sözleşmelerde düzenlenen, “*yerleşme ve seyahat özgürlüğü*” (BMKSHS m.12; İHAS Ek Protokol 4), “*din ve vicdan özgürlüğü*” (BMKSHS m.18; İHAS m.9), “*ifade özgürlüğü*” (BMKSHS m.10; İHAS m.10), “*toplanma özgürlüğü*” (BMKSHS m.21; İHAS m.11), “*dernek kurma özgürlüğü*” (BMKSHS m.22; İHAS m.11), “*özel ve aile hayatının korunması özgürlüğü*” (İHAS m.8), kamu sağlığı¹⁰⁴ gerekçesiyle sınırlandırılabilir.

Ülkemizde, salgın hastalıklara karşı 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁰⁵ kapsamında düzenlemelerin yapıldığı; hak ve özgürlüklere bu yasa ile bazı sınırlandırmalar getirildiği görülmektedir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 49/1.maddesi dâhilinde Türkiye limanlarına salgın hastalıkların girmesine mani olmak üzere alınabilecek tedbirler şu şekilde sıralanmıştır:

- Gemilerin tıbbî muayenesi,
- Bulaşık olduğundan şüphe edilen yolcuların nezaret altında bulundurulması veya tecridi,
- Hastaların tahaffuzhane¹⁰⁶ veya sâri (salgın) hastalıklar hastanelerinde iyileşinceye kadar tedavi ve etrafı için tehlikeleri kalkana kadar tecridi,
- Gemilerin ve sıhhat memurlarının görecekları lüzum üzerine temizlenebilir olan ticaret eşyasıyla, kişisel eşyanın ve gemi eşyasının fenni temizliği,
- Hastalık bulaştırabilecek olan haşeratın ve hayvanların itlafı,
- Yolcu ve mürettebata aşı veya serum uygulanması.

ve özgürlükleri askıya alma hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf (Çevrimiçi, e.t.: 23.05.2020).

¹⁰³ Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar - 2. Cilt*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.11-19; Kalabalık, s.87-102.

¹⁰⁴ Sınırlandırma sebebi olarak kamu sağlığı hakkında bkz. Kalabalık, s.96.

¹⁰⁵ RG.06.05.1930;1489

¹⁰⁶ “Sefer sırasında, yolcu ve çalışanların arasında bulaşıcı hastalık görülen gemilerin karantina sürelerini geçirmeleri, gerekli sağlık önlemlerinin alınması ve hastaların iyileştirilmeleri için büyük limanlara yakın kıyılara kurulmuş sağlık kuruluşu”, Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/> (Çevrimiçi, e.t.: 23.05.2020).

Kanuna göre bu tedbirlerin uygulanabilmesi ve gemilerin lazım olduğu müddetçe limanlarda tutulması için hudut ve sağlık memurları yetkili kılınmıştır (m.49/2). Kanununun 49.maddesi kapsamındaki tedbirler görüleceği üzere sözleşmelerde belirtilmiş olan bazı hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktadır. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere kıyı devletleri salgın hastalık bulgusu olan gemilere karşı limanı kapatma, yolcu veya mürettebata tıbbi yardımda bulunmama, bunların karaya çıkmalarını engelleme, başka limana gönderme davranışları göstermişlerdir. Bu eylemlerin BMKSHS ve İHAS kapsamında değerlendirilmesi de ayrıca gereklidir.

Kıyı devletinin salgın hastalık tehlikesi içerisindeki gemilere, uluslararası yükümlülüklerle aykırı bir biçimde limanı kapatması, gemideki yolcu ve mürettebat karaya çıkarmaması veya hastalığa yakalanmış olanları tedavi etmekten imtina etmesi bireylerin yaşama hakkı ile doğrudan ilgilidir. Yaşam hakkı BMKSHS'nin 6/1.maddesinde¹⁰⁷ ve İHAS'ın 2/1.maddesinde¹⁰⁸ düzenlenmiştir. Her iki sözleşmede de sınırlandırılmayacak (askıya alınamayacak) haklardan birisi de yaşam hakkıdır.¹⁰⁹ Yaşam hakkı devlete, bireyi öldürmeme, yaşamı koruma ve ölümü soruşturma yükümlülüğü yüklemektedir.¹¹⁰ Bireyin yaşamını koruma yükümlülüğü dâhilinde kıyı devletlerinin egemenlik alanı içinde bulunan bireylerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlülüğe de bulunmaktadır. Kıyı devletlerinin salgın karşısında uluslararası hukuktan kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü ihlal etmesi, gemide bulunan yolcu ve mürettebatın yaşam hakkının ihlali anlamına geleceği açıktır. Örneğin UST 2005'in 28/1.maddesi hükmü kapsamında taraf olan kıyı devletlerine salgın sebebiyle bir geminin limana uğramasını engellememe yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak limanın ilgili salgın hastalığa karşı gerekli sağlık ekipmanı ile donatılmamış olması halinde kıyı devleti gemiyi en yakın ve uygun giriş noktasına yönlendirmelidir. Uluslararası hukuktan kaynaklanan bu pozitif yükümlülüğün ihlali ile gemideki yolcu veya mürettebatın ölümüne sebebiyet vermek, yaşam hakkının ihlali anlamına gelecektir.

BMKSHS'de ve İHAS'ta sayılan ve sınırlandırılmayacak (askıya alınamayacak) haklardan birisi de "*işkence ve kötü muamele yasağı*"dır

¹⁰⁷ BMKSHS m.6/1: "Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz"; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25.maddesinde de yaşam hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "Herkesin kendinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir."

¹⁰⁸ İHAS m.2: "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez".

¹⁰⁹ Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, 2.bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.9.

¹¹⁰ Doğru/Nalbant, 1.Cilt, s.9.

(BMKSHS m.7; İHAS m.3). Bu yasak ile devlete bireye karşı, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye veya cezaya maruz bırakılmama yükümlülüğü yükletilmiştir. BMKSHS'nin 7.maddesinde ayrıca, bireyin serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamayacağı da düzenlenmiştir. Kıyı devletinin salgın karşısında alacağı tedbirlerin, UST 2005'in 3.maddesi uyarınca bireyleri onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklerine uygun olması gereklidir.

Salgın karşısında uygulanan tecrit (karantina) tedbiri “*özgürlük ve güvenlik hakkı*” kapsamında incelenebilir (BMKSHS m.9; İHAS m.5). İHAS'ta “*özgürlük ve güvenlik hakkı*”nın bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir (İHAS m.5/1-e). Salgını engellemek amacıyla hastalıkları taşıyanların tutulması tedbirinin uygulanmasının hukukiliğinin tespiti konusunda AİHM, *Enhorn-İsveç kararında*¹¹¹ bazı temel kriterler belirlemiştir. Mahkemeye göre öncelikle bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı açısından bir tehlike oluşturup oluşturmadığının tespiti yapılmalı ve daha hafif tedbirler ile hastalığın yayılmasının önlenmesi sağlanamıyorsa son çare olarak hastalık taşıyan kişinin tutulması tedbiri uygulanmalıdır.¹¹²

Özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı İHAS'ın 8/1.maddesinde düzenlenmiştir.¹¹³ Bu düzenleme ile özel yaşam, aile hayatı, konuta ve haberleşmeye saygı yükümlülüğü devlete yüklenmiştir. Saygı yükümlülüğü devlete bu haklara dokunmama, koruma ve ihlal edildiğinde soruşturma yükümlülüklerini kapsar.¹¹⁴ İHAS'ın 8/2.maddesinde ise devletin bu hak ve özgürlükleri sınırlandırabilceği düzenlenmiştir.¹¹⁵ Bu hüküm uyarınca salgın karşısında devlet sağlığın korunması gerekçesi ile bu hak ve özgürlüğü belirli şartlar altında sınırlandırabilecektir.¹¹⁶

İHAS'ın 8.maddesi çerçevesinde özel yaşamın korunması düzenlemesi, bireyin maddi, manevi bütünlüğü ile kişisel gelişim hakkını güvence altına almayı amaçlamaktadır.¹¹⁷ Salgın döneminde devletin UST 2005'in 23.maddesine göre alacağı halk sağlığına ilişkin

¹¹¹ Enhorn / İsveç, Başvuru No: 56529/00, 25 Ocak 2005, ss. 36-56.

¹¹² Doğru/Nalbant, 1.Cilt, s.391; ayrıca bkz. Karakul, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2016, ss.186-187.

¹¹³ Aynı şekilde BMKSHS'de Mahremiyet hakkı başlığı altında “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.” düzenlenmiştir (m.17).

¹¹⁴ Doğru/Nalbant, 2.Cilt, s.1.

¹¹⁵ İHAS m.8/2: “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

¹¹⁶ Genel sınırlandırma sebepleri için bkz. “IV-B” No.lu başlık.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.362; Doğru/Nalbant, 2.Cilt, a.g.e, s.1.

önlemler veya ilave önlemler çerçevesinde yolculara yapılacak tıbbi muayene, aşılama, hastalıktan koruma yöntemi veya diğer sağlık önlemleri alınırken kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gereklidir. Aydınlatılmış rızası alınmadan UST 2005'in 23.maddesindeki tedbirin bireye uygulanması bireyin özel yaşamına saygı hakkına müdahale oluşturabilecektir.¹¹⁸ UST 2005'in 23.maddesinde tedbir uygulanacak bireylerin tedbire karşı verecekleri rızada düzenlenmiştir.¹¹⁹

İHAS'ın 8.maddesi kapsamında bireylerin kişisel verileri de özel yaşamın bir parçasını oluşturmaktadır.¹²⁰ Salgın karşısında taraf devletlerin alacakları tedbirler kapsamında bireylere ilişkin elde edilmiş kişisel verilerin işlenmesi UST 2005'in 45.maddesinde düzenlenmiştir.¹²¹ Bu hükme göre, bir taraf devlet tarafından, diğer taraf Devletten veya DSÖ'den kimliği saptanan veya kimliği saptanabilir bir kişiye ilişkin olarak derlenen veya bunlardan alınan sağlık bilgileri, gizli tutulacak ve ulusal yasalar uyarınca kimlik belirtilmeksizin işlem görecektir. Ancak, bir halk sağlığı riski karşısında riskin değerlendirilip; kontrol edilmesi gereken durumlarda, taraf devletler kişisel verileri açıklayabilir, işleme tabi tutabilir. Ayrıca UST 2005'in 45/2.maddesi gereği taraf devletler ve DSÖ'nün kişisel verileri bazı hukuki güvenceler içerisinde işlemesi gerekmektedir: Buna göre taraf devletler ve DSÖ, *"(a) tarafsız bir şekilde ve yasalara uygun olarak işlem gördüklerini ve bu amaçla bağdaşmayan daha ileri bir işleme tabi tutulmadığını; (b) bu amaçla ilgili olarak yeterli, maksada uygun olduğunu ve aşırıya kaçmadığını; (c) doğru olduğunu ve gerektiğinde güncellendiğini; doğru ve tam olmayan verilerin silinmesi veya düzeltilmesini sağlamak için her türlü makul adımın atılması gerektiğini ve (d) gerektiğinden daha uzun saklanmamış olduğunu"*, temin etmek zorundadırlar. Ayrıca UST 2005'in 45/3.maddesine göre DSÖ, uygulanabildiği ölçüde, bireye, talep üzerine, sözü edilen kişisel verilerini kolayca anlaşılabilir bir formatta, yersiz gecikme veya masrafa yol açmadan ve şayet gerekirse düzeltilmesine imkân verecek şekilde temin etmekle yükümlüdür. Bu düzenlemeler çerçevesinde, devletin salgın karşısında aldığı tedbirlere ilişkin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmesi ayrıca bireyin İHAS m.8'te düzenlenen özel yaşamının korunması hakkını ihlal edildiği anlamına gelebilecektir.

¹¹⁸ Doğru/Nalbant, 2.Cilt, s.3: "Öte yandan tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmaması özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturabilir. Mahkemeye göre bireylerin maddi ve manevi bütünlükleri, kendilerine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılmaları ve bu konuda kendilerinin rızalarının alınması ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini değerlendirebilmeleri için gerekli bilgiyi edinmeleri, Sözleşmenin 8.maddesinin kapsamına girer (Besen – Türkiye [k.k.], no.48915/09, 43, 44)."

¹¹⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. "II-A-2-a" No.lu başlık.

¹²⁰ Doğru/Nalbant, 2.Cilt, s.6.

¹²¹ Konu hakkında bkz. Avrupa Konseyi 108 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireyin Korunması Sözleşmesi; Sözleşme hakkında bilgi için ayrıca bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4183/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Alaninda-Uluslararası-ve-Ulusal-Düzenlemeler> (Çevrimiçi, e.t:30.05.2020).

Seyahat özgürlüğü, BMKSHS'in 12.maddesinde ve İHAS'ın Ek-4 Protokolünün 2.maddesinde düzenlenmiştir. Seyahat özgürlüğünün genel sağlık sebebiyle sınırlandırılabilirliğini de bu sözleşmelerde belirtilmiştir.¹²² Kıyı devletlerinin salgın karşısında alacakları önlemler kapsamında yolcu ve mürettebatın seyahat özgürlüklerini sınırlandırabilecekleri bahse konu sözleşmeler kapsamında belirtilmiş hukukî şartlar çerçevesinde mümkün olacaktır.

Kıyı devletlerinin salgın karşısında uyguladıkları tedbirlerin sözleşmeler kapsamında tanınan diğer hak ve özgürlüklere göre değerlendirilmesi mümkündür. Kıyı devletinin eylemlerinin sözleşmelere aykırı olması halinde, sözleşmelerde sağlanan uluslararası yollara başvuru için ön şart kıyı devletinin iç hukukunun tüketilmesidir. Diğer bir ifade ile hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden yolcu veya mürettebatın sözleşmede öngörülmuş uluslararası denetim mekanizmasına başvurabilmesi için öncelikle tedbiri uygulayan kıyı devletinin iç hukuk yollarına başvurması ve tüketmesi zorunludur.¹²³

SONUÇ

Gemilerin uğramasına ve barınmasına uygun olan, doğal olarak oluşmuş ya da insan marifetiyle inşa edilen limanlar, BMDHS hükümleri çerçevesinde kıyı devletlerinin iç sularına dâhildir. Bu halde devletlerin limanlar üzerinde tam bir egemenliğinin bulunduğu; bu alana yabancı devlet tabiiyetindeki gemilerin giriş ve çıkışlarının kıyı devleti tarafından düzenlenebileceği ve limanların kıyı devletlerince kapatılabileceğini ilke olarak kabul edilmektedir. Ancak uluslararası hukuk uygulamasında devletler ticari gemilere uluslararası antlaşmalarla ve karşılıklılık ilkesi kapsamında limanlarını olağan dönemlerde açmaktadırlar. Deniz taşımacılığının uluslararası önemi devletlerin, deniz ticaretinin önündeki engellerin kaldırılması yükümlülüğünü çok taraflı antlaşmalarla devletlere yüklediği de görülmektedir.

¹²² BMKSHS m.12/3: "Yukarıda belirtilen haklar, bu Sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni (ordre public), genel sağlık veya genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli sebepler ile hukuken öngörülmuş sınırlamalar dışında hiç bir sınırlamaya tabi tutulamaz."; İHAS Ek 4. Protokol m.2: "Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş sınırlamalara tabi tutulabilir."

¹²³ BMKSHS'ye Ek İhtiyari Protokolünün 2.maddesine göre "1. maddenin hükümlerine tabi olarak, Sözleşmede belirtilen haklarından birinin ihlal edildiği iddiasında bulunan ve bütün iç hukuk yollarını tüketen bireyler, inceleme yapması için Komiteye yazılı şikâyetle bulunabilirler." (Türkiye Protokolü, 29.06.2006 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır. RG. 05.08.2006;26250.); İHAS m.35/1.maddesine göre, "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".

Devletlerin egemenlik yetkilerini Koronavirüs (Covid – 19) salgını (pandemi) sebebiyle limanları tamamen kapatması veya limanlarda uyguladığı aşırı kısıtlayıcı işlemlerin uluslararası hukuk tarafından devletlere yüklenen yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmektedir. Şöyle ki, salgın dönemleri için uluslararası hukukta kıyı devletlerinin limandaki uygulamaları için ilk önemli düzenleme UST 2005'tir. UST 2005 salgın dönemlerinde, devletlerin uluslararası trafik ve ticarete gereksiz müdahaleden kaçınmalarını temel ilke olarak ortaya koyarken; bir taraftan da halk sağlığı açısından ortaya çıkacak risk ile orantılı ve sınırlı olarak gerekli sağlık tedbirlerini alınmasını devletlere yüklemektedir. Diğer bir ifade ile UST 2005, salgın dönemlerinde, uluslararası deniz ticareti ile alınacak tedbirler arasında bir denge oluşturmayı hedeflemiştir. Bu kapsamda salgına karşı alınacak tedbirler için bir dizi temel esas belirlemiştir. Bunlardan önemle vurgulanması gerekenler özetle şunlardır:

- Devletlerce alınacak sağlık tedbirler bireylerin onuruna, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilerek uygulanması gereklidir (UST 2005 m.3/1);

- Devletler halk sağlığı amacıyla gemilerin varış veya kalkışında yolculara ve yüke ilişkin bazı bilgileri talep edebilme veya aydınlatılmış rızalarını alarak yolcu ve mürettebata bazı girişimsel olmayan (*non-invaziv*) tıbbi muayeneleri yapabilme yetkisine sahiptir (UST 2005 m.23/1);

- Ancak bir halk sağlığı riski ile karşılaşırca, devlet aydınlatılmış rıza alarak girişimsel (*invaziv*) tıbbi muayene, aşılama, hastalıktan koruma yöntemi veya diğer sağlık tedbirleri gibi daha güçlü ilave tedbirler alabilecektir (UST 2005 m.23/2);

- Yolcu ilgili tedbirlere rıza vermezse, ulusal mevzuatına uygun olarak ve böyle bir riskin kontrol edebilmesini gerektiği ölçüde, yolcuyu bazı işlemlere (tecrit, karantinaya gibi) zorlayabilir veya bu işlemlerden geçmesi için tavsiyede bulunabilir (UST 2005 m.31/2). UST 2005'in 31/2.maddesine göre, şayet yolcu taraf devletçe talep edilen tıbbi muayene, aşılama ya da hastalıktan diğer korunma yöntemlerinin uygulanmasına razı olmuyor veya bu önlemlere ilişkin talep edilen bilgi ve belgeleri vermeyi reddediyorsa, devlet yolcunun ülkeye girişine engel olabilecektir.

- UST 2005'e göre ayrıca kıyı devleti hastalığın yayılmasını engellemek üzere, gerekirse, taşıtın tecridini de içeren ilave sağlık tedbirleri uygulayabilecektir. Salgın hastalık sebebiyle bir geminin liman giriş noktasına uğraması engellenemeyecektir. Ancak limanın ilgili salgın hastalığa karşı gerekli sağlık ekipmanı ile donatılmamış olması halinde kıyı devleti gemiyi en yakın uygun giriş noktasına yönlendirebilecektir. Ayrıca, gemilerin serbest pratikası (limana girişi) reddedilemeyecek ve gemiden yolcu indirme ve bindirme, yük ve ambar yükleme ve boşaltma veya yakıt, su, yiyecek ve malzeme ikmalinden alıkonmayacaktır (UST 2005 m.28).

• Devletlerin ilave sağlık önlemi veya DSÖ'nün tavsiye kararlarından daha büyük önlemleri uygulayıp uygulamama kararlarını, bilimsel ilkelere, insan sağlığına yönelik bir riske ilişkin mevcut bilimsel kanıtı veya bu kanıtın yetersiz olması durumunda, DSÖ ve diğer ilgili hükümetler arası örgütler ve uluslararası organlardan sağlanan bilgiler dâhil olmak üzere mevcut bilgilere, DSÖ tarafından sağlanan herhangi bir mevcut belirli rehberlik veya tavsiyelerine dayandırmaları gerekli kılınmıştır (UST 2005 m.43/2).

UST 2005 dışında salgın karşısında denizde yardım yükümlülüğünün, bir uluslararası örf ve adet kuralı olmasının yanı sıra bu kuralı somutlaştıran birçok uluslararası antlaşma da bulunmaktadır. Salgın ile ilgili olarak dikkati çeken uluslararası antlaşma, UDTKS'dir. Bu Sözleşmenin hükümleri çerçevesinde salgın hastalık sebebiyle acil tıbbi tedavi ihtiyacı bulunan yolcu ve mürettebatın karaya çıkartılması amacıyla geminin limana uğraması halinde, gemideki hastalara acil tıbbi müdahale ve hastaların karaya çıkartılması belirli standartlara bağlandığı (UDKTS Eki m 2.20 – 2.27); ayrıca salgın durumunda kıyı devletinin bayrağını taşıyan gemiler ile diğer gemiler arasında veya uyruklarına göre denizciler arasında ayırım yapamayacağı (UDKTS Eki m.4.7) düzenlenmiştir.

Koronavirüs (Covid – 19) salgını karşısında devletlerin limanlar üzerindeki egemenlik yetkilerinin uluslararası hukukun belirlediği sınırlar kapsamında uygulanması gerekmektedir. Bu sınırlara aykırı yapılacak işlem ve eylemlerinde bazı insan hakları ihlallerine vücut vermesi kaçınılmaz olmaktadır. Salgın döneminde kıyı devletlerinin işbirliği içerisinde davranmaları, uluslararası ticareti ve insan haklarını en az etkileyecek nitelikteki liman kısıtlamalarına başvurmaları, uluslararası hukukun çizdiği dengeli çözüm yolunun bir gereğidir.

KAYNAKÇA

Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.

Azarkan, Ezeli, *Uluslararası Sağlık Hukuku ve Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Baykal, Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Yay., İstanbul, 1998.

Bozkurt, Enver/ Poyraz, Yasin/ Selsen, Erdal *Devletler Hukuku*, 10.Baskı, Legem Yay., Ankara, 2018.

Canca, Hakan Selim, *Devletlerin Gemilere Müdahale Yetki ve Yükümlülükleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Doğan, Cahid, "Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Girne Amerikan Üniversitesi- KKTC Sağlık Bakanlığı- KKTC Baro- KKTC Tabipler Birliği Sağlık Hukuku Sempozyumu (2-3 Mart 2009), Girne- Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.119-219.

Doğru, Osman/ Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar - 1.Cilt*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Doğru, Osman/ Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar - 2, Cilt, 2.bası*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ertuğrul, Ümmühan, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S., 2017, ss.41-71.

Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Karan, Hakan, "Kıbrıs Ekseninde Uluslararası Deniz Hukuku Bakımından Ticaret Gemilerinin Yabancı Limanlara Uğraması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2010, ss.52-68

Kızılsümer Özer, Deniz, "Denizden Gelen Sığınmacılar ve Uluslararası Hukuk", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C.3, S.10, 2007, ss.75-95.

Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, 4.Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2014.

Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş - Cilt 1*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1968.

Miron, Alina, "Port Denials and Restrictions in Times of Pandemic: Did International Law Lose its North Star?", *EJIL: Talk!*, (22.04.2020), < <https://www.ejiltalk.org/port-denials-and-restrictions-in-times-of-pandemic-did-international-law-lose-its-north/> > (Çevrimiçi, e.t.:06.05.2020).

Uslu, Ferhat/ Özdemir, Ali, "Yaşama Hakkı Bağlamında Denizlerde "Geri Gönderilmeme (Non-Refoulement) İlkesi", *Ombudsman Akademik Dergisi*, S.6, 2017, ss.49-78.

Özman, M. Aydoğan, *Deniz Hukuku –I*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2006.

Özman, M. Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984.

Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri - 2. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Samancı, Uğur, "Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S.18, 2016, ss.113-169.

Karakul, Selman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı-I", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, 2016, ss.186-187.

Shaw, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, Çev. Ed. İbrahim Kaya, Tüba Yayınları, Ankara, 2018.

Simons, Clive R., *Historic Waters in The Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers 2008.

Sur, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yay., İstanbul 2019.

Tanaka, Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012.

Tekin Apaydın, Deniz, "Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmecesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.25, S.2, 2019, ss.524-548.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, R. Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 7. Bası.

COVID -19 SALGINININ KİRA VE ESER SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluating the Effects of the COVID -19 Outbreak on Lease Contracts and Contracts of Work

Av. Aslı ETAN*
İrem MELENGİÇ**

Özet: Borçlar hukukunun temel odağını, taraflara yüklenen edimlerin ifası oluşturur. Bazen taraflara yüklenemeyen sebeplerden ötürü bu edimlerin ifa edilmesi mümkün olmayabilir. Bu sebepler, sözleşme kurulmadan önce ortaya çıkabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da ortaya çıkabilir. Bu makalede; sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve borçluya yüklenemeyecek olan sebepler yüzünden sözleşmeye konu edimin ifa edilememesi üzerinde durulacaktır. İçinde bulunduğumuz bu olağanüstü dönemde mücbir sebep olarak adlandırılacak COVID -19 salgınının sözleşmeler hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple işbu makalede TBK m. 136-137 uyarınca; borçluya yüklenemeyen sonraki imkansızlık ve geçici imkansızlık hallerini de kapsayacak şekilde, imkansızlık hükümlerinin ve TBK m. 138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü hükümlerinin üzerinde durulacaktır. Kira ve eser sözleşmeleri açısından doğacak sonuçlar ayrıca tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: COVID-19, mücbir sebep, imkansızlık, aşırı ifa güçlüğü, borçluya yüklenemeyen sonraki imkansızlık, geçici imkansızlık

Abstract: The focus of the law of obligations is based on the due performance of the obligations assumed by the respective parties. Sometimes such performance may become impossible due to a cause that cannot be attributed to the parties. These causes may occur before the conclusion, as well as after the conclusion of the contract. In this article, non performance of the obligation due to causes that occurred after the conclusion of the contract and that are not attributable to the debtor, will be accentuated. In this extraordinary era, the COVID -19 outbreak that is considered as *force majeure*, shall be evaluated in terms of contracts law. Hence, impossibility provisions in accordance with art. 136-137 Turkish Code of Obligations, including subsequent impossibility that cannot be attributed the debtor and temporary impossibility as well as hardship regulated in art. 138 TCO, will be emphasized in this article. The consequences in terms of lease contracts and contracts of work will also be discussed.

Keywords: COVID-19, force majeure, impossibility, hardship, subsequent impossibility that cannot be attributed the debtor, temporary impossibility

* İstanbul Barosu, aslii.etan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2964-2758

** Stajer Avukat, iremmelengic@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4475-0666

Makale Geliş Tarihi: 30/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 02/07/2020

I- COVID -19 (CORONAVİRÜS) SALGINI VE HUKUKİ MAHİYETİ

İlk kez Aralık 2019'da Çin'in Vuhan kentinde görülen, yeni bir tür Corona virüsünün sebep olduğu COVID -19 olarak adlandırılan ve solunum yolu ile bulaşan hastalığın her gün, binlerce insanı daha etkilemesi sebebiyle Dünya Sağlık Örgütü tarafından "Uluslararası Kamu Sağlığı Acil Durumu" ilan edilmiştir. Her geçen gün enfekte olan vaka sayısıyla birlikte maalesef hayatını kaybedenlerin sayısı da artmaktadır. Bunun sonucu olarak hem ülkemiz hem dünyada sınırların kapatılması ve uçak seferlerinin durdurulmasının yanı sıra birçok adli, idari ve teknik tedbir alınmış ve alınmaya da devam etmektedir. Şüphe yoktur ki çoğu sektörün faaliyetleri durma noktasına gelmiş, üç yüz bine yakın işyerinde üç milyonu aşkın çalışan için kısa çalışma ödeneği başvurusunda bulunulmuş¹, global olarak ekonomik sıkıntılar doğmaya başlamıştır. Bu sebeple ticari hayatın aktörlerinin taraf olduğu sözleşmelerin bu husustan nasıl etkileneceğinin saptanması önem arz etmektedir.

Hukukumuzda mücbir sebep (*force majeure, höhere Gewalt*) tanımı ve hükümleri kanunda açıkça düzenlenmemiş olup bu konu Yargıtay içtihatları ve doktrinel tartışmalar ile birlikte kendine bir yer edinmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında mücbir sebebi şu şekilde tanımlamıştır: "...Doktrinde mücbir sebep; genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan öngörülemez, karşı konulamaz ve dışarıdan gelen olağanüstü bir olay olarak tanımlanır. Mücbir sebep çoğunlukla yıldırım düşmesi, kasırga, deprem, sel gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir... Mücbir sebep borçlu veya sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışarıdan gelen bir olay iken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir. Mücbir sebepte öngörülemezlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir..."² Buna göre olağanüstü bir durumun mücbir sebep olması için:

- Hukuki ilişkinin kurulduğu tarihte kendisi ya da sonuçları öngörülemeyen,
- Tarafların kontrol alanının dışında gerçekleşmiş olan ve
- Tarafların kaçınmadıkları bir sebebin var olması,
- Bu sebebin ifa edilemezlik sonucunu doğurması ve
- İfa edilememe ile sebep arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

¹ 27.04.2020 tarihi itibarı ile

² YHGK, E. 2012/10-1141 K. 2013/282, T. 27.02.2013 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 27.04.2020)

İlgili içtihatlarda mücbir sebep halleri *numerus clausus* olarak sayılmamış olup mücbir sebebin mevcut olup olmadığının her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte pek çok Yargıtay kararında salgın hastalık hali mücbir sebep olarak değerlendirilmiştir: “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır.”³

Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11.03.2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilmesiyle birlikte COVID -19'un bir salgın hastalık olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde sabit olmuştur. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda da bu salgın hastalığın doğurduğu etkilerin mücbir sebep teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir.

II- İMKÂNSIZLIK VE AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

İmkânsızlık ve aşırı ifa güçlüğü'nün anlatımına geçmeden önce belirtilmelidir ki, mücbir sebep veya ifayı zorlaştıran sebepler vuku bulduğunda taraflar arasında oluşacak uyuşmazlığın çözümü için öncelikle taraflar arasındaki ilgili sözleşme hükümlerine başvurulmalı; sayet taraflar arasında bu hali düzenleyen bir hüküm yoksa veya var olan hüküm aradaki uyuşmazlığı çözmek için yeterli değilse bu sefer Türk Borçlar Kanunundaki ilgili hükümlere başvurulmalıdır.

Türk hukukunda, kısaca sözleşmeyle üstlenilmiş yükümlülüklerle bağlılık olarak tanımlanabilecek olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin kanunen düzenlenmiş iki istisnası mevcut olup bunlar aşırı ifa güçlüğü ve imkânsızlık halleridir. TBK m.136 vd. imkânsızlık halini ve sonuçlarını düzenlerken, TBK m. 138 aşırı ifa güçlüğü halini ve sonuçlarını düzenlemektedir.

İmkânsızlık başlığı aşağıda detayları ile ele alınacak olup burada kısaca değinmek gerekirse imkânsızlık kavramının kökeni Roma Hukuku'ndan gelen *impossibilium nulla obligatio* yani “imkansızlık borç doğurmaz” prensibine dayanmaktadır⁴. TBK m. 136/1 sonraki imkansızlık için genel kuralı belirtmiş ama bir tanım yapmamıştır. TBK m. 136/1'e göre, “borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşursa, borç sona erer”. İmkânsızlığın tanımı için ise doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. İmkânsızlığı, edimin içeriği değişmeksizin borçlunun etkinliği ile aynen gerçekleştirilmesinin sürekli şekilde mümkün olmaması şeklinde tanımlayan bir görüş⁵ mevcutken; bir diğer

³ YHGK, E. 2017/11-90 K. 2018/1259 T. 27.6.2018 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 27.04.2020), Yarg. 9. HD., E. 2016/14140 K. 2018/21011 T. 20.11.2018 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 27.04.2020)

⁴ Delipınar, Yusuf Can, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkânsızlık Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 1, 2015, s. 176

⁵ Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 14, N.2, s. 163

görüŖüŖe⁶ göre imkansızlık borçlanılan edimin baŖtan itibaren geçerli olarak doğmasını veya sonradan borçlu ya da diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, maddi veya hukuki engeller Ŗeklinde tanımlamaktadır.⁷

Türk Borçlar Kanunu m. 136'nın ikinci ve üçüncü fıkralarındaysa, imkansızlığa iliŖkin özel haller düzenlenmiŖtir: *“KarŖılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karŖı taraftan almıŖ olduğu edimi sebepsiz zenginleŖme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiŖ olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiŖ olduğu durumlar, bu hükmün dıŖındadır.*

Borçlu ifanın imkânsızlaŖtıđını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”

Buna göre borcun doğmasından sonra ifanın elde edilemez hale gelmesiyle imkansızlıktan söz edilir. Edimin ifa edilemez hale gelmesinin sebebi doğal bir olay olabileceği gibi, bir kiŖinin fiilinden doğması da mümkündür. Ayrıca bu sebep maddi mahiyetli olabileceği gibi hukuki bir mahiyete de sahip olabilir.⁸ Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere edimin imkansız hale gelmesiyle birlikte borç sona erecektir. Edimin ifa edilememesine neden olan imkansızlık halinin borçludan kaynaklanıp kaynaklanmadığı, bir diğer deyiŖle borçlunun sorumluluğunun olup olmadığının ispatı kanun koyucu tarafından borçlunun kendisine yükletilmiŖ olup, borçlu imkansızlığı ispatlayabildiği ölçüde sorumluluktan kurtulacaktır.

Daha sonra üzerinde tekrar durulacak olan aŖırı ifa güçlüğünde ise durum farklıdır. Bir borcun ifası imkansızlaŖmamıŖ olmakla beraber, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle ifa borçludan beklenemeyecek Ŗekilde aŖırı güçleŖmiŖse burada aŖırı ifa güçlüğünden söz edilecektir.

TBK m. 138 aŖırı ifa güçlüğünü Ŗu Ŗekilde düzenlemiŖtir: *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörölmeyen ve öngörölmesi de beklenmeyen olağanıüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düŖecek derecede borçlu aleyhine deđiŖtirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiŖ veya ifanın aŖırı ölçüde güçleŖmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiŖ olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koŖullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”*

⁶ Erzurumluoğlu, Erzan, *Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenmeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi*, Ankara, 1970, s. 10

⁷ Turan BaŖara, Gamze, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, *Çankaya University Journal of Law*, C. 7, S.1, 2010, s.3

⁸ Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul, 2019, s. 586-587

Özetle, bazı durumlarda bir borca konu edim imkansız hale gelmemekle beraber, edimin ifası çok zorlaşmış, edimin ifasının borçludan dürüstlük kuralı uyarınca beklenmeyeceği bir hale gelmiş olabilir. Bu durum borçlu üzerinde edimden çok daha ağır bir mali külfet yaratacaktır.⁹ Bu durumda TBK m. 136'yı uygulamak teknik olarak mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, kanun koyucu, TBK m. 138 hükmü ile bu sorunsala kanuni bir çözüm getirmiş olup ilgili madde uyarınca, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen değişiklikler sözleşmenin bir tarafı için katlanılmaz durumda ise mağdur taraf sözleşmenin uyarlanmasını, uyarılama mümkün değilse, feshini ya da sözleşmeden dönme talep edebilecektir.

Aşırı ifa güçlüğü'nün tespit edilebilmesi için aşağıdaki şartların aynı anda bulunması gerekmektedir¹⁰:

- Tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçlarını yüklenmesini istenemeyeceği kadar değişmiş olmalıdır.
- Bu değişiklik sözleşme yapılırken öngörülmesi dahi beklenemeyen bir olağanüstü durumdan meydana gelmelidir.
- Borçludan kaynaklanmamalıdır.
- Edimler henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Aşırı ifa güçlüğü'nde temel prensip TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Sözleşme, taraflarca kurulduktan sonra değişen şartlar dolayısı ile tarafların edimlerinin yerine getirmesini talep etmek dürüstlük kuralına aykırı düşecekse, borçlu sözleşmenin sona ermesini veya yeni şartlara göre uyarlanmasını isteyebilir.

Altını çizmekte yarar vardır ki, imkansızlık halinde borç tamamen sona ererken aşırı ifa güçlüğü'nde ortada imkansızlaşan bir edim yoktur, bu sebeple borç sona ermemektedir. Yalnızca taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dürüstlük kuralı çerçevesinde değişen şartlara uyarlanması söz konusu olacaktır.

A- İMKANSIZLIK

1- Türleri

a- Başlangıçtaki İmkansızlık – Sonraki İmkansızlık

Taraflar arasında sözleşme kurulmadan önce veya sözleşme kurulduğu sırada var olan imkansızlık haline başlangıçtaki imkansızlık denir. Sonraki imkansızlık halinden farklı olarak başlangıçtaki

⁹ Doğan, Gülmelahat, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", TBB Dergisi, S. 111, 2014, s. 10

¹⁰ Oğuzman / Öz, s. 599-601

imkansızlık sözleşmeyi batıl kılar. TBK m. 27/1 bu hususu açıkça düzenlemiştir: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” Bu imkansızlık türünde imkansızlığa neyin sebep olduğunun bir önemi yoktur. Yalnızca butlan sonucunun doğması için imkansızlık halinin objektif olmasının yanında sürekli olması da gerekir.¹¹

b- Objektif İmkansızlık – Subjektif İmkansızlık

Objektif ve subjektif imkansızlığın ayrımının nasıl yapılacağı konusunda doktrinde tartışma vardır. Hakim görüşe göre ölçüt edimin kimin için imkansızlaştığıdır.¹² Borçlanılan edimin borçlu dahil kimse tarafından ifa edilememesi söz konusuysa objektif, edimin borçlunun şahsından kaynaklanan bir sebeple yalnızca borçlu tarafından ifa edilememesi söz konusuysa subjektif imkansızlık söz konusu olur.¹³ Kişinin şahsına bağlı borçların imkansız hale gelmesi ihtimalinde bunun objektif mi subjektif mi imkansızlık teşkil edeceği konusunda doktrinde tartışma vardır. *Tekinay*¹⁴ bunun subjektif imkansızlık teşkil edeceğini belirtirken, *Eren*'e göre bu tür edimlerin ifası kişiye sıkı şekilde bağlı olduğu ve edimin o kişi tarafından ifa edilmesi gerektiği için imkansızlık objektif nitelik taşımaktadır.¹⁵

Yargıtay ise objektif ve subjektif imkansızlığı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Eğer ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık, yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkansızlık denir. İfa imkansızlığı sözleşme yapılmadan önce varsa ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise sözleşme geçersizdir.*”¹⁶ Örneğin, dünyaca ünlü bir piyanistin; vermeyi taahhüt ettiği resitali, geçirdiği kayak kazası sonucu parmaklarının kırılması sebebiyle verememesi objektif imkansızlık hali oluşturur¹⁷ çünkü edimin ifası üzerinde sadece edimin kendisi değil, borçlunun kimliği de önem arz etmektedir.¹⁸ Öte yandan, örneğin *borçlunun başkasına ait bir malı satması*

¹¹ Turan Başara, s.5

¹² Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 1453-1454; Oğuzman / Öz, s. 93-94; Altunkaya Mehmet, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Ankara, 2005, s.111

¹³ Turan Başara, s.5

¹⁴ Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s.908

¹⁵ Eren, s. 1454; Altunkaya, s.112

¹⁶ Yarg. 15HD, E.2005/1974, K. 2006/2012, T. 05.04.2006 (Kazancı Bilişim İctihat Bilgi Bankası, 27.04.2020)

¹⁷ Buna benzer örnekler için bkz. Oğuzman / Öz, s. 587; Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre K., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, 2017, s. 336

¹⁸ Oğuzman / Öz, s. 587

halinde onun mülkiyeti devir borcu, tasarruf yetkisi bulunmadığı¹⁹ gerekçesiyle subjektif imkansızlık hali oluşturacaktır.

Objektif ve subjektif imkansızlık ayrımının önemi en çok başlangıçtaki imkansızlık halinde etkisini gösterir; çünkü başlangıçtaki imkansızlığın sonucu olan butlan sadece objektif imkansızlıklar için geçerlidir.²⁰ Subjektif imkansızlık hallerinde ise borçlunun temerrüdünden bahsedilecektir.²¹

Belirtilmelidir ki doktrinde subjektif imkansızlığın aslında gerçek imkansızlık teşkil etmeyeceğine yönelik bazı görüşler bulunmaktadır. Buna göre TBK m. 136 kapsamındaki imkansızlık objektif imkansızlıktır. *Dural*, subjektif imkansızlığın ayrı bir imkansızlık türü olmadığı, bu gibi hallerde ifade aşırı bir güçlük halinin var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²² *Oğuzman* ise, subjektif imkansızlık hallerinin TBK m. 136 kapsamına girdiği kabul edilse bile, dürüstlük kuralı uyarınca, ifanın gerçekleşme ihtimali hesaba katılmayacak kadar düşük olmadıkça imkansızlığın sonuçlarının uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir.²³

c- Maddi İmkansızlık – Hukuki İmkansızlık

Yukarıda da bahsedildiği üzere, borçlanılan edimin yerine getirilmesinin imkânsız hale gelmesi, doğal bir olay veya üçüncü bir kişinin işlediği haksız bir fiil gibi maddi bir nedenden kaynaklanabilir.²⁴ Bu durumda fiili, bir diğer deyişle maddi imkânsızlık söz konusudur.²⁵ Buna karşılık bazı hallerde, bir borcun ifası, bir hukuk kuralı veya hukuken yetkili kılınmış bir makamın kararı ile engellenir ki; bu hallerde hukukî imkânsızlıktan söz edilir.²⁶

ç- Sürekli İmkansızlık – Geçici İmkansızlık

Her ediminin belirli bir süre içinde ifa edilmesi gerekir. Bazı hallerde edimin ifasını borçludan kaynaklanmayan haller engeller. Şayet ifa süresi içinde ortaya çıkan bu engeller, edimin sonradan ifa edilmesini tamamen olarak ortadan kaldırıyorsa sürekli imkansızlıktan söz edilir.²⁷ Buna karşılık söz konusu engel süreklilik arz etmiyorsa ve engel ortadan

¹⁹ Dural, Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul, 1976, s.81

²⁰ Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, İstanbul, 1976, s.788

²¹ Karaarslan, Hakan, *Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı*, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2003, s. 53-54

²² Dural, s.121

²³ Oğuzman / Öz, s. 588

²⁴ Bkz. Başlık II

²⁵ Turan Başara, s.3

²⁶ Özçelik, Ş. Barış, “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, AÜHFD, C. 63, S. 3, 2014, s. 572

²⁷ Dural, s.100

kalktığında ifa mümkün hale geliyorsa geçici imkansızlıktan söz edilir. Geçici imkansızlığın üzerinde aşağıda daha detaylı şekilde durulacaktır²⁸.

d- Tam İmkansızlık – Kısmi İmkansızlık

Bir edimin tamamen imkansızlaşması gibi bölünebilir olma şartıyla kısmen imkansızlaşması da mümkündür. 818 sayılı Borçlar Kanununda düzenlenmeyen ve *yararlı bölüm yararsız bölümden etkilenmez* prensibine dayanan²⁹ kısmi imkansızlık 6098 sayılı TBK m. 137'nin ilk fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkansızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkansızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.* İkinci fıkrası ise şu şekildedir: *Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkansızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkansızlık hükümleri uygulanır*

Bir diğer anlatımla, kısmi imkansızlık hükümlerinin uygulanabilmesi için edimin maddi ve hukuki olarak bölünebilmesinin yanı sıra kısmi ifanın tarafların iradelerine ve sözleşmenin mahiyetine de uyar nitelikte olması gerekmektedir.³⁰

Edimin maddi olarak bölünebilir olması, niteliği değişmeden veya değeri azalmadan parçalara bölünebilir olmasıdır. Yapmama borçları bölünemez niteliktedir. Yapma borçları ise kural olarak bölünemez olup, bazı hallerde bölünmesi mümkündür. Örneğin bir yıl boyunca haftada bir kez eve temizliğe gelmeyi taahhüt eden kişi karantinaya alınması sebebiyle 2 hafta boyunca gelemediğinde kısmi imkansızlık oluşacaktır.³¹

2- Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık

Türk Borçlar Kanununun 136. Maddesinin birinci fıkrası genel olarak imkansızlığın şartlarını ve sonuçlarını düzenlerken ikinci fıkrası karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkansızlıkla borcun sona ermesinin sonucu olan iade yükümlülüğünü düzenlemektedir. TBK m. 136'ya göre borcun sona ermesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir.

Sözleşme konusu edimin imkansız hale gelmesi: Yukarıda imkansızlık türleri kısaca açıklanmıştır. Öncelikle, madde metninde bahsedilen imkansızlık sonraki imkansızlıktır. Baştaki imkansızlık hali özel olarak

²⁸ Bkz. Başlık II-A-3

²⁹ Nomer, Haluk, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2018, s. 357, N. 183.10

³⁰ Dural, s.91

³¹ Şahin, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019, s. 67

TBK m. 27'de düzenlenmiş olup kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır. Şarta veya süreye bağlı sözleşmelerde; edim sözleşmenin kurulduğu sırada mümkünse ve şart gerçekleşmeden veya süre geçmeden edimin imkânsızlaşması halinde de sonraki imkansızlık halinden söz edileceğinin altı çizilmelidir.³² Fiili diğer deyişle maddi ya da hukuki imkansızlık olması da herhangi bir farklılık arz etmez. Her iki durumda da TBK m. 136 uygulanacaktır. Objektif ya da subjektif imkansızlıkta ise madde metninin nasıl yorumlanacağı konusunda tartışma vardır. Bazı yazarlar³³ Alman Hukukunda sözleşmenin kurulmasından sonraki subjektif imkansızlığın objektif imkansızlığa eşit olduğunun açıkça hükme bağlanmış olmasından hareketle Türk Hukukunda böyle bir hüküm olmadığını, madde metninin genel olarak imkansızlıktan bahsetmekte olduğunu, bu sebeple TBK m. 136 kapsamında kalan imkansızlık türünün objektif olduğunu ifade etmektedir. Temerrüt Teorisi (*Verzugstheorie*) olarak adlandırılan bu görüş uyarınca subjektif imkansızlık haline temerrüdün sonuçlarının uygulanması gerekmektedir. Bazı yazarlar³⁴ ise sonraki imkansızlığın borca aykırılık hallerinden biri olduğunu, burada önemli olanın imkansızlığın borçlunun kusuruyla meydana gelip gelmediğinin tespiti olduğunu ifade etmekte olup madde metninde objektif ya da subjektif imkansızlık ayrımının da yapılmamasını gerekçe gösterip imkansızlığın objektif veya subjektif olmasının bir önemi olmadığını savunmaktadır.

İmkansızlığın sürekli olması: Yalnızca sürekli olan imkansızlık, TBK m. 136 kapsamında borçluyu borcundan kurtaracaktır. Aşağıda daha detaylı anlatılacak olmakla beraber kural olarak imkansızlık geçiciyse borç sona ermez, borcun ifası ertelenmekte, bir diğer deyişle sözleşme askıya alınmaktadır.

İmkansızlıktan borçlunun sorumlu olmaması: Öncelikle belirtilmelidir ki, borçlunun imkansızlık sonucu borçtan kurtulup kurtulmayacağı, onun kusurlu olup olmamasına göre değil, sorumlu olup olmamasına göre tespit edilecektir.³⁵ İmkansızlık taraflardan kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelebileceği gibi sadece birinden veya her ikisinden de kaynaklanan bir sebeple meydana gelebilir. Doktrindeki hakim görüş, borcun imkansızlık sebebiyle sona ermesi için borçlunun sorumluluğunun olmaması gerektiğini savunur. Buna göre, borçlu edimin imkansızlaşmasından sorumlu değilse, TBK m. 136 uyarınca

³² Tunçomağ, s.789

³³ Dural, s.120

³⁴ Oğuzman / Öz, s. 587; Hatemi / Gökyayla, s. 335; Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s. 128

³⁵ Dural, s.115, Tunçomağ ise borçlunun borçtan kurtulabilmesi için kusurunun bulunmaması gerektiğini ifade etmiş, borçlunun kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispatla yükümlü olduğunu, ancak borçlu temerrüt halindeyse her halükarda temerrüt faizini ödemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bkz. Tunçomağ, s.791

borcundan kurtulurken, sorumluydu TBK m. 112 hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.³⁶ *Oğuzman* ise başka görüşte olup, borçlu sorumlu olsa da sorumlu olmasa da borcun her halükarda sona ereceği, şayet sorumlu değilse TBK m. 136 kapsamında tazminat ödemekten kurtulacağını savunmaktadır.³⁷

Tarafların sözleşmeyle; imkânsızlığın mahiyetini de göz önünde bulundurarak, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, süre uzatımı, taraflarından birinin dönme hakkının doğması, sözleşmenin uyarlanması, yeniden müzakere yükümlülüğü gibi sonuçlar kararlaştırması her zaman mümkündür.³⁸

Tarafların sözleşmesel bir mutabakatının bulunmadığı haller için ise kanun koyucu imkansızlığa aşağıdaki sonuçları bağlamıştır.

Borçlunun borcundan kurtulması: Borçlunun sorumlu olmadığı bir imkansızlık edimin ifasına engel oluyorsa borçlu borcundan kurtulur. Yalnız altını çizmekte yarar vardır ki, borçlu, ifa imkânsızlığının bir olağanüstü hal (beklenmeyen hal) veya mücbir sebepten kaynaklandığını iddia ederse, borçtan kurtulabilmek için bu iddiasını ispat etmek zorundadır.³⁹ Doktrinde borçtan kurtulmanın nasıl yorumlanacağı konusunda da tartışma mevcuttur. Bazı yazarlar⁴⁰ kural olarak borç ilişkisinin tamamen sona ereceğini savunurken bazı yazarlar⁴¹ sadece söz konusu alacak hakkının sona erdiğini savunmaktadır. Tüm borç ilişkisinin sona ereceğini savunan yazarlar, bu savlarını; çoğu borç ilişkisinin tek bir edimi olduğuna ve bu edimin imkansızlaşmasıyla sözleşmesinin konusuz kalacağına; kaldı ki bu madde ile kanunun yüklediği ihbar borcunun sözleşmenin devam ettiğine değil, aksine sona erdiğine işaret etmesine dayandırmışlardır. Ancak herhangi bir kaim değer varsa istisnai olarak borç ilişkisinin devam edeceği ifade edilmektedir.

Tarafların temerrüdünün önlenmesi: Borç konusu edim imkansızlaştığından ortada ifa edilecek bir edim kalmayacak bu sebeple ne borçlunun ne de alacaklının temerrüde düşmesi mümkün olacaktır.

Borçlunun ihbar yükümlülüğü: Borcun ifasının imkansızlaştığının borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesi gerektiği ve zararı azaltıcı tedbir varsa bunu alması gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır.⁴² Bu yükümlülüğe aykırı hareket yüzünden alacaklının uğrayacağı zarar

³⁶ Dural, s.124

³⁷ Oğuzman, / Öz, s. 589

³⁸ Özçelik, s. 589

³⁹ Turan Başara, s.12

⁴⁰ Dural, s.125; Oğuzman, / Öz, s. 475 vd.

⁴¹ Tekinay, / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.853-854; Serozan, Rona, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 15, N.3, s. 187

⁴² 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ihbar yükümlülüğünün açıkça düzenlenmemesine karşın borçlunun bildirme yükümlülüğüne sahip olduğu genel olarak kabul görmekteydi. Tunçomağ, bu yükümlülüğü dürüstlük kuralına dayandırmaktaydı. Bkz. Tunçomağ, s.800

borçlu tarafından tazmin edilecek olup, bu zarar imkansızlaşan edimin değerine ilişkin alacaklının çıkar kaybı değil, imkansızlık zamanında ihbar edilseydi veya zararı azaltıcı tedbir alınsaydı alacaklının uğramayacağı zarardır.⁴³

Kaim değerler açısından durum: İmkansızlaşan edimin yerine başka bir edimin ifa edilebilmesi mümkünse kaim değerlerden söz edilir ve doktrindeki baskın görüş kaim değer mevcut ise, asli edim borcu sona erse dahi borç ilişkisinin devam edeceği ve alacaklının bunu talep edebileceği yönündedir.⁴⁴ Alacaklının işbu kaim değerleri talep etmesi halinde kendi karşı edimini de ifa etmekle yükümlü olduğu unutulmamalıdır.

3- Özel bir Hal: Geçici İmkansızlık

İmkansızlığın türleri anlatılırken de bahsedildiği üzere kanunun sonuç bağladığı ve asıl olan sürekli imkansızlıktır ve bu borcun sona ermesi sonucunu doğurur. Borcun ifasının geçici süreyle imkansız hale gelmesi hususu ise kanunda açıkça düzenlenmemiştir.

Bir borcun kararlaştırılan zamanda ifasının önünde kesin bir engel olmakla birlikte, ifanın daha sonraki bir zamanda mümkün hale gelebilecek olması durumuna “geçici imkânsızlık” (*vorübergehende Unmöglichkeit*) denilmektedir.⁴⁵ Hukukumuzda geçici imkansızlık açıkça düzenlenmemekte olduğundan doktrinde bu husus uzun yıllar boyu tartışılmıştır.

Kusur mevcut olduğunda temerrüt hükümlerinin uygulanmasını kabul eden Alman Hukukunda geçici imkansızlık açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, kusursuz geçici imkansızlık, sadece borcun talep edilmesini ertelemektedir. Borç ilişkisi imkansızlık hali boyunca askıdadır. Herhangi bir temerrüt halinden söz edilemeyeceği gibi, borç ilişkisi de sona ermeyecektir. Türk Hukukunda bunu karşılayan bir hüküm bulunmadığından bazı yazarlar, bu çözümü benimseyerek geçici imkansızlık süresince borçlunun temerrüde düşmeyeceğini, borç ilişkisinin askıya alınacağını, bu sebeple alacaklının da ifayı talep edemeyeceğini savunmaktadırlar.⁴⁶

*Dural'ın*⁴⁷ da kabul ettiği aksi görüşe göre ise, Türk Hukuku objektif temerrüt sistemini benimsemiştir, bir diğer deyişle temerrüt için kusur aranmamaktadır, ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması yeterlidir. Geçici imkansızlık halinde de edim zamanında ifa edilmediği için borçlu kusuru olup olmadığına bakılmaksızın temerrüde düşecektir. Kusur ancak tazminatta rol oynayacaktır.

⁴³ Oğuzman, / Öz, s. 593

⁴⁴ Eren, s. 1459-1460; Nomer, s. 357, N. 183.9

⁴⁵ Özçelik, s. 583

⁴⁶ Tunçomağ, s. 795; Oğuzman, / Öz, s. 482

⁴⁷ Dural, s.123

Eren'e göre geçici imkansızlık hali, bazı haller saklı kalmak kaydıyla, ifa imkansızlığı sonucunu doğurmayacağından borcun sona ermesine sebep olmaz, borçlu temerrüdü sonucunu doğurur.⁴⁸

Kanaatimizce, geçici imkansızlık halinde edim zamanında ifa edilmediği için kural olarak borçlu temerrüde düşecektir. Yalnız bazı özellikli durumların altının çizilmesinde fayda vardır. Buna göre doktrinde eğer ki alacaklının aynen ifa talebi söz konusuysa bu talebin geçici imkansızlık halinin sona erdiği ana kadar erteleneceği savunulmaktadır.⁴⁹ Kusur olmadığı için imkansızlık hali sona erdiğinde alacaklı gecikme tazminatı isteyemeyeceği gibi borçluyu beklenmedik halden de sorumlu tutamayacaktır. Para borçlarında kusursuz temerrüt halinde ise temerrüt faizi kusur şartına bağlanmadığından talep edilebilmektedir. Buna karşın TBK aşkın zararın tazmini için kusur şartı aradığından alacaklı aşkın zararı talep edemeyecektir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere kural olarak geçici imkansızlık borcu sona erdirmez, borçluyu temerrüde düşürür. Ancak bazen öyle haller olur ki, imkansızlık geçici olsa bile, söz konusu edimin sonradan ifa edilmesi alacaklı için anlamını yitirir. Genel olarak alacaklının geç ifade herhangi bir çıkarı kalmadığı, sözleşmenin amacının anlamını yitirdiği durumlarda, geçici imkansızlığa sürekli imkansızlığı düzenleyen TBK m. 136, uygun düştüğü takdirde m. 137 hükümlerinin sonuçları uygulanacak, borç imkansızlık sebebiyle sona erecektir. Buna göre örneğin kesin vadeli işlemlerde edim vadesinde imkansızlık sebebiyle ifa edilemiyorsa, kural olarak alacaklının o edimin daha sonra ifa edilmesinde bir çıkarı kalmamıştır. Bu sebeple borcun sona erdiği kabul edilecektir. Bir başka örnek de, ortada geçici bir imkansızlık hali olup bu imkansızlığın ne kadar süreceği taraflarca kestirilemiyorsa ve alacaklıdan sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyecekse yine borç sona ermiş sayılacaktır. Bir diğer deyişle, geçici imkansızlığın ne kadar süreceğinin önceden bilinmediği hallerde de, sürekli imkansızlık hükümlerinin uygulanacağı ve borcun sona ermiş sayılacağı kabul edilmektedir.⁵⁰

4- Sözleşmeler Üzerindeki Etkisi

a- Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler – İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmeler

TBK m. 136/1 ve 137/1 tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için uygulanırken m. 136/2 ve m. 137/2 iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁸ Eren, s. 1454-1455

⁴⁹ Şahin, s. 114-115

⁵⁰ Oğuzman / Öz, s. 482

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir taraf alacaklı ve bir taraf borçlu olduğu için durum daha basittir. Sonradan borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple edim imkansızlaşırsa borçlu borcundan tamamen kurtulacaktır. Her ne kadar açıkça düzenlenmiş olmasa da dürüstlük kuralı gereğince ihbar yükümlülüğünün tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de olduğunun kabulü gerekmektedir. Geçici imkansızlık hallerindeyse yukarıda da ifade edildiği gibi alacaklının aynen ifanın talebi ertelenecek, para borçlarında temerrüt faizini talep ederken, gecikme tazminatı ya da aşkın zararı isteyemeyecektir.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise TBK m. 136/2-3 ve TBK 137/2 uygulanacaktır. Genel prensip olan borcun sona ermesi hükmü, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki ihtilafları çözmek için yetersiz kaldığından karşı tarafın imkansızlıktan önce, çoktan ifa etmiş olduğu edimin akıbetini belirleyebilmek için kanun koyucu sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yaparak imkansızlık sebebiyle ifa engeline takılan tarafa iade yükümlülüğü getirmiştir. Buna karşılık, imkansızlık halinde borçlunun karşı tarafça henüz ifa edilmemiş edimleri de talep edemeyeceğini düzenlemiştir. Alacaklının karşı edim yükümlülüğünün *ex nunc* sona erdiğinin altının çizilmesinde yarar vardır. Diğer deyişle alacaklının önceki ifa yükümlüsü olduğu ihtimalinde temerrüde düştükten sonra borçlunun asli edimi imkansızlaşırsa, imkansızlık anına kadar temerrüt hükümleri uygulanacaktır.

Bu noktada edim hasarlarından da söz etmekte yarar vardır. Kanuni ve sözleşmesel istisnalar saklı kalmak kaydıyla, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın gerçekleşmesi hâlinde borçlunun asli edim yükümlülüğü sona erdiğinde edim hasarı alacaklıdayken, karşı edim hasarı borçludadır.⁵¹

Kanunda atıf yapılan iade borcunun kapsamının da belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde iade borcunun kapsamı konusunda da birlik sağlanamamıştır. İmkânsızlığın sadece borcu sona erdirdiği, aslında borç ilişkisinin devam ettiği görüşe göre,⁵² madde metninde yapılan sebepsiz zenginleşme atfı sadece iade borcunun kapsamını belirlemekte olup, sebepsiz zenginleşmenin şartlarının gerçekleşmesi aranmamalıdır. Buna göre borçlu iyiniyetli iade borçlusu gibi zenginleştiği miktarı, yani iade anında elinde olan kadarını, alacaklıya geri vermekle yükümlüdür. TBK m. 79/2'deki kötünietli iade borçlusu hali saklıdır. Öğretide borç ilişkisinin sona erdiğini kabul eden yazarların bir kısmı⁵³, ifanın imkansızlaşmasından önce ifa edilen edimlerin iadesini *condition ob causam finitam*, diğer deyişle sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesine dayandırmaktayken, ifanın imkânsızlaşmasından sonra ifa edilen edimlerin iadesini *condictio indebiti* diğer deyişle borç olmayan şeyin ifası nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye dayandırmaktadır. Borç

⁵¹ Şahin, s. 93

⁵² Dural, s.163 vd.

⁵³ Tekinay, / Akman / Burcuoğlu / Altop, s.1011

ilişkinin imkansızlıkla birlikte sona erdiğini düşünen bir diğer kısma⁵⁴ göre başvurulacak sebepsiz zenginleşme kurumunun hukuki dayanağı karşı edimin hukuki sebebinin ortadan kalkmasıdır. Buna karşılık diğer görüşe göre, ortada gerçek bir sebepsiz zenginleşme değil, kanundan doğan bir iade yükümlülüğü mevcuttur. İmkansızlık üzerine borç ilişkisinin baştan itibaren ortadan kalkmadığı savına dayanan bu görüşe göre, madde metnindeki yollamanın anlamı kanundan doğan iade yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlamaktır.⁵⁵ Doktrindeki hakim görüş iade talebine sebepsiz zenginleşmenin değil, genel sözleşmeye ilişkin zamanaşımının uygulanacağı yönündedir.⁵⁶

Yukarıda iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için anlatılanlar sürekli imkansızlık hali için geçerli olup geçici imkansızlıkta farklı hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öncelikle tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdekine paralel olarak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de edim imkansızlaştığı an kusursuz temerrüt hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışma vardır. Bir görüş sözleşmenin imkansızlık sebebiyle askıya alınacağı ve temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadır.⁵⁷ Bir diğer görüşe⁵⁸ göre ertelenen yalnızca aynen ifa yükümlülüğüdür. Diğer seçimlik haklar kullanılabilir. Yalnız yine kusur kıstası unutulmamalıdır. Aynen ifadan vazgeçilmesi ihtimalinde müspet zararları istemek ya da sözleşmeden dönülme ihtimalinde menfi zararları isteyebilmek borçlunun kusuru olmadığı hallerde mümkün olmayacaktır. İki tarafa sürekli borç yükleyen sözleşmelerde dönmenin mümkün olmadığı, sözleşmenin ancak *ex nunc* feshedilebileceğinin de altı çizilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkı, her zaman TMK m. 2 çerçevesinde kullanılmalıdır. Bu sebeple uygulamada Yargı içtihatlarıyla⁵⁹ beraber “akde tahammül süresi” geliştirilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre: “İfa imkânsızlığı borcu sona erdiren nedenlerdendir. Gerçekten BK. md. 117/1'e göre " borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakit olur". İfa imkânsızlığı ortaya çıkış nedenlerine göre bazı ayırımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayırımlardan birisi de objektif imkânsızlık (daimi imkânsızlık) - geçici imkânsızlık ayırımıdır. Şayet ifa imkânsızlığı sadece sözleşmenin tarafları

⁵⁴ Eren, s. 1458; Hatemi / Gökyayla, s. 339

⁵⁵ Oğuzman, / Öz, s. 591

⁵⁶ Eren, s. 1458; Nomer, s. 356, N. 183.6

⁵⁷ Serozan, § 15, N.1

⁵⁸ Şahin, s. 117

⁵⁹ Yarg. 15 HD, E. 2018/828, K. 2018/2740, T. 27.06.2018; Yarg. 8 HD, E. 2014/6935, K. 2014/18281, T. 14.10.2014; YHGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, T. 29.09.2010; Yarg. 3 HD, E. 2013/10595, K. 2013/12801, T. 17.09.2013; Yarg. 3 HD, E. 2012/18832, K. 2013/1562, T. 05.02.2013; YHGK, E. 2011/13-528, K. 2011/571, T. 28.09.2011; Yarg. 13 HD, E. 2013/11750, K. 2014/1317, T. 15.01.2014 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık denilmektedir. Objektif imkânsızlıkta sözleşme esasen BK. md.20 uyarınca butlanla batıldır (geçersizdir) ve ayrıca feshi gerekmez. Hâlbuki geçici imkânsızlıkta akdin ifası (icrasının istenmesi) bir hadisenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak o hadise tahakkuk ederse akdin icrası istenebilir. (...) Şüphesiz geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural "ahde vefa=söze sadakat" ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine "akde tahammül süresi" denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir"⁶⁰

Buna göre esas prensip *pacta sunt servanda* diğer deyişle, ahde vefadır. Yargıtay imkansızlığın geçici nitelikte olması sebebiyle tarafların bir süre daha akde tahammül etmelerini arzulamıştır. Ancak somut olaya göre bu tahammül süresinin sonuna gelmiş taraf dönme/fesih hakkını kullanacaktır. Yukarıda anlatılan⁶¹ ve geçici imkansızlığın sürekli imkansızlığa döndüğü haller saklı tutulmalıdır.

Yalnız değinilmek istenen bir nokta şudur ki Yargıtay içtihatları genellikle taşınmaz satışları veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki hukuki geçici imkansızlıkları konu edinen davalarda "akde tahammül süresini" öngörmüştür. *Kanaatimizce*, salgın hastalık gibi tarafların hiçbir şekilde ne kadar süreceğini öngöremedikleri durumlarda ise bu tahammül süresinin uygulanıp uygulanmayacağı somut olayın şartlarına, idarenin mevcut eğilimine ve hukuk politikasına göre değerlendirilmeli, bunun için de tarafların korunan menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır.

b- Ani Edimli Sözleşmeler – Sürekli Borç Doğuran Sözleşmeler

Ani edimli sözleşmeler için şu ana kadar değinilmiş tüm genel kurallar geçerli olup esas özellik arz eden sürekli borç doğuran sözleşmelerdir.

Sürekli borç doğuran sözleşmelerdeki imkansızlık eğer sürekli mahiyetteyse o zaman hangi tarafa borç yüklediğine göre değişmekle birlikte TBK m. 136 uygulanacaktır. Ancak sürekli edimli sözleşmelerde tarafların edimi iade borcu yoktur; çünkü imkansızlık *ex nunc* bir etkiye sahiptir.⁶² Sürekli imkansızlıkta taraflar, imkansızlığın

⁶⁰ YHGK., E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

⁶¹ Bkz. Başlık II-A-3

⁶² Hatemi / Gökyayla, s. 340; Nomer, s. 356, N. 183.6

meydana geldiği ana kadar muaccel olan borçlarını her halde ifa etmekle yükümlü olacaklardır.⁶³

Sürekli borç doğuran sözleşmeye konu edimin ifası geçici olarak imkansızlaşır ise sonucun nasıl olacağı tartışmalıdır. Bir görüş TBK m. 124'ten hareketle sürekli borç ilişkilerinde kesin vade kararlaştırıldığı ihtimalinde ifanın imkansızlık sebebiyle gerçekleşemediği an, temerrüde düşüldüğünü savunmaktadır. Doktrindeki hakim görüşe göre ise, kesin vadenin kararlaştırıldığı ihtimalinde kısmi imkansızlık doğmaktadır; çünkü borçlunun geçici engel ortadan kalktıktan sonra edimini yerine getirmesi, aslında süreklilik gösteren borcun diğer kısmının yerine getirilmesidir. Yoksa imkansızlaşan edimin sonradan telafi edilmesi kesin vadenin geçmiş olması sebebiyle mümkün olmayacaktır.⁶⁴

c- Parça borcu – Cins Borcu – Seçimlik Borcu

Tek tarafa borç yükleyen veya tam iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin konusu, yani imkansızlığın konusu asli edim yükümlülüğüdür. Asli edim yükümlülüğü imkansız hale gelirse, bu yükümlülüğün kaynaklanan ferî borçlar da imkansız hale gelmektedir. Sözleşmenin konusu olan edimler, parça borcu-cins borcu ve seçimlik borç olarak ayrılır.

Parça borçlarında borcun konusu ferden belirlenmiş olmakla, o borcun özelliklerine yeter derecede belirli bir şeydir.⁶⁵ Burada borca konu olan edim, taraflar arasında borç ilişkisi kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşır, borçlu borcundan tazminat hükümlerine başvurulmaksızın tamamen kurtulur.

Cins borçlarında borcun konusu özellikle ferden değil de sadece borcun türü olarak taraflar arasında belirlenmiş ve bu doğrultuda sadece miktarı üzerinde anlaşılmışsa borcun konusu, söz konusu çeşitte ve miktarda olan herhangi bir şey olabilmektedir.⁶⁶ Cins borçlarında edim, borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşmış olsa dahi, edimin ifa anına kadar olan tüm zararlar borçluya isnat edilebilecektir; çünkü cins borçlarında *Genus non perit* (Cins borcu telef olmaz) kuralı uyarınca borç imkansızlaşamaz. Cins borcu, borçlunun kusuru olmaksızın yok edilse bile, yeryüzündeki herhangi bir yerden temin edilebilir. Eğer cins borçlarında, belirli bir yerden veya belirli bir stoktan edimin ifa edilmesi istenmişse ve o edim imkansızlaşmışsa, o zaman parça borcu hükümleri uygulanır.⁶⁷

⁶³ Şahin, s. 95

⁶⁴ Şahin, s. 95

⁶⁵ Oğuzman, / Öz, s. 296

⁶⁶ Oğuzman, / Öz, s. 296-297

⁶⁷ Turan Başara, s. 18

Seçimlik borçlarda ise, borcun konusu birden çok edim olup, bu edimlerden yalnızca birinin borçlu tarafından ifası gerekmektedir.⁶⁸ TBK m. 87 uyarınca, seçimlik borçlarda, hangi borcun ifa edileceği kural olarak borçlu tarafından belirlenmektedir.

Seçimlik borçlarda edimlerin hepsinin imkansızlaşması ihtimalinde eğer iki tarafın da sorumluluğu yoksa, borç ilişkisi konusuz kaldığından TBK m. 136 çerçevesinde borç sona erer. Sorumluluk hangi borçluya isnat edilebiliyorsa, kendisinin ya da alacaklının seçeceği edim için TBK m. 112 kapsamında tazminat ödenmesi gerekmektedir.⁶⁹

Şayet, edimlerden sadece biri imkansızlaşıyorsa, sonuçlarının nasıl olacağı edimin imkansızlık anına göre belirlenir. Edimlerden biri sözleşme kurulmasından ve seçim yapılmasından önce imkansızlaşmışsa, kural olarak borç diğer edim üzerinden devam etmektedir. Şayet, edimleri seçmek alacaklının hakkıysa ve borçlunun kusuru mevcutsa, o zaman alacaklı imkansızlaşan edim üzerinden imkansızlık hükümlerine başvurabilir. Eğer seçimlik hak borçluya aitse ve alacaklının kusuru varsa, borçlu imkansızlaşan edimi seçerek borçtan kurtulabilir yahut diğer edimi seçerek alacaklıdan tazminat talep edebilir.⁷⁰ İmkansızlık halinin, sözleşme kurulduktan ve seçim hakkı kullanıldıktan sonra doğması ihtimalinde, burada artık adi bir borçtan söz edileceğinden⁷¹ imkansızlık borçluya isnat edilemeyen bir sebebe dayanıyorsa, TBK m. 136 uyarınca genel hükümler uygulanacaktır.⁷²

B- AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

1- Aşırı İfa Güçlüğü Kavramı

Bazen tarafların sözleşmeyi kurdukları sırada var olan koşullar, öngörülemeyen biçimde değişebilir ve bu köklü değişim sonucunda tarafların sözleşme konusu edimi yerine getirmeleri için büyük fedakarlıkta bulunmaları gerekebilir.⁷³ Eğer ki şartların öngörülmesi mümkün olmayan şekilde değişmesi sonucu, sözleşme konusu edimin ifası imkansızlaşmamış, ancak ifa dürüstlük kuralı uyarınca taraflardan beklenemeyecek şekilde güçleşmişse, aşırı ifa güçlüğünden söz edilecektir.

Aşırı ifa güçlüğü kavramının en önemli unsuru sözleşme koşullarının *öngörülemeyen* biçimde ve ifayı etkileyecek derecede

⁶⁸ Oğuzman, / Öz, s. 298

⁶⁹ Dural, s.146

⁷⁰ Karaarslan, s. 58-59

⁷¹ Seliçi, Özer, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHFİM, C: 34, S: 1-4, İstanbul, 1969, s. 395

⁷² Eren, s. 1089

⁷³ Gülekli, Yeşim, "Aşırı İfa güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul, 1990, s. 45

değişmesidir. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların, sözleşme koşullarının bu kadar değişeceğini öngörmeleri durumunda, sözleşmeyi olduğu şekliyle kurmayacaklarının ya da hiç kurmayacaklarının kabulü gerekir. Altı çizilmelidir ki burada söz konusu olan tarafların farazi (varsayımsal) iradeleridir; çünkü taraflar sözleşme kurulurken doğabilecek tüm dış etkenleri çoğu kez hesaba katmazlar. Böylelikle bu öngörülemeyen etkenlerin sözleşmeye olan etkisi, tarafların farazi iradelerinin tespiti ile anlaşılacaktır. Tam da bu noktada aşırı ifa güçlüğü, TBK m. 32'de düzenlenen saikte hatadan ayrılmaktadır. TBK m. 32'de düşülen hata tarafların gerçek iradelerindedir. Bir diğer deyişle saikte hatada tarafların gerçek iradelerinin boşa çıkması söz konusuyken, aşırı ifa güçlüğünde tarafların sözleşme kurulduğu sıradaki farazi iradeleri, koşulların değişmesiyle boşa çıkmaktadır.⁷⁴

2- Öğretideki İlkeler

Aşırı ifa güçlüğü kurumunun kaynağını teşkil eden birkaç ilke ve teorinin üzerinde durmakta yarar vardır. Bunlar: *pacta sunt servanda* (ahde vefa), *clausula rebus sic stantibus* (sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlarla bağlıdır), bunun bir uzantısı olan işlem temelinin çökmesi teorisi ve *bona fides*'tir (dürüstlük kuralı).

Yukarıda da kısaca açıklandığı üzere Türk hukukunda, sözleşmeyle üstlenilmiş yükümlülüklerle bağlılık olarak tanımlanabilecek olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin kanuni istisnaları arasında imkansızlığın yanı sıra aşırı ifa güçlüğü de yer almaktadır.⁷⁵ Kural olarak ahde vefa prensibi uyarınca koşullar ne kadar ağırlaşırse ağırlaşsın taraflar ifa ile yükümlüdür.⁷⁶ Ancak bazı durumlarda, ahde vefa ilkesine mutlak olarak bağlı kalınıp, sözleşmenin yapıldığı zamanki hükümleriyle aynen uygulanması, hakkaniyete aykırılık oluşturacaktır.⁷⁷

Clausula rebus sic stantibus, bir diğer deyişle sözleşmenin geçerliliğinin kurulduğu andaki şartlara bağlı olması ilkesi ahde vefanın mutlak uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek ağır sonuçlara karşı doktrinle ortaya atılmış bir ilkedir. Buna göre taraflar arasında kurulan sözleşmenin geçerliliği, kurulduğu andaki olguların değişmemesi örtülü şartına bağlıdır.⁷⁸ Bir diğer ifadeyle, sözleşme zımni bozucu bir şart ile kurulmuş sayılıp, olguların değişmesi halinde taraflar sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulacaktır.⁷⁹ Bu ilkeye göre tarafların sözleşme koşullarının

⁷⁴ Gülekli, s. 46

⁷⁵ Bkz. TBK m. 138 Gerekeçesi

⁷⁶ Yarg. 13 HD, E. 1981/147, K. 1981/932, 12.02.1981 (Kazancı Bilişim İctihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

⁷⁷ Çavdar Pelin / Karaca Aybüke, "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", MÜHF – HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, İstanbul, 2017, s. 618

⁷⁸ Kaya, Ümmühan, "Sözleşmenin Uyarlanması Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi", *Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul 2012, s. 1572

⁷⁹ Gülekli, s.55

değişmeyeceği ön kabulüyle hareket ettikleri düşünülerek şartlarda değişiklik olması ihtimalinde sözleşmenin sona ereceği ifade edilmektedir. Ancak bu ilke uyarlamayı istisnai olarak öngördüğü⁸⁰ ve ani edimli veya tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulanmadığı sebepleriyle çokça eleştirilmiştir.

Clausula rebus sic stantibus ilkesinin bir uzantısı olan işlem temelinin çökmesi teorisi ise ilk olarak Alman Mahkemeleri tarafından ortaya atılmıştır. Birinci Dünya Savaşı ile birlikte ekonomik krizin ortaya çıkmasıyla *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin sorunları çözmeye yetersiz kalması üzerine, öncelikle ekonomik imkansızlık kavramı ortaya atılmış; daha sonra kısaca sözleşmenin içeriğinde olmaksızın, sözleşmenin kurulduğu anda veya daha sonra ortaya çıkabilecek koşulların, işlem iradesini oluşturması⁸¹ olarak tanımlanabilecek işlem temeli teorisi ortaya çıkmıştır. Bir diğer ifadeyle işlem temeli, her iki tarafça bilinen veya itiraz edilmemesi kaydıyla sadece tek tarafa ait tasavvurlar anlamına gelip⁸², bu tasavvurlar içinde sözleşme kurulurken mevcut veya daha sonra ortaya çıkabilecek her türlü durumu barındırmaktadır. Tarafların sözleşme kurma iradeleri bu tasavvurlara dayandığı için daha sonra tasavvurların gerçeğe örtüşmediği anlaşılırsa işlem temeli çökmüş sayılır ve *ultima ratio* ilkesi⁸³ de göz önünde bulundurularak uyarlamaya gidilir.⁸⁴

Ahde vefa prensibinin mutlak uygulanmasının yaratacağı hakkaniyete aykırı sonuçları engelleyen ve Türk Hukukunda da kabul edilen bir diğer ilke ise dürüstlük kuralıdır. 138. maddenin lafzında da açıkça atıfta bulunulmuş olan dürüstlük kuralına göre, edimin ifası aşırı güçleşmişse borçlunun sözleşmenin uyarlanması talep etme, uyarlama mümkün olmadığı takdirde de sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vardır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu konuyu düzenleyen özel bir hüküm bulunmasa dahi Yargıtay bu görüşe paralel kararlar vermektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi eski tarihli bir kararında: *"...Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde baskın olan "işlem temelinin çökmesi ya da sarsılması" görüşünün dayandığı değiş-tokuş sözleşmelerinde edimler arası denge görüşü uyarınca, daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda yanların edimleri (borçları) arasında denge önemli ölçüde sarsılırsa, hakim, MK.m. 1 ve 2 çerçevesinde ya sözleşmeyi çözer ya da değişen durumlara uyarlar. Çözme ve uyarlama konusu, yanlarca sözleşmede öngörülmüş ya da yasada özel bir kuralla düzenlenmiş ise bu olasılıkta hakim, sözleşme ya da yasa hükmünü (kuralını) gözetir ve uygular. İşlem temelinin çökmesi görüşü, MK.m.2'de kaynağını bulan doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Acaba yanlardan biri, BK.m.264 dışındaki bir yolla sözleşmenin çözümlenmesini ya da yeni durumlara uyarlanmasını isteyebilir mi*

⁸⁰ Dural, s.29

⁸¹ Kaya, s. 1573

⁸² Çavdar / Karaca, s. 621

⁸³ Son çare ilkesi

⁸⁴ Çavdar / Karaca, s. 621

sorusuna bir yanıt bulmak gerekir: Anılan bu yasa hükmü işlem temelinin çökmesi ilkesinin özel bir uygulama durumu olduğu için, BK.m.264 dışında işlem temelinin çökmesi nedeniyle kira sözleşmesinin çözülmesi söz konusu olamaz. Ne var ki, yanları değişen durumlara göre, edimler arasındaki dengenin yeniden kurulması ve böylece edimler arasındaki dengenin sağlanması yönünden istemde bulunabileceklerine” hükmetmiştir.⁸⁵

Yeri gelmişken ekonomik imkansızlığa da değinmekte fayda vardır. Yukarıda da kısaca söz edildiği üzere Birinci Dünya Savaşı’ndan sonraki dönemde ilk olarak ekonomik imkânsızlık (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) kavramı ortaya atılmış olup, ekonomik imkansızlığın borçlunun sorumlu olmadığı bir maddi imkânsızlık teşkil ettiği kabul edilmiştir.⁸⁶ Ancak günümüz şartlarında, ekonomik imkansızlığın gerçekten bir imkansızlık hali teşkil ettiğinin, bu sebeple TBK m. 136’da düzenlenen imkansızlık hükmü uyarınca borcun sona ereceğinin kabulü mümkün değildir. Altı çizilmelidir ki, imkansızlıkta bir edimin ifası hukuken, fiilen ya da mantıken mümkün değildir.⁸⁷ Ancak edim ile karşı edim arasındaki oransızlığın borçlunun sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceği bir raddede olması herhangi bir imkansızlık hali yaratmamakta sadece ifayı dürüstlük kuralına aykırı biçimde güçleştirmektedir.⁸⁸ Bu sebeple ekonomik imkansızlık hali gerçek bir imkansızlık değildir ve imkansızlık başlığı altında ele alınması teknik olarak doğru olmamaktadır. Dolayısıyla bu kavramın, esasen artık açık bir kanuni düzenleme çatısı altına da alınmış olmakla, aşırı ifa güçlüğü başlığı altında değerlendirilmesi doğru ve yerinde olacaktır.

3- TBK m. 138

TBK m. 138 aşırı ifa güçlüğü şu şekilde düzenlemiştir: *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”*

⁸⁵ Yarg. 13 HD, E. 1981/147, K. 1981/932, 12.02.1981 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

⁸⁶ Şahin, s. 42

⁸⁷ Gülekli, s. 55

⁸⁸ Şahin, s. 42

a- TBK m. 138 Uygulanma Şartları

i. *Tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçlarını yüklenmesini dürüstlük kuralı uyarınca istenemeyeceği kadar değişmiş olmalıdır:* Bahsedilecek ilk şart, sözleşmenin kurulması sırasında var olan olguların değişmesi sebebiyle taraflar arasındaki dengenin bozulması ve bunun sonucu olarak dürüstlük kuralı uyarınca ifanın borçludan beklenememesidir. Üzerinde durulması gereken bir husus, değişen olguların borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açması gerekip gerekmediğidir. *Oğuzman*, sonradan ortaya çıkan olguların, borçlunun mahvına veya ağır zararına yol açmasına gerek olmadığı, borçludan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmasının yeterli olduğu kanaatinde-dir.⁸⁹ Belirtilmelidir ki, Yargıtay her ne kadar 1994 tarihli bir kararında: “...işlem temelini altüst edecek, çökertecek edimin ifası iktisadi bir yıkım olacak nitelikte fahiş bir durumun vücut bulması hallerinde de çıkar dengesi aleyhine bozulan borçlunun, MK. 2/1'deki kurallarından kaynaklanan "Clausula Rebus Sic Stantibus" (Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması) ilkesi uyarınca, hakimden sözleşmenin edimler arasındaki bozulan dengesini dürüstlük ve hakkaniyete uygun bir duruma getirmesini isteme olanağına sahip” olacağına hükmetmişse de⁹⁰, daha sonraki tarihli kararlarında dengenin açık bir şekilde bozulmasının yeterli olduğu görüşündedir.

ii. *İfa imkansızlaşmamalıdır:* Her ne kadar madde metninde açıkça düzenlenmemiş olsa da aşırı ifa güçlüğünden söz edebilmek için halen ifası mümkün ama güç olan bir edimden söz edilmektedir. Yukarıda detaylıca açıklandığı üzere⁹¹ bir edimin imkansızlaşması sözleşmenin uyarlanması değil, o borcun sona ermesi sonucu doğurmaktadır.

iii. *Bu değişiklik sözleşme yapılırken öngörülmesi dahi beklenemeyen bir olağanüstü durumdan meydana gelmelidir:* Değişen olgunun olağanüstü nitelik taşıyıp taşıyamaması gerektiği konusunda da tartışma bulunmaktadır. Olağanüstü nitelik taşıması gerektiğini savunan yazarlar tarafından genel olarak tabiat olayları (sel, deprem, salgın hastalık vb.), sosyal olaylar (savaş, ihtilal vb.), ekonomik olaylar (enflasyon, devalüasyon, ekonomik kriz vb.)⁹² veya ithal-ihraç konularına getirilen yasaklar ve tahdit⁹³ örnek olarak verilmektedir. *Kocayusufpaşaoğlu* ise olağanüstü nitelik aramamakta, değişen olgunun TBK m. 32'ye kıyasen sözleşmenin iptali sonucunu doğuracak mahiyette olmasının yeterli

⁸⁹ Oğuzman / Öz, s. 599-601

⁹⁰ Yarg. 13 HD, E. 1994/6791, K. 1994/9014, 24.10.1994 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

⁹¹ Bkz. Başlık II-A

⁹² Çavdar / Karaca, s. 623

⁹³ Oğuzman, / Öz, s. 599-601

olduğunu savunmaktadır.⁹⁴ Yalnız belirtilmelidir ki, madde metninde taraflarca öngörülemez bir sebep aranmayacak olsa da, sebebin aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafça öngörülemezliği veya öngörülmesinin beklenmemesi yeterli sayılmalıdır.⁹⁵

iv. Borçludan kaynaklanmamalıdır: Madde metninde düzenlendiği üzere sebep borçludan kaynaklanmamalıdır, bir başka deyişle burada kusuru da içine alan bir üst başlık olan isnat edilebilirlik söz konusu olmamalıdır. ⁹⁶ Bu sebeple kusursuzluğun ispatı yeterli olmayıp esasen borçlunun sebebin kendisine isnat edilemeyeceğini de ispat etmesi gerekmektedir. Altı çizilmelidir ki, “*olgunun kendisinin borçludan kaynaklanmaması yanında, bunun aşırı ifa güçlüğü yaratması da borçludan kaynaklanmamalıdır.*”⁹⁷ Bir diğer deyişle, olgunun hem kendisi hem de yarattığı ifa güçlüğü sonucu borçluya isnat edilememelidir.

v. Edimler henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır: Maddede bu husus açıkça düzenlenmiş olup artık bir tartışma bulunmamaktadır. Eğer borçlu edimini değişen koşullara rağmen ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutmadan ifa etmişse, uyarlamaya gitmesi ya da sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır.

b- TBK m. 138 Sonuçları

Yukarıda sayılan şartların hepsinin gerçekleşmesi durumuna, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla⁹⁸, kanun koyucu iki sonuç bağlamıştır: Uyarlama talep etme ve sözleşmenin sona ermesi.

i. Uyarlama talep etme: TBK m. 138'e göre borcunun ifası kendisine yüklenemeyen şekilde aşırı derecede güçleşen borçlu hakimden sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamasını talep etme hakkına sahiptir. Hakim sözleşmeyi somut olay şartlarına göre inceler. Uyarlama talebini uygun gördüğü takdirde edim yükümlülüğünü azaltabileceği gibi karşı edimi de arttırabilmektedir. Edimin kendisinden başka vade, ifa yeri gibi hususların da yeni olgulara uyarlanması pekala mümkündür. Belirtmelidir ki hakim davacının talebinde öngörmediği şekillerde de uyarlama yapmaya yetkilidir.⁹⁹ Altı çizilmelidir ki, her ne kadar

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000, s. 511

⁹⁵ Oğuzman, / Öz, s. 599-601

⁹⁶ Çavdar / Karaca, s. 626

⁹⁷ Oğuzman, / Öz, s. 601. Oğuzman'ın verdiği örnekle bu konu daha iyi anlaşılacaktır: "borcunu zamanında ifa etse olağanüstü enflasyona yakalanmayacak olan borçlu temerrüde düştüğü için bu öngörülemez olguya yakalanmışsa, kural olarak hakime uyarlama için başvuramamalı ve sözleşmeden dönmemelidir."

⁹⁸ *Bkz. Nomer*, s. 360-361, N. 184.5

⁹⁹ Oğuzman / Öz, s. 601

maddenin lafzında uyarılama talep etme hakkı borçluya tanınmışsa da alacaklının da aynı şekilde bu haktan yararlanacağı kabul edilir.¹⁰⁰

ii. *Sözleşmenin sona erdirilmesi*: Uyarılama talebi üzerine yapılan inceleme sonucu, hakimin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının mümkün olmadığı veya mümkünse bile uyarılamanın sonucunda sözleşmenin karşı taraf için katlanılmaz hale geldiği ihtimalinde, aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın ani edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme (*ex tunc*), sürekli edimli sözleşmelerde ise sözleşmeyi feshetme (*ex nunc*) hakkı doğar.

C. KİRA VE ESER SÖZLEŞMELERİ PERSPEKTİFİNDE COVID-19 SALGINININ ETKİLERİ

Yukarıda, edimlerin nasıl imkansızlaşabileceği ve edimlerin imkansızlaşmasının sonuçlarının ne olabileceği genel olarak tartışıldı. COVID-19 salgınının borçlunun yapma edimlerini yerine getirememesine sebep olması halleri söz konusu olduğunda, bu haller anılan başlık altında irdelenip değerlendirilecektir. Müteahhidin karantina uygulamaları sebebiyle taahhüt ettiği bir eseri meydana getirememesi, taahhüt olunan organizasyonların zamanında icra olunamaması, bedeli tahsil edilmiş bulunan eğitim hizmetinin verilememesi, personel taşıma hizmetinin alınamaması/verilememesi vb. durumlar buna örnek olarak sayılabilir.

Öte yandan COVID-19 salgınının etkilerini halihazırda bilhassa ekonomik hayatta ağır olarak göstermeye başladığını da dikkate almamız zaruridir. Yukarıda da dikkat çektiğimiz üzere tekrar vurgulamak isteriz ki, ekonomik imkansızlık kavramından günümüz koşullarında teknik olarak bahsetmek mümkün değildir, dolayısıyla, özellikle para borçlarında, edimin imkansızlaşması da söz konusu olamayacaktır. Bu durumda ticaret hayatındaki aktörlerin başvurmaları gerekecek müessese imkansızlık değil; ancak ve ancak TBK m. 138'de düzenlenen aşırı ifa güçlüğüdür. Bu konuyu örnekler üzerinden açıklamak daha faydalı olacaktır:

Kira sözleşmelerinde kiraya veren bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte yararlanılmasını kiracıya bırakma edimini üstlenirken, kiracı da bunun karşılığında bedel ödemeyi taahhüt eder. Kira sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran sözleşmelerdir. İşyerlerinin idarenin tasarrufu sonucu geçici olarak kapatılmasıyla kiraya verenin kiralananı kiralama amacına elverişli bulundurma edimi geçici olarak imkansızlaşmaktadır. Bundan dolayıdır ki tarafların arasındaki kira sözleşmesi imkansızlık süresince askıya alınacak ve kiracının bu süre zarfında herhangi bir karşı edim

¹⁰⁰ Nomer, s. 360, N. 184.3

yükümlülüğü olmayacaktır. Geçici imkansızlığın sürekli imkansızlığa döndüğü haller saklıdır.

İdarenin tasarrufu ile kapatılmayan işletmeler ise kamu sağlığı açısından işletmecileri tarafından inisiyatif alınarak kapatılabileceği gibi, salgın sebebiyle ticari hayatın durma noktasına gelmesi de işletme sahibinin yükünü ağırlaştırabilir. Kira sözleşmelerinde işletmecinin edimi kira bedelini ödemektir. Para borcu kural olarak imkansızlaşamaz. Bu sebeple yukarıda açıklanan imkansızlık hükümlerine başvurmak mümkün olmayacak, ancak aşırı ifa güçlüğü kurumuna başvurulması mümkün olabilecektir. Bunun sonucu olarak edimi zorlaşan kiracının uyarılma talebinde bulunabileceği ve bu mümkün değilse sözleşmeden dönebileceği kabul edilmelidir, Dolayısıyla, işletme sahibi için önceden öngörülmesi mümkün olmayan, kendinden kaynaklanmayan bir sebebin mevcut olduğu tartışmasızdır, şayet kira bedelinin yüksekliği somut olayda kiraya veren ile kiracı işletme sahibi arasındaki edimler dengesini bozar mertebede ise kira bedelini ödeme borcu ifası kiracıdan beklenmeyecek kadar güçleşmiş demektir. Bu sebeple işletme sahibi kiraya veren ile kira bedelinin bu geçici dönem süresince yeni koşullara uyarlanması için müzakereye girebilir, hakimden uyarlamayı talep edebilir. Uyarılma mümkün değilse sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur.

Bunun yanında kira ilişkilerinde olağanüstü fesih hakkına da değinmekte yarar vardır. TBK m. 331: *“Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir.”* Ancak bu maddenin Geçici madde 2 ile birlikte okunması gerekmektedir. İşyeri kiralarda bu maddenin yürürlük tarihi yayından itibaren 8 yıl sonra olarak belirlenmiş olup, işyeri kiralarda taraflar olağanüstü fesih hakkına ancak 01.07.2020 tarihinden itibaren başvurabileceklerdir.

Son olarak uygulamada önem arz edeceğinden 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanuna değinmekte yarar vardır. İşbu Kanun ile 22.03.2020 tarihinden itibaren 30.04.2020 tarihine kadar ödenmeyen kira bedelleri için icra takibi başlatılamayacak olup, 01.03.2020 tarihinden 30.06.2020 tarihine kadar işleyecek işyeri kira bedellerinin ödenmemesi halinde kiraya verenin bu sebeple kira sözleşmesini feshedemeyeceğini ve işleteni tahliye edemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme sadece bir vade ötelemesi niteliğinde olup *kanaatimizce* borçlunun TBK. 138. maddeden kaynaklanan haklarına prensip itibarıyla hâle getirmeyecektir. Olsa olsa hakim tarafından yapılacak “borçludan ifayı beklemenin dürüstlük kurallarına uygun düşüp düşmeyeceği” değerlendirmesi üzerinde, bilhassa ifa güçlüğü geçici nitelikte olur ve ötelenen vadeyi takip eden dönemdeki cari şartlar değişmiş olur ise, pratikte bir etkisi olabileceği düşünülebilir. Sonuç olarak, faaliyetleri durdurulan işletmeler açısından kiraya verenin kiralananı elverişli bulundurma edimi geçici olarak imkansızlaşmıştır. Bu sebeple sözleşme askıya alınacak olup karşı edim

olan kira bedeli talep edilemeyecektir. Faaliyetleri idari bir karar ile durdurulmamasına karşı COVID-19 salgını sebebiyle faaliyetleri olumsuz etkilenen işyeri sahiplerinin ise TBK m. 138 kapsamında uyarılma talep etmesi mümkün olabilecektir. 01.07.2020 tarihinden itibaren ise, salgının etkisi devam ettiği takdirde, olağanüstü fesih hakkına başvurabilecekleri düşünülebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından da durumu incelemekte fayda vardır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen atipik ve karma sözleşmelerdir. Tartışmalı olmakla birlikte bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında¹⁰¹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani - sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığı sonucuna varılmıştır.¹⁰² İşbu sözleşmelerde arsa sahibi, arsanın belli bir payının mülkiyetini müteahhide, diğer deyişle yükleniciye geçirmeyi taahhüt ederken (taşınmaz satış vaadi sözleşmesi), yüklenici de söz konusu arsa üzerinde inşaatı tamamlamayı taahhüt eder (eser sözleşmesi).

Bugüne kadar genel geçerli uygulamada genellikle karşılaşılan imkansızlık halleri hukuki mahiyette olup arsa sahibinin edimi arsanın mülkiyetinin başkasının tasarrufuna geçmesi gibi bir sebeple imkansız hale gelebilirken; yüklenicinin edimi imar mevzuatındaki bir değişiklik, ilgili Bakanlıklardan izin alımının gecikmesi gibi sebeplerle imkansız hale gelmekte idi.¹⁰³ Hal böyle iken COVID-19 salgını sebebiyle örneğin bir genel karantina durumu olsa sözleşmedeki edimler bundan nasıl etkilenecektir?

Bugün itibariyle gelenen durumda¹⁰⁴ COVID -19 salgının yaratma ihtimali olduğu imkansızlık halini geçici imkansızlık olarak tasnif etmekteyiz. Daha önce açıklanan geçici imkansızlıktaki askı - temerrüt tartışması burada da geçerlidir. *Dural'ın*¹⁰⁵ da görüşü uyarınca yüklenici imkansızlık sebebiyle her halde temerrüde düşmüş olacak, ancak temerrüdün kusura dayanan sonuçları uygulanmayacaktır. Bir diğer bir

¹⁰¹ YİBK, E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 28.04.2020)

¹⁰² Tekdemir, Faruk, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2018, s. 17. Bu tartışma önemini özellikle sözleşmenin sona ermesi hallerinde gösterecektir. Kararda, kural olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçmişe etkili olarak sona erdiğinin kabul edileceğine, ancak somut olaya göre TMK 2. maddesine dayanılarak sözleşmenin sona ermesinin ileriye etkili olarak sonuç doğurabileceğine işaret edilmiştir. Bu konuya ilişkin doktrindeki tartışmalar için bkz. Zevkililer, Aydın /Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2019, s. 477-480

¹⁰³ Örnek olarak: Yarg. 15 HD, E. 2018/828, K. 2018/2740, T. 27.06.2018; Yarg. 8 HD, E. 2014/6935, K. 2014/18281, T. 14.10.2014; YHGK, E. 2010/14-386, K. 2010/427, T. 29.09.2010; YHGK., E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.04.2010. (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 27.04.2020) Daha fazla karar için bkz. dn. 59

¹⁰⁴ 30.04.2020

¹⁰⁵ Dural, s. 123

görüŖe¹⁰⁶ göreyse sözleşme ilişkisi imkansızlık sona erene kadar askıya alınacaktır. Yargıtay'ın da yukarıda atıfta bulunulan içtihatlarında öngördüğü ve dürüstlük kuralına ve ahde vefa prensibine dayanan “akde tahammül süresi” boyunca taraflar sözleşmeyi askıya alacak ve geçici imkansızlık hali ortadan kalkana kadar ifayı talep edemeyeceklerdir. Ayrıca sözleşmede ifa için bir süre öngörülmüşse bu süre imkansızlık hali ortadan kalktıktan sonra işlemeye başlayacaktır. Öte yandan Yargıtay, dürüstlük kuralına göre taraflardan artık sözleşmeye tahammül etmelerinin beklenemeyeceği hallerde taraflara, derhal fesih hakkı tanımıştır. Burada geçici imkansızlığın sürekli imkansızlığa döndüğü haller de göz ardı edilmemelidir. Eğer geçici imkansızlığın ne kadar süreceği belirsiz ise veya belirsizleşirse sürekli imkansızlığa ilişkin sonuçlar uygulanacak ve kural olarak tarafların borçları sona erecektir.

Yeri gelmişken TBK m. 485'te düzenlenen eser sözleşmelerinde edimlerin imkansızlaşması halinde karşı edimin durumuna ilişkin getirilmiş özel düzenlemeye de değinmekte yarar vardır, zira TBK madde 485/1 yüklenicinin yükünü bir nebze olsun hafifleten bir istisna getirmektedir: “*Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.*” Böylelikle kanun koyucu aslında TBK m. 136'nın ön gördüğü karşı edimin sona ermesi kuralına bir istisna getirmiştir. Bir diğer deyişle yüklenicinin edimi imkânsızlaşır ve imkânsızlık iş sahibinin risk alanında gerçekleşen beklenmeyen hâlden kaynaklanırsa, yüklenici sözleşmede kararlaştırılan bedelin meydana getirdiği bölüm ile orantılı kısmını ve sözleşmede kararlaştırılan bedele dâhil olmayan masraflar yapmışsa bunları alacaklıdan talep edebilir.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir başka olasılık ise edimin imkansızlaşmaması ama ifasının güç hale gelmesidir. TBK m. 138 genel kural olmakla birlikte eser sözleşmeleri için özel düzenleme de bulunmaktadır. TBK m. 480'e göre: “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilmek de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.*” TBK m. 138 ile son derece paralel bir içeriğe sahip bu hüküm, eser sözleşmelerinde yükleniciye tanınan özel bir imkân olup, kararlaştırılan götürü bedelin taraflarca öngörülemeyen bir durum sonucu eserin tamamlanmasına engel olduğu veya tamamlanmasını güçleştirdiği durumlar için geçerli olacaktır. Tartışmalı olmakla beraber, katıldığımız görüşe göre, eserin tamamlanmasının güçleşmesinin masraf artışı dışında bir nedenden ileri

¹⁰⁶ Tunçomağ, s. 795; Oğuzman, / Öz, s. 482

gelmesi halinde TBK m. 138 uygulama alanı bulur.¹⁰⁷ İş sahibi açısından m. 480/2'nin kıyasen uygulanabileceğine ilişkin görüşler mevcut olup iş sahibinin TBK m. 138 genel hükümler kapsamında uyarılama istemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁰⁸

Sonuç olarak, *kanaatimizce*, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için geçici imkansızlık teşkil edebilecek COVID -19 salgını süresince, Yargıtay'ın da içtihatlarına paralel olarak, akde dürüstlük kuralına uygun göre bir süre kadar tahammül edilmelidir. Eğer taraflardan daha fazla tahammül edilmesi beklenemiyorsa taraflar sözleşmeyi feshedebilecektir. İmkansızlığın ne kadar süreceği öngörülemez ise kural olarak sürekli imkansızlığın sonuçları uygulanacak ve borçlar sona erecektir. Yalnız, eğer ki yüklenicinin edimi iş sahibinin risk alanındaki bir sebeple imkansızlaşır, örneğin COVID -19 sebebiyle arsanın bulunduğu yer karantinaya alınır, yüklenici, inşaatı tamamladığı kadarına karşılık gelen bedeli ve yaptığı masrafları karşı edimi ifa etmiyor olsa bile isteyebilecektir. İmkansızlaşmanın işsahibinin risk alanından kaynaklanmadığı hallerde dahi yüklenici, şayet taşınmaz kısmen inşa edilmiş ise mülkiyet zorunlu olarak işsahibinde kalacak olduğundan, TBK. 136/2 atfıyla sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden arsa sahibinden zenginleşilen tutarın iadesini isteyebilecektir. Yüklenicinin edimi imkansızlaşmamakla birlikte ifası ondan dürüstlük kuralınca beklenemeyecek kadar zorlaşmış da olabilir. Bu durumda yüklenicinin sözleşmenin uyarlanması, mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkı mevcut olacaktır.

III- SONUÇ

İçinde bulunduğumuz olağanüstü dönemin hukuki yansımalarının nasıl olacağını tespiti önem arz etmektedir. Global etkiye sahip olan COVID -19'un birçok ihtilafa sebep olacağı şüphesizdir. Her ne kadar mücbir sebebin sonuçları doktrinde çokça tartışılmış olsa da, bu büyüklükte bir salgının hukuki etkilerinin ne olacağını öngörülmesi pek mümkün değildir. Alınacak idari veya hatta yasal tedbirler ile ortaya çıkacak olan bazı ihtilafların yeknesak bir şekilde çözüme kavuşturulacak olması muhtemeldir.

COVID - 19 bir salgın hastalık olup, Yargıtay'ın da ilgili kararları uyarınca mücbir sebep olarak tasnif edilecektir. Mücbir sebep kurumu Türk Hukukunda kanunda açıkça tanımlanmamış olmakla birlikte içtihatlar ve doktrinde geliştirilmiştir. Bu sebeple borçlar kanununda imkansızlığı ve aşırı ifa güçlüğü düzenleyen hükümler mücbir sebep hallerinde devreye girmektedir. Mücbir sebep borçlunun sorumlu olmadığı bir imkansızlık haline yol açtığından, bu objektif bir imkansızlık durumu oluşturmakta, süreklilik durumuna göre de geçici

¹⁰⁷Baysal, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İUHFM, C. LXIX, S.1-2, İstanbul, 2011, s. 481

¹⁰⁸Baysal, s. 482

ya da sürekli imkansızlık olarak tanımlanmaktadır. COVID – 19'un geçici bir imkansızlık hali teşkil ettiği söylenebilir. İlerleyen zamanda bu durumun değişmesi veya özel olaylar bazında sürekli imkansızlığa dönüşmesi de muhtemeldir.

Kural olarak geçici imkansızlık hallerinde borçlunun temerrüde düştüğü kabul edilmektedir. Türk hukukunda temerrüt kusur şartına bağlanmadığından imkansızlığa borçlunun sebebiyet verip vermemesi önem arz etmemektedir. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinde alacaklının temerrüdün kusura bağlanmayan sonuçlarını talep etmesi mümkündür. Bir diğer deyişle aynen ifa imkansızlık sona erene kadar ertelenir, para borçlarında ise temerrüt faizinin talep edilmesi mümkündür. Ancak kusuru olmayan borçluyu beklenmeyen halden sorumlu tutmak mümkün olmayıp borçludan ayrıca gecikme tazminatı istenemez.

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimin geçici olarak imkansızlaşması ihtimalinde ne olacağı konusunda tartışma mevcuttur. Bir görüş sözleşmenin imkansızlık sebebiyle askıya alınacağı ve temerrüt hükümlerinin uygulanamayacağını savunmaktadır. Yargıtay'ın "akde tahammül süresi"ni düzenleyen son içtihatları da bu hususu desteklemektedir. Bir başka görüş ise askı halinin sadece aynen ifa talebi için geçerli olduğu, asıl edimin alacaklısının dilerse sözleşmeden dönebileceğini, lakin yine kusur olmadığı için menfi zararlarını isteyemeyeceğini savunmaktadır.

Aşırı ifa güçlüğü kurumu ise TBK m. 138'de düzenlenmektedir. Bir edimin ifası imkansız hale gelmemekle birlikte, öngörülemez şekilde değişen olguların o edimin ifasın borçlu için dürüstlük kuralı uyarınca aşırı güçleştirmesi ihtimalinde borçlu sözleşmenin uyarlanmasını talep etme, mümkün olmadığı durumlarda ise sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir. COVID -19 salgınının özellikle para borçları üzerindeki etkilerinde aşırı ifa güçlüğü kurumundan bahsedilmesi mümkündür. Faaliyetleri idari bir karar ile durdurulmaması sebebiyle COVID -19 salgını sebebiyle gelirleri olumsuz etkilenen kişilerin taraf oldukları sözleşmelerin uyarlanmasını talep etme hakkı doğacağı aşikârdır. Uyarılama mümkün olmadığı takdirde de sözleşmeden dönebilecek veya sözleşmeyi feshedebileceklerdir. Ancak uyarlamaya gidilirken kanun koyucunun örneğin kira ve eser sözleşmelerinde öngördüğü özel hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Altunkaya, Mehmet/ Altunkaya Mehmet, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

Baysal, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İUHFM, C. LXIX, S.1-2, İstanbul, 2011, s. 477-484

Çavdar Pelin / Karaca Aybüke, "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", MÜHF – HAD Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, İstanbul, 2017, s: 613-642

Delipınar, Yusuf Can, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkansızlık Kavramı", İstanbul Barosu Dergisi, C.89 S.1, 2015, s:174-184

Doğan, Gülmelahat, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", TBB Dergisi, S. 111, 2014, s: 9-36

Dural, Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul, 1976

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, 24. Baskı.

Erzurumluoğlu, Erzan, *Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenmeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1970

Gülekli, Yeşim, "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No. 18, İstanbul, 1990, s: 43-69

Gündoğdu, Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları*, Doktora Tezi, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2011

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, 4. Bası.

Karaarslan, Hakan, *Sürekli Borç İlişkileri ve Sürekli Borç İlişkilerinde İfa İmkansızlığı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi TC. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul 2003

Kaya, Ümmühan, "Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi", *Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul, 2012, s. 1569-1593

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000

Nomer, Haluk, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, 16. Bası.

Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, 17. Bası.

Özçelik, S. Barış, "Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, 2014, ss: 569-622

Şahin, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019

Seliçi, Özer, "Seçimlik Borçların İfası", *IÜHFİM*, C: 34, S: 1-4, İstanbul, 1969, s: 375-399

Serozan, Rona, "İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme", Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 7. Bası.

Tekdemir, Faruk, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2018

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 7. Baskı.

Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Cilt 1 Genel Hükümler*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, 6. Bası.

Turan Başara, Gamze, "Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi", *Çankaya University Journal of Law*, C:7, S:1, Ankara 2010, s:1-22

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, 19. Bası.

KAMU HUKUKU

OSMANLI ANAYASAL DÜZENİNİN BOZULMASI VE MODERNLEŞME (1699-1839)

*The Disruption Of The Ottoman Constitutional Order And Modernization
(1699-1839)*

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU*
Arş. Gör. Merve ÜNAL AÇIKGÖZ**
Arş. Gör. A. Samet GÜLLER***

Özet: Bu makalede, Osmanlı'da genel olarak, Karlofça Antlaşmasından (1699) Tanzimat Fermanına (1839) kadar olan süreçte anayasal düzenin bozulması ve modernleşme konu edinilmiş, Tanzimat Fermanı ve sonrasına girilmemiştir. Bir başka deyişle yaklaşık 140 yılın reform süreci anayasal açıdan ele alınmaya çalışılmıştır.

Belirtilen süreçte Devletin genel görünümü, bu dönemde reforma ilişkin olarak yazılan makaleler, kitaplar belirtilmiş, hükümdarların, ilmiye ve seyfiye sınıfının rolü analiz edilmeye çalışılmış, hükümdarlardan özellikle Sultan III. Selim ve Sultan II. Mahmut tarafından yapılan yenilikler ve Devleti yeniden inşa süreci üzerinde durulmuştur.

Çalışmada Sened-i İttifak konusuna girilmiş, Anayasa hukuku açısından değerlendirilmiştir. Sened-i İttifak'ın, merkezi hükümeti sınırlayıcı ve iki taraflı sözleşme niteliği, ulema, asker ve yöneticilere rağmen Ayan'ın devleti sınırlaması olduğu, bu senetle Padişah'ın mutlak vekili olan sadrazamın daha etkili bir konuma geldiği belirtilmiştir. Sened-i İttifak Türk İmparatorluğu için geçici bir önlemdir. Sened-i İttifak, Magna Charta'ya sadece şeklen benzer, içerik olarak farklıdır, hükümdarı gerçekte kısıtlamamış ve yetkiyi millete vermemiş olup derebeylerin zorbalığını meşrulaştıran bir utanç belgesidir. Çalışmada Osmanlı'nın yaklaşık 140 senesi anayasal açıdan analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı, reform, anayasa, Sultan III üncü Selim, Sultan II nci Mahmut, hariciye.

Abstract: In this article, the disruption of the constitutional order and modernization in the process from the Treaty of Karlofça (1699) to the Tanzimat Edict (1839) in the last Turkish Empire (Ottoman), was not the subject of the Tanzimat Edict. In other words, has been tried to be addressed the constitutional reform process of the 140 years.

In the mentioned process, the general view of the State, the articles and books written about reform in this period were specified, the roles of the rulers, the class of science (ilmiye) and the class of armed powers (seyfiye) were tried to be analyzed. The innovations made by Sultan Selim III and Sultan Mahmud II and the process of rebuilding the state were emphasized.

In the study, the subject of Sened-i İttifak was entered and evaluated in terms of Constitutional law. It is stated that the Sened-i İttifak is the restriction of the central government and the nature of the bilateral contract, despite the ulema, the soldiers and the rulers, the Ayan's limit of state, and the grand vizier who is the absolute deputy of the Sultan, has become more effective. Sened-i İttifak is a temporary measure for the Turkish Empire. Sened-i İttifak is only formally similar to Magna Charta, different in content, this document of shame that did not actually restrict the ruler and is not delegated authority to the nation and justified the tyranny of the overlords. In the study, approximately 140 years of the last Turkish Empire was tried to be analyzed in terms of constitutional law.

Key Words: Ottoman, reform, constitution, Sultan IIIrd Selim, Sultan IInd Mahmud, foreign affairs of Ottoman.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fendoglu.hacettepe.edu.tr, htfendoglu@gmail.com; Orcid ID: 0000-0002-1211-6989.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, merveunal4334@hotmail.com; Orcid ID: 0000.0002.3576.7573.

*** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, abdulsamet.guller@gmail.com; Orcid ID: 0000.0003.0744.3528.
Makale Geliş Tarihi: 23/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 01/06/2020

I- SİYASİ, İDARİ VE SOSYAL YAPIDAKİ BOZUKLUKLAR VE NEDENLERİ

Osmanlı İmparatorluğu üç kıtaya doğru büyümüş, dünyadaki yeni gelişmelere giderek adım uyduramamaya başlamış, 1699 tarihinden itibaren gerilemeye başlamıştı. 1789 tarihli Fransız İhtilali'nden önce Devlet, çeşitli ırklar, dinler, diller ve geleneklerle yönetilmesi oldukça zor bir profil çiziyordu.¹ Esasen 1789 tarihli Fransız İhtilali'nin bir işlevi de İmparatorlukları çözmek, özellikle Osmanlı'yı Balkanlar'dan çözüp atmaktı. Uluslaşma süreci ile birlikte, Balkan topraklarındaki gayrimüslimler, Araplar ve diğer topluluklar içerisinde kıpırdaşmalar seziliyordu. Bu zor duruma karşı Devleti ayakta tutmak için yeni önlemler alınmalıydı. Siyasi, idari ve sosyal yapıda çeşitli sorunlar doğmakta, sanayileşen ve teknolojik yenilikler yapan muhataplar karşısında zor durumda kalınmaktaydı. Bu durumda Devleti kurtarmak için ne tür çözümler geliştirilmeliydi?

Bilindiği gibi Osmanlı Devleti'nin resmi ismi *Devlet-i 'Aliyye'*dir, 19 uncu yüzyılın ikinci yarısından sonra (Devlet'in güçsüz olduğu zamanlarda), genellikle, *Devlet-i 'Aliyye-i Osmaniye* kavramı kullanılmıştır. Burada "Osmanlı" kavramını kullanmamızın nedeni Devlet'in kurucusunun Osman Han (1258-1326) olması nedeniyle oluşan *gelenek* nedeniyledir. Batılılar Osmanlı Devleti için Devlet-i 'Aliyye, Türkiye, Anadolu veya Türk İmparatorluğu gibi kavramları kullanmışlardır.²

A. BOZULMA SÜRECİNDE DEVLETİN GENEL GÖRÜNÜMÜ

İslam dünyasındaki düşüncede durgunluk, Osmanlı Devleti kuruluş tarihi öncesinde, XI. yüzyılda başlamıştır. Bununla birlikte XVII. yüzyıla kadar Batı'ya karşı yapılan savaşlarda üstünlük sürmüştür, XVII. yüzyıldan sonra Batı karşısındaki üstünlük kaybolmuştur.

Osmanlı sistemi giderek bozulmuş ve yozlaşmıştır; II. Murat tarafından, "Mevalizade Kanunu" adıyla Molla Fenari evladına daha sonra tüm ulema çocuklarına verilen imtiyazlar, ilmiye sınıfında dejenerasyona neden olmuştur.³ Tarihçi Selaniki, daha 1600 yılında,

¹ Hamlin, Cyrus (1878), *Among The Turks*, New York, Robert Carter And Brothers Press, s. 354.

² Ünlü tarihçi Halil İncelik (1916-2016), son yazdığı eserine *Devlet-i 'Aliyye* adını vermiştir; İş Bankası Kültür Yayınları, C:1, 2009; C: 2, 2014; C:3, 2017; C:4, 2016. Önce Hayrullah Bey tarafından 15 Cildi yazılan daha sonra 18 Cilde tamamlanan Kitap için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Tarih-i_Devlet-i_Aliyye-i_Osmaniyye (Erişim Tarihi: 23.5.2020). Kitap fotoğrafları ve değerlendirme için bkz. Murat Bardakçı'nın yazısı, <https://www.haberturk.com/yazarlar/murat-bardakci/1031863-bilen-bilmeyen-herkes-konusuyor-osmanli-devletinin-resmi-adi-devlet-i-aliiyedir> (Erişim Tarihi: 23.05.2020). Benzer bir analiz-haber için bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/osmanlidan-gunumuze-turkiyenin-kimlik-kartlari/531988> (Erişim Tarihi: 23.05.2020). Bkz. <http://static.dergipark.org.tr/article-download/8204/01d3/e886/5df74706dba5d.pdf>? (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

³ İpşirli, Mehmet (1999), "İslahat", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XIX, s. 170-174, s. 171.

enflasyondan söz ediyor, yiyeceğe içeceğe güç yetmediğinden, savaşların maliyeyi zorladığından ahlakın bozulduğundan yakınıyordu. Ucuz ABD gümüşü piyasaya akmış, esnaf tağşiş nedeniyle akçeyi kabul etmemiş, altın ve gümüşle alışveriş yapılmak zorunda kalınmış, Devlet avarız vergileri diye olağanüstü vergiler koymuş, ödeyemeyen halk, toprağını terk etmiş, büyük bir aylaklar zümresi meydana gelmiştir. Ehl-i örf masraflar için halktan daha çok vergi istemiş, Anadolu'da yeniçeri, sekban ve sipahiler, ticaret ve vergi mültezimliği gibi işler yapmaya başlamıştır. Devlet-sipahi-reaya dengesi bozulmuş, "daire-i adalet" tersine işlemeye başlamış, neticede ezilen reaya için devlet "*adaletnameler*" yayımlamaya başlamıştır⁴.

Bozulma, Kanuni zamanında kendisini göstermiş olmalı ki, Kanuni, son yıllarda yayımladığı adaletnamelerle,⁵ taşra yöneticilerinin halka zulmettiğini saptamış, önlemler alınmasını istemişti. III. Murat'ın 1591 tarihli Adaletnamesi, III. Mehmet'in 1596 tarihli Adaletnamesi, I. Ahmet'in 1609 tarihli Adaletnamesi de askerin ve ehl-i örfün halkı soyduğunu belirtiyordu. Bu tür çabalar toplumun farklı katmanlarında ciddi bir dirençle karşılaşabiliyordu; örneğin, II. (Genç) Osman'ın, Tanzimat'ın ilanından tam *217 yıl önce*, (1622 yılında), öldürülmesinin nedeni *askeri reform* yapmak istemesiydi.

Reformlar zamanında yapılmadığı takdirde, sorunlar daha büyük bir kartopu halinde insanın üzerine doğru gelir. Burada da öyle olmuştur. Kangren olan organ kesilip atılmadığı takdirde bedene zarar verecektir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda bozulma sadece iç sorunlarda değildi; dış ilişkilerde de ihmal ve yozlaşma vardı. 1566-1593 arası Avrupa ile uzun bir barış dönemine girilmiş, bu dönemde Avusturya silahlı gücünü yenilemiş, Osmanlı ise İran ile savaşa tutuşmuştur. 1593-1606 arasındaki uzun savaş sürecinde Osmanlı, savaş teknolojisinde geri olduğunu açıkça anlamıştır. Portekiz, Hollanda ve İngiltere okyanuslarda ticareti geliştirdiğinde Osmanlı'nın geleneksel ticareti ve limanları sönmüştür. İngiltere'de I. Elizabeth, İspanya'da II. Philip köklü reformlar yaparken

⁴ Mumcu, Ahmet (1985), *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 2. Baskı, s. 2; "Zulüm Suçları (kanunsuz vergi toplamak, devre çıkmak, zor kullanmak, eşkıya ile işbirliği yapmak vs)" kavramı için bkz. ss. 15-20.

⁵ Adaletname, padişahın doğrudan doğruya verdiği bir emirdir. Bir hükmün bütün öğelerini taşır. Buyurdum ki formülü ile emir (dispositio) kısmı vardır. Berat gibi 3. kişilere hitap etmez, emri alana hükmeder. Emri, bütün imparatorluğu da kapsayabilir; İnalçık, Halil (1988), "Adaletname", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: I, ss. 346-347, s. 346; İnalçık, Halil (1967), "Adaletnameler", *Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, 1965, C: II, Sayı, 3-4, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1967 (Ayrı Basım), s. 86. İnalçık, 1519 ile XVII nci yüzyılın ikinci yarısı arasında ihdas olunan 17 adet adaletnameyi diplomatika bakımından analizleri ile birlikte neşretmiştir. Adaletname, Ortadoğu devlet geleneğinde bulunan pendname, siyasetname ve nasihatname geleneğidir; İnalçık, Halil (1967), "Adaletnameler", s. 49. Osmanlı hükümdarları kanun gücünde adaletnameler yayımlayarak zulme karşı savaş açmışlardır; Mumcu, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, s. 44.

Osmanlı yönetimi, III. Mehmet'ten sonra genç hatta çocuk hükümdarlara dolayısıyla saray kadınlarına ve ocak ağalarına kalmıştır⁶.

XVIII. Yüzyılın sonunda ve XIX. Yüzyılda, Sultan I. Abdülhamit'e (1774-1789) ve III. Selim'e sunulan layihalar, "eskiye (Kanuni Dönemine) dönüş"ten değil, Batı'nın kurum ve değerlerini almaktan söz ediyorlardı. XVI. ve XVII. yüzyıl ıslahat fermanları⁷ Kanuni devrine dönüş isterken, III. Selim'den sonraki ıslahat fermanları Batı'yı örnek almıştı. XIX. yüzyılın kimi aydınları ise, radikal önlemler alınmasını istiyor, reformun sadece askeri alanla sınırlı olmasını doğru bulmuyor, batının bütün olarak alınmasını istiyorlardı⁸.

Devlet teşhiste kimi zaman yanıldı ama bazı önlemleri de aldı; III. Murat (1574-1595), III. Mehmet (1595-1603), I. Ahmet (1603-1617) dönemlerinde, reyayı korumak, kanun egemenliğini korumak gibi amaçlarla önemli adanetnameler çıkarıldı. Asker sayısını azaltmak, bürokrasi ve ilmiyede reformlar yapmak, vakıflara denetim gerekmekteydi, bunlar yapıldı. Tımar ve toprak düzeni için Sadrazam Kuyucu Murat Paşa, Ali Efendi'yi *defter emini* yaptı. Ali Efendi de toprak ve tımarla ilgili "Kavanin-i Ali Osman Der Hulasa-i Mezamin-i Defter-i Divan"ı yazdı ve I. Ahmet'e sundu,⁹ I. Ahmet bu önerileri uyguladı. Toprak ve tımarla ilgili olarak Avni Ömer Efendi, "Kanun-i Osmani Mefhum-ı Defter-i Hakani" adlı eserini IV. Murat'a sundu. Benzeri daha birçok kitap ve makaleler yazıldı.

XVI. Yüzyılın ikinci yarısından sonra bağımsız reform risaleleri (makaleleri) yazılmaya başlandı; Lütfi Paşa'nın "Asafname"si, Nahifi'nin "Nasihatü'l-Vüzera"sı, Defterdar Sarı Mehmet Paşanın "Nesayihü'l-Vüzera ve'l-Ümera"sı, Sarı Abdullah Efendinin IV. Murat'a sunduğu "Nasihatü'l-MülükTergiben li Hüsni's-Sülük"ü yazıldı; bu eseri, Osmanzade Ahmet Taib, Telhisu'n-Nesaih adıyla özetlemiştir. Gelibolulu Mustafa Ali'nin 1581'de Nushetü's-Selatin adlı eseri siyasetname türü bir eserdir.

Osmanlı tarihi eserleri de reform çalışmalarından söz eder. XVI. Yüzyılın ikinci yarısında Ali, (Kühü'l-Ahbar'da), Selaniki Mustafa Efendi (Selaniki Tarihi'nde) önerilerde bulunur, özellikle III. Murat dönemini eleştirirler. Peçevi İbrahim, Hasanbeyzade Ahmet Paşa, XVII. Yüzyıl ortalarına kadar olan dönemi yazarlar. Kâtip Çelebi'nin reform risaleleri ve Fezlekesi, Naima'nın Tarihi önem taşımaktadır.¹⁰ Kâtip Çelebi'nin Mizanü'l-Hak fi İhtiyarıl-Ehakk adlı eseri sosyal içerikli, medresede reform isteklerini içeren bir eserdir; Katip Çelebi'nin başka

⁶ İpşirli, Mehmet (1999), "Islahat", s. 171.

⁷ Ferman, tuğralı padişah emridir; Kütükoğlu, Mübahat, S. (2012), "Ferman", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XII, ss. 400-406, s. 400.

⁸ Yücel, Yaşar (1989), "Açış Konuşması", *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 31 Ekim-3 Kasım 1989, s. 1-5. TTK Yayını, Ankara 1994, s. 1-5.

⁹ İpşirli, "Islahat", s. 172.

¹⁰ İpşirli, "Islahat", s. 172.

değerli eserleri de vardır. İlmiyeden gelen Hasan Kafi Akhisari (ö.1024/1615) tarafından yazılan Usulü'l-Hikem fi Nizami'l-Âlem adlı eser, III. Mehmet'in emriyle Türkçe ve Arapça olarak yazmış, Batı dillerine de çevrilmiştir.¹¹ Kitabı Mesalih'il Müslimin ve Menafii'l-Müminin adlı anonim eser, eskiye özlemi olmayıp, yeni düzenlemeler öneren bir kitaptır. Mühtedi İbrahim Müteferrika'nın "*matbaa*" ve Humbaracı Ahmet Paşa'nın "*ordunun reformu*" konusundaki hizmetleri önemlidir.

İslahat (reform) raporları (risaleleri, makaleleri) konusunda en değerli çalışma Koçi Bey'in 1630 tarihinde, IV. Murat'a ve Sultan İbrahim'e sunduğu ve uygulanmış olan Risalesi'dir.¹² Buna göre rüşvet, kayırma, liyakat, gereksiz aziller, savaşlar ve masraflar devleti olumsuz yönde etkilemektedir. *Kanun yerine kuvvetin egemen olması, vezirliğin adeta parayla satın alınması, işbaşına gelen bazı yöneticilerin halkı soymaları* önemli zaaflardır.¹³ Yeniçeri alımındaki esasların terk edilmesi, iltizam yöntemi, israf, süslü elbiseler ve lüks ithalat dikkat çekiyordu. Ulema da aciz halindedi. Eyaletlerde ayan denilen kimi dalkavuk ve halk düşmanı zenginler türemişti.¹⁴

Türk İmparatorluğu'nun, içe kapanarak önemli sorunlar yaşamaya başladığı sırada büyük gelişmeler ve ilerlemeler yapan Batı'yı fark edemediği anlaşılmaktadır.¹⁵ 1699 tarihli Karlofça Anlaşması, geç kalınmış bir zamandır ve hatta birçok yazara göre iş bitmiş, çöküş başlamıştır.

¹¹ Bu kitabı Prof. Dr. Kenan Ziya Taş, yayına hazırlamıştır; Taş, Kenan Ziya (1999), (Yayına hazırlayan), Hasan Kâfi Akhisari (ö.1024/1615), *Usulü'l-Hikem fi Nizami'l-Âlem*, Set Matbaacılık, Diyarbakır; kitap, siyasetname türü bir eserdir; bkz. Bursalı Mehmet Tahir, *Siyasete Müteallik Asar-ı İslamiye*, İstanbul, 1332; A. S. Levend, "Siyasetnameler", Türk Dili Araştırmaları Yıllığı-Belleten (1962), ss. 167-194; Ahmet Uğur, *Osmanlı Siyasetnameleri*, Kayseri, 1987; T. Gökbilgin, "XVII. Asırda Osmanlı Devletinde İslahat İhtiyaç ve temayülleri ve Kâtip Çelebi" (Kâtip Çelebi Hayatı ve Eserleri hakkında İncelemeler), ss. 197-218; Y. Yücel, *Kitab-ı Müstetab*; Bkz. Taş, s. V-VII.

¹² *Koçi Bey Risalesi (1972)*, Sadeleştiren: Zuhuri Danışman, MEB Devlet Kitapları, İstanbul 1972, I. B., ss. I-XVII+ 1-168. Ayrıca bkz. Okandan, Recai Galib (1971), *Amme Hukukumuzun Anahatları*, (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi), İstanbul, 1971, s. 44 vd. Bu konuda 1714-1715 yıllarında yazılan bir başka eser Kültür Bakanlığı Yayınları arasında çıkmıştır; Defterdar Sarı Mehmet Paşa (1987) (1650?-1720?): Devlet Adamlarına Öğütler, Sadeleştiren Hüseyin Ragıp Uğural, Kültür Bakanlığı Yayını Nu. 710, (Nesaihül-Vüzera Ve'l-Ümera veya Kitab-ı Güldeste), İstanbul 1987. Koçi Bey, devşirme yoluyla Saray'a girmiş olup, Hammer tarafından "Türk Montesquieu" su diye adlandırılmıştır; Lewis, Bernard(1988), *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev: Metin Kıratlı, 3. Baskı, Ankara, s. 22, dn. 3.

¹³ Karal, Enver Ziya (1998), *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedit, 1789-1807*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1998, s. 110, 131.

¹⁴ Karal, Enver Ziya (1906-1982), (1988), *Osmanlı Tarihi, Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri (1876-1907)*, Ankara, 1988, Türk Tarih Kurumu Yayını, C: V, s. 82.

¹⁵ İpşirli, "İslahat", s. 174.

B. BU BOZUKLUKTA YÖNETİMİN ÖZELLİKLE HÜKÜMDARLARIN ROLÜ

Klasik dönem devlet yönetiminde *Padişah-Divan-ı Hümayun*¹⁶ ve *Ordu* etkin iken, XVI. yüzyıldan sonra Padişah devreden çıkarılarak, *Ordu ve Ulema* daha etkin bir hale gelmiştir. XVII. yüzyılın ortalarında Osmanlıda düşüş başlamış,¹⁷ Batı'ya gönderilen kişilerin verdikleri raporlar, etkisini, Devlette *lüks ve israf* olarak göstermiştir.

İlk dönem hükümdarları şehzadelğinde yönetim pratiğini kazanıyorlardı. İyi bir eğitim alıyorlar, savaşta ordunun önünde bulunuyorlardı. Padişahların yetkileri sınırsız gibi görünmekle birlikte, dine ve saray geleneklerine yani sıkıcı ve bunaltıcı olan birtakım geleneklere bağlıydılar. Sonraki dönemin hükümdarları, henüz şehzade iken, Saray'ın Şimşirlik veya Kafes denilen yerinde adeta bağlı bir tutsak gibi büyülerdi.¹⁸ Bir açıdan "Yeni çağlarda padişah, imparatorluğun en az hür olan insanı"¹⁹ olup yetkilerini sadrazam ve Şeyhülislam ile paylaşmak durumundaydı.²⁰ **Çocuk** yaşta tahta geçmeleri, devlet tecrübelerinin olmayışı, Saray'da otorite boşluğu oluşturuyor, yönetim Saray'da bulunan kadınların ve Ocak Ağalarının eline geçiyordu. Zamanla yetkisi artan bürokratlar, kişisel yararları için iç isyanlar çıkarırlardı. Rejimin gücü padişahın ve sadrazamın kişiliğinde toplanırdı. *Padişah ve Sadrazam'a karşı, menfaatleri gerektirdiğinde, Yeniçeri ve Ulema kimi zaman ittifak ederlerdi.*²¹

C. BU BOZUKLUKTA İLMİYE SINIFININ ROLÜ

Osmanlı İmparatorluğu devlet yönetiminde ilmiyenin büyük rolü vardı.²² Osmanlı'da İlmîye, Şeyhülislama ve Saray'a egemen, eğitime, camiye ve kamuoyuna hâkim, yargıda söz sahibi gerçek bir güç olarak

¹⁶ "Hümayun", Osmanlı devletinde hükümdarı ve hükümdara aidiyeti ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır; bkz. Yazıcı, Tahsin (1998), "Hümayun", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XVIII, ss. 479-480, s. 479. Divan-ı Hümayun ise, devlet örgütü içinde belli görevi olan kamu hukuku kurumudur. İki yüz yıl süre haftada en az dört gün çalışmış, Kabineye benzeyen, temsililik esası bulunmayan, XVII. Yüzyıl ortalarından sonra yetkileri Vezir-i Azama ve O'nun Divanına geçen ama hala Devletin sembolü olmakta devam eden, gelen elçilerin kabullerinin kendisinde yapıldığı bir kurum olarak belirtilebilir; Mumcu, Ahmet (1986), *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 2. Baskı, s.164, 165, 169.

¹⁷ İnalçık, Halil (1973), *The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600*, Traslated by Norman Itzkowitz and Colin Imber, Weidenfeld and Nicholson, London, 1973, s. 52.

¹⁸ Bkz. Taş, K. Ziya (2000), "Lala (Şehzadelerin Yetiştirilmesi)", *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 722-734.

¹⁹ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 2.

²⁰ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 3.

²¹ Osmanlı'da merkez-çevre çatışması için bkz. Mardin, Şerif (1973), "Center-Periphery Relations, A Key to Turkish Politics", *Deadalus*, Winter, 1973, ss. 169-190.

²² Ayrıntı için bkz. İnalçık, Halil (1973), *The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600*, Traslated by Norman Itzkowitz and Colin Imber, Weidenfeld and Nicholson, London, 1973, s. 165-178; bkz. Ayhan, Halis (1999), "XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Kurulan Cemiyet-i İlmîyelerin Eğitim ve Öğretim Çalışmaları", *Yeni Türkiye*, Ankara 1999, ss. 261-267.

belirmişti. Devletin yargı-egitim ve din hizmetlerini İlmiye yerine getirirdi ve Divan'da Rumeli ve Anadolu Kazaskeri ile temsil edilirdi. Bu sınıf, Yeniçerilerle iyi geçinirdi; devlet ve milletin varlığını korumada güçlü bir konumdaydı. 1242/1826 senesine kadar İstanbul Valisinin görevleri İstanbul Efendisine (Kadısına) aitti.²³ Merkezde (İstanbul'daki) ilmiye Topkapı Sarayı'nın birun denilen dış kısmında otururlardı.²⁴ Müsadere ve siyaset cezasının tek istisnası **ulema** (muslim scholars) idi. İlmiye sınıfı, Tanzimat döneminde, Meşihat-ı İslamiye (Şeyhül islamlık) bünyesinde devam etti. Zamanla akılcılığını yitiren, reformlara karşı çıkan değişimi benimsemeyen ilmiyenin gücü, Tanzimat döneminde iyice kısıtlanmış, görev alanı daraltılmıştır. Tanzimat dönemi öncesinde ilmiyenin devlet yönetimindeki etkinliği daha fazlaydı.²⁵ XIX. Yüzyılda asker ve ilmiye ayrı örgütlendi, bürokrasiye bağlanmadı.

İslam dünyasında düşüncede durgunluk, XI. Yüzyıldan sonra başlamıştır. Eş'ari kelamının temsilcisi ve sistemleştiricisi olan ünlü düşünür Gazali'nin (1058-1111), filozofların tutarsızlığını anlatan "Tehafütü'l-Felasife"si, İbn Rüşd tarafından eleştirilmiş, Gazali halka ödün vermekle suçlanmış, bu eleştirilerden kimi zaman İbn Sina da nasibini almıştı.²⁶ Medreselerde bilimsel disiplin kalmamış, hurafeler artmıştı. Kanunlar yeterince uygulanmamakta, kadı tayin olduğu yere bizzat gitmemekte, yardımcısını (naip) göndermekte, devre çıkmakta, yargılamada yetkisini kötüye kullanmalar görülebilmekteydi. Modernleşme süreci başlayınca, "ilmiye" (ve bazı seyfiye) bunun dışında (hatta kimi zaman karşısında)²⁷ kalıyor, etkinliğini kaybediyor, bazen da hırçınlaşıyordu ama 1830 öncesinde genel olarak Osmanlı uleması reformların yanında yer almış, reformların halk tarafından benimsenebilmesi için gereken çabayı göstermiştir. 1789 ile 1830 yılları arasında ilmiyenin bu rolü çok daha etkin bir şekilde oynadığı

²³ Ergin, Osman Nuri (1922), *Mecelle-i Umur-i Belediye*, C: III, İst. 1338/1922, Tıpkı Basım, İstanbul, 1995, s. 1499.

²⁴ Akkutay, Ülker (1984), *Enderun Mektebi*, Ankara 1984, Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını, No. 4., s. 4; Köktaş, Arif (2000), "Osmanlı Devletinde Bir Saray Teşkilatı: Enderun Mektebi", *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 717-721; İpşirli, Mehmet (2011), "Enderun", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XI, İstanbul, ss. 185-187. Enderun, "Osmanlılarda idari ve askeri kadronun yetiştirilmesi için teşkil edilen saray eğitim kurumu" dur.

²⁵ Bkz. Savunma savaşlarının neden olduğu bütçe açıklarını kapatmak üzere devletin iç borç almasını Şeyhulislamın tasvip ettiğine dair tahrir ve konuyla ilgili Hatt-ı Hümayun; Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), HH, 825, 1202/1787-1788.

²⁶ İbn Rüşd (1986), *Tehafüt et-Tehafüt, Tutarsızlığın Tutarsızlığı*, Çev: Kemal Işık-Mehmet Dağ, Samsun, 19 Mayıs Üniversitesi Yayını; Bolay, Süleyman H., (2000), "Klasik Dönem Osmanlı Düşüncesi ve Osmanlı'da Tehafüt Tutkusu", s. 11-30, *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara 2000, ss.11-30; St. Augustin'le karşılaştırılan bir teolog, hukukçu ve mistik olup, ortodoks öğretiyi mistisizmle birleştirmiştir. Gazali'nin düşünceleri için bkz. Duncan B. Macdonald (1965), *M.A.B.D., Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, Beirut, Khayats, 1965, ss. 215-242.

²⁷ İpşirli, "İslahat", s. 173.

görülmektedir; 1830 sonrasında vakıfların kontrolünün ulemanın elinden alınmasının da etkisiyle, ulemanın devlet yönetiminde etkisinin azaltıldığı, bir kenara itildiği söylenebilir. Buna rağmen ilmiyeden bazı kişilerin İmparatorluğun yönetiminde önemli roller oynadıkları görülmektedir²⁸. Reformlara karşı ilmiyeden bazıları ile yeniçeriler muhalefet ediyorlardı.²⁹

Ahmet Cevdet Paşa, ilmiyeden gelen bir paşa olmasına rağmen, idari yapının batılılaşmasını çok isteyenlerden biriydi. Genelde Tanzimat bürokratları hariciye bölümünden ise de, Ahmet Cevdet Paşa ilmiyedendi. Klasik dönemde umera, asker kökenli iken giderek sivilleşmişti. Ahmet Cevdet Paşa kazaskerlikten mülkiyeye geçip vezir olduğunda bu durum Osmanlı'da ilk kez gerçekleşiyordu.³⁰ Cevdet Tarihi, eski tarihlere göre daha iyi ama çağına göre daha gerideki bir tarih kitabı olarak nitelenebilir. Buna rağmen Cevdet tarihi, Osmanlı tarihçiliğinde vazgeçilmez tarih kitabı sayılmaktadır. 1876 Anayasası'nı Ahmet Mithat ve Ahmet Cevdet Paşalar birlikte hazırladılar ama bu iki Paşanın iyi anlaştıkları pek söylenemez. Ahmet Cevdet'in iki kızı Fatma Aliye ve Şair Nigar Hanım, Tanzimat'ın ileri gelen kadın aydınlarındandı.³¹

II- ÜÇÜNCÜ SELİM'İN (1761-1808/1175-1223. YÖN. 1789-1807) REFORMLARI

1526-1596 arasındaki yılları bir dünya gücü olarak geçiren Osmanlı Devletinde yozlaşmalar Kanuni'nin son zamanlarında başlar.³² XVII. Yüzyılda Koçi Bey, IV. Murat ve İbrahim'e hukukta yozlaşmadan haber veriyordu. I. Mahmut (1730-1754), III. Mustafa (1757-1774) ve I. Abdülhamit (1774-1789) zamanlarında askeri reformlara oldukça önem verilmişti. Ama III. Selim (1761-1808/1175-1223. Yön. 1789-1807), Batı'nın bir bütün olarak alınmasını, sadece askeri reformla yetinilmemesini isteyen ilk padişahtır.³³

²⁸ Cihan, Ahmet (1995), *Reform Çağında Osmanlı Uleması 1789-1876*, İstanbul, 1995, ss.272-286.

²⁹ Beydilli, Kemal (1999), "İslahat", "XVIII. Yüzyıldan Tanzimat'a Kadar", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XIX, ss. 174-185, İstanbul 1999, s. 175.

³⁰ Chambers, "The Education of a Nineteenth Century Ottoman Alim, A. Cevdet Paşa", s. 464.

³¹ Bkz. Kushner, David (1989), "Career Patterns Among The Ulema In The Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries", *Tanzimatın 150. Yılı Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 31 Ekim-3 Kasım 1989, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1994. ss. 165-171.

³² İnalcık, *The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600*, Traslated by Norman Itzkowitz and Colin İmber, Weidenfeld and Nicholson, London, 1973, s. 70 vd.

³³ Bozkurt, Gülnihal (1996), *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci) (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, s. 40.

III. Mustafa'nın oğlu III. Selim, tahta çıktığı sene 28 yaşındaydı; genç, çalışkan, duygulu ve atılgan bir kişiliği vardı. Gerileme dönemine giren İmparatorluğun kurtarılabilmesinde hemen herkesin umut kaynağıydı. O sırada İmparatorluğun iki ezeli düşmanı olan Rusya ve Avusturya, fırsat buldukça Balkanlara saldırıyorlardı.³⁴ 1789 tarihinde Fransız İhtilali olduğu yıl, Osmanlı İmparatorluğu'nun başına geçen III. Selim, Avrupa'da esen ulus-devlet fırtınasına karşı bazı önlemler almak düşüncesindeydi; dış güçleri hoşnut etmek için, azınlık haklarına önem vermek zorunda olduğunu hissediyordu. Osmanlı Devleti'nde radikal değişimleri ilk başlatan Sultan III. Selim'dir. Devlet işlerinin "Şûra Meclisi" tarafından görülmesini emreden "Hatt-ı Hümayun"lar yayınlamış, devletin üst düzey yöneticileri (bürokratları) ile halk temsilcilerinin, bu mecliste bulunacağını belirtmiştir. *III. Selim devlet işlerinin tek elde toplanmasının doğru olmadığını söylüyordu.* Tanzimat'ın ilanından iki sene önce, 1837 yılında Viyana elçisi olan Sadık Rıfat Paşa, "Avrupa'nın hasta adamı (The Sick Man of Europe)" olmaktan kurtulmak için "temel hak ve özgürlüklerin" tanınmasını istiyordu.³⁵

III. Selim; duygusallığı, şefkati ve safiyeti nedeniyle hem hayatından, hem saltanatından olmuş, Batılılaşma da uzun süre durmuştur.³⁶ Yeniçeri Ocağı'na kayıtlı ve maaş alan 400 bin kişi iken faal olanı 60 bin kişi, savaşa iştirak edenine ise sadece yirmi beş bin kişiydi ama bunlar da savaşçı değildi³⁷. Nizam-ı Cedit (Yeni Düzen, New Order) denilen ve yetmiş beş maddelik bir programdan oluşan³⁸ yenilikleri başlatmış, babası III. Mustafa'nın teşebbüslerini sürdürmüş, reformist, modernist ve yurdunu seven bir padişah'tır.³⁹ Ahmet Resmi'nin 1769 ve 1772 yıllarında yazdığı reforma ilişkin eserleri, III. Selim kendi anlayışına göre uygulamıştır.⁴⁰ Reform yapılmasına isteyen Sekbanbaşı Risalesi (Hülasatü'l-Kelam fi Redd'il-Avam)⁴¹, Kuşmani Risalesi (1806), M. Emin Behic'in Sevanihu'l-Levayih'i (1802), Ömer Faik'in Nizamü'l-Atik'i (1804), öncelikle askeri reformların yapılmasını, çeşitli alanlarda eksik kalan reformların bitirilmesini istiyorlardı.

M. Emin Behic, reformlara "küfür" diyen Yeniçerilere uzun yanıtlar veriyordu. Behic Efendi'ye göre, yargıda adalet kalmamıştır, medreselerde öğrenci kalmamıştır, ortada ulema kıyafetinde cahiller vardır; "*Atabekan-ı Saltanat*" yerini alacak bir meşveret meclisi

³⁴ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedit*, s.21.

³⁵ Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, s. 133 vd.

³⁶ Gökbilgin, M. Tayyip (1964), "Nizam-ı Cedit", Milli Eğitim Bakanlığı, *İslam Ansiklopedisi*, C: IX, ss. 309-318, s. 318.

³⁷ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 9.

³⁸ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları*, s.187.

³⁹ Sonyel, Salahi R. (1989), "Tanzimat and its Effects on the non-muslim Subjects of the Ottoman Empire", Tanzimat'ın 150.Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu, Ankara 31 Ekim-3 Kasım 1989, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1994, ss. 353-388, s. 354.

⁴⁰ Beydilli, "Islahat", s. 175.

⁴¹ Tokatlı Mustafa Ağa (ty), *Koca Sekbanbaşı Risalesi*, Hazırlayan, Abdullah Uçman, Tercüman 1001 Temel Eser, İstanbul.

kurulmalıdır; azil, sürgün, siyaseten katl ve müsadere kaldırılmalıdır; tercüme bürosu açılmalıdır (1821’de Babıali’de, tercüme bürosu açılmıştır). Fermanlar anlaşılır olmalı, üretim artırılmalı, ticaret geliştirilmelidir. Reforma karşı olan tepkili olan bazı çevreler, ellerinden rantları gittiği için, eylemlerini dinsel bir renge büründürmüşlerdir. Reform isteyenler de karşıtları da, yazdıkları risalelerde, görüşlerini ayet ve hadise dayandırmışlardı.⁴² 1791 senesinde ordu, III. Selim’e rağmen, “Savaşma gücümüz yok.” diyebiliyordu. Bu genel boykot, Osmanlı tarihinde ilk kez oluyordu ve askeri reform kaçınılmazdı.⁴³

Nizam-ı Cedit, dar anlamda “yeni ordu” anlamına gelirken, geniş anlamda, III. Selim’in tüm ıslahat projesini oluşturan, siyaset ve diplomasi alanında Batı’nın alınması olan, 75. maddelik bir projeye verilen isimdir.⁴⁴ Esasen XVIII. yüzyıl, reform asrı olup, Avrupa, ABD ve Rusya, her alanda gelişme ve reform içerisindeydi; Rusya, yaptığı reformlarla XVII. yüzyılda Batılı-güçlü bir devlet haline gelmişti.

Daha önce Osmanlı, gerektiğinde bir başka ülkeye elçi gönderirdi. Kendisine gelen elçileri “saygı ifadesi olarak” kabul eder ama kendisi elçi göndermezdi. Bunun nedenleri, dini ayrılık nedeniyle yabancı ülkede yaşamının günah olduğu anlayışı, Osmanlı’nın kendi kendine yeterli bir imparatorluk olması veya Osmanlı’nın ihtiyacının olmadığı nedenleri ileri sürülmüştür.⁴⁵ III. Selim, İmparatorluğun istihbarat açısından Avrupa’dan daha zayıf olduğunu gördüğü gibi, Avrupa kurumlarının üstünlüğünü de anlamıştır. 1792 yılında başlıca Avrupa başkentlerinde sürekli ve düzenli Osmanlı elçiliklerinin kurulmasına karar verdi. İlk elçilik 1793’de Londra’da, daha sonra Viyana, Berlin ve Paris’te açıldı. *Paris’e Seyit Ali Efendi, Londra’ya Yusuf Agah Efendi, Viyana’ya İbrahim Afif Efendi, Prusya’ya Girilti Ali Efendi* elçi olarak gönderildi ki bu elçiler Batı’yı iyice öğrenip, yazacakları “sefaretname” ile Babıali’ye anlatacaklardı⁴⁶. Elçiler, Divan-ı Hümayun’un oybirliğiyle alacağı kararla gönderilecekler, gittikleri ülkede üç yıl kalacaklar, buldukları ülke ile dostluk kuracaklar ama dış ilişkilerde dostluk değil menfaatin ölçü olduğu bilinecektir.⁴⁷ Paris Sefiri Ali Efendi, Napolyon’un İngiltere’ye sefere çıktığını İstanbul’a bildirmiş, oysa Napolyon Mısır’a çıkmıştı. III. Selim, kendisine gelen arzın kenarına “*ne eşek herif imiş*” yazmış,⁴⁸ yerine

⁴² Beydilli, “Islahat”, s. 177.

⁴³ Beydilli, “Islahat”, s. 177.

⁴⁴ Karal, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 29; Bkz. askeri alanda ıslahat (ss. 43-93), yönetim alanında yapılması gereken değişiklikler (95-121), İlimiyede ıslahat (ss. 123-131), ekonomik alanda yapılması düşünülen reformlar (ss. 133-140), ticari reformlar (141-145), siyasi alandaki ıslahat projesi (147 vd) ve diplomasi alanında yapılması gereken reformlar (ss. 163-186).

⁴⁵ Karal, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 165.

⁴⁶ Lewis, *Modern Türkiye’nin Doğuşu*, s. 62-63.

⁴⁷ Karal, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları*, s.167, 170; Beydilli, “Islahat” s. 183.

⁴⁸ Karal, *Selim III’ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 179. Napolyon’un Mısır seferi, Osmanlı’nın İngiltere ve Rusya’dan yardım istemesine neden olmuş, Osmanlı’nın ve III. Selim’in

Halet Efendi (1802-1806) gönderilmiştir. III. Selim dönemindeki diplomasi, tecrübesizlik ve acemilikle doludur ama bu dönemde yapılan çabalar Abdülmecit devrinde meyvesini vermiştir.

III. Selim, otoritesini Sadrazam ve Şeyhülislamla paylaşmak istemiyordu. Sultan III. Selim, reform konusunda yetkili uzmanlar tarafından hazırlanan 22 adet Islahat (Reform) Layihasını değerlendirmişti.⁴⁹ Batı'ya ilk kez mukim elçi gönderen, yasaların uygulanmasını, kanun egemenliğini isteyen III. Selim, Ebu Bekir Ratip Efendi'yi Avrupa'ya yollamış, O da, 500 sayfalık bir risale ile dönmüş, yazdıklarıyla padişahı etkilemiştir.⁵⁰ Bu rapora göre, İmparatorluğu bir zamanlar zaferden zafere koşturan Ordu, o zamanlar üstlerine, dine ve yasalara saygılı iken şimdi otorite yoktu.⁵¹ Düzenli ve eğitimli ordu ve ekonomik durum, Ebu Bekir Ratip⁵² tarafından en ince ayrıntısına kadar 1792'de ele alınmış; Rusya'daki gelişmeler, Mustafa Rasih tarafından 1793'de yazılmış; Mahmut Raif, İngiltere örneğini 1799'da irdeleyerek yazmış; Fransa modelini Abdurrahim Muhip 1806-1811 arası gözlemlemiş ve yazmıştır.⁵³ Keçecizade İzzet Molla, Kanuni devrini değil, Avrupa'yı model gösteriyordu. Yeniliğe, ordudan yani güçlü olandan başlayan, yapmak istediği reformları hazmedilmeyen III. Selim, ne yazık ki, Kabakçı Mustafa isyanı ile *Yeniçeri, Ulema ve Enderun* üçgeni tarafından 1807'de saf dışı edilmiştir. 1807'de, III. Selim önce azil sonra da şehit edildiğinde, II. Mahmut, ünlü sözünü söylemişti: "Ya devlet başa, ya kuzgun leşe."

III- SULTAN II. MAHMUT'UN REFORMLARI

Ruşçuk Ayanı olan, Rumelili taşra feodali Alemdar Mustafa Paşa, 1808 Temmuzunda, on beş bin askeri ile İstanbul'daydı. Sultan IV. Mustafa'yı İstanbul'daki Yeniçerilerden kurtarmak ister gibiydi ama gerçek amacı reformcu III. Selim'i tekrar tahta çıkarmak ve Nizam-ı Cedit'i kurmaktı.⁵⁴ Tam 100 sene sonra yine Rumelili askerler Sultan II. Abdülhamit'e karşı II. Meşrutiyeti ilan ettirecekler; bir yıl sonra, ayaklanalara karşı, Rumelili Hareket Ordusu, Alemdar'ın izlediği yoldan İstanbul'a gelecektir.

itibarını kırmıştır. Eren, M. Cevat, "Tanzimat", Milli Eğitim Bakanlığı, *İslam Ansiklopedisi*, 1970, C: XI, ss. 709-765, s.712.

⁴⁹ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları*, s. 34; Ebu Bekir Ratip Efendinin reform projesi için bkz. s. 17, 32 ve 33.

⁵⁰ Bozkurt, *Resepsiyon Süreci*, s. 42; Beydilli, "Islahat", s. 177.

⁵¹ Karal, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedit*, s. 23.

⁵² Arıkan, Sema, Ebu Bekir Ratip Efendinin Büyük Layihası, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

⁵³ Beydilli, "Islahat", s. 183.

⁵⁴ Bkz. Ahmet Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet, C: V, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1994s. 2247-2257, 2268.*

IV. Mustafa, kendisini kurtarmak için, amcası oğlu III. Selim ve kardeşi Şehzade Mahmut'un idamını emretmişti; sonuçta III. Selim öldürülmüş ama II. Mahmut (1784-1839/1198-1255. Yön. 1808-1839) kurtulmuştu. Haremin altın yol denilen bölümünde Cevri Kalfa isimli bir harem kadını, II. Mahmut'u kurtarmıştı. II. Mahmut'u Yeniçerilerin eline geçmekten Alemdar Mustafa Paşa kurtardı; II. Mahmut, kurtarıcısı olan Alemdar Mustafa Paşaya devletin mührünü vererek Sadrazam yaptı.

XVIII. yüzyıl başında Rumeli kıtası zenginleşiyordu ve Rumeli ayanları (derebeyi, lord of valleys) da idareyi ele geçirmişlerdi. Alemdar Mustafa Paşa, ayanları (yani bölgenin vergilerini toplayan, güvenliğini sağlayan derebeylerini) ve valileri "meşveret-i amme"ye davet etti. İstanbul kısa zamanda özel ordularıyla gelen ayanlarla doldu. İstanbul, Alemdar Mustafa Paşa'nın 15 bin Kırçali askeri ile birlikte rengârenk askerlerle dolunca, yeniçeriler sinmişti. Taraflar arasındaki uzlaşma Sened-i İttifak denilen bir belge ile tescil edildi. Vüzera, ulema ve ayanlar Sened-i İttifak'ı mühürlediler (Ekim-1808). XIX. Yüzyıl başında Ayan devletten kopmuş gibiydi; Ayan ve Beyler, feodal muhalefeti oluşturuyordu. Sened-i İttifak için feodal muhalefet ve hükümet bir araya geldi. Yapılan toplantıya Meşveret-i Amme denildi ve sonucunda Sened-i İttifak imzalandı. Bu arada Kapıkulu askerleri de boş durmuyorlardı, ilk fırsatta Alemdar Mustafa Paşa'ya karşı ayaklandılar.⁵⁵ II. Mahmut, Kapıkulu askerinin Alemdar'ı katletmesine müdahale etmedi, adeta seyirci kaldı.

Yeniçeriler, Alemdar Mustafa Paşa'yı katlettikten ettikten sonra, hedef olarak II. Mahmut'u seçmişlerdi. Yeniçeriler Padişahı öldürmek için Saray kapısına dayanınca, II. Mahmut, yeniçerilerin Padişah aday olarak gösterdikleri kardeşi IV. Mustafa'yı öldürttü. Bu felaketi bertaraf ederek derin bir nefes alan II. Mahmut, ayanları tek tek ortadan kaldırttı ama asıl hedefi yeniçerilerin işinin bitirilmesi idi ki aradığı fırsatı, 1821 tarihindeki Yunan Ayaklanması sonrasında buldu. Beceriksizlikleri nedeniyle, kamuoyunda yeniçerilerin itibarı kalmamıştı. II. Mahmut tarafından 1825'de Eşkinci Ocağı⁵⁶ diye yeni bir sınıf kurunca yeniçeriler ayaklandılar ama bu onların aleyhine oldu. II. Mahmut bu kez karşı saldırıya geçti; binlerce yeniçeri öldürüldü, binlercesi tutuklandı. II. Mahmut'un terörü başladı; sokak ortasında öldürmeler başladı.⁵⁷ Devlet ideolojisi anti-yeniçerilik oldu. Artık ölü yeniçeriler bile kinle anılıyor, mezar taşlarındaki yeniçeri amblemleri de kaldırılıyordu. Yeniçerilerin aleyhine olan uydurma haberleri devletin resmi gazetesi olan Takvim-i Vekayi'de veriyordu. Ortalık durulunca, II. Mahmut, tansiyonu

⁵⁵ A. Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, C: V, s. 2257-2260.

⁵⁶ Eşkinci Ocağı, II. Mahmut zamanında Yeniçeri Ocağının kaldırılmasından önce kurulan eğitilmiş askeri sınıftır; Bkz. Özcan, Abdülkadir, "Eşkinci Ocağı", *DİA*, C. XI, 2011, ss. 471; Özcan, "Eşkinci", ss. 469-471.

⁵⁷ Hamlin, *Among The Turks*, s.108 ve 366.

düşürmeye çalışmış, “Saltanatın millet için dehşet ve korku kaynağı değil, destek olmasını isterim.” demişti.⁵⁸

Cihangir olduğuna inandırılan III. Selim ile yüzyılda bir gelen “müceddid” olduğuna inanan⁵⁹ II. Mahmut modernleşme konusunda ne yazık ki, el yordamıyla yürüyorlardı.

17 Haziran 1826 tarihinde II. Mahmut, Divan-ı Hümayun’a geniş yetkiler verdi.⁶⁰

II. Mahmut döneminde şehir meydanlarında okunan fermanlar, yasaknameler, vaazlar, propagandacılar, şeyhler, seyyidler yerine 1831’den sonra Takvim-i Vekayi çıkarılarak kamuoyu biçimlendirilmeye başlandı. Türkçe, Fransızca, Ermenice, Rumca, Arapça nüshaları da çıkan Takvim-i Vekayi, bir Resmi Gazete olmasına rağmen, devletin propaganda amacı ile kullanılan bir karma gazete görünümündeydi.

Fransız bir anneden dünyaya gelen II. Mahmut ilk kez olarak muhtarlıkları ve posta örgütünü ve karantinayı kurdu; eğitim alanında reform çalışmalarını başlattı,⁶¹ Kanun egemenliğinin sağlanması için gayret gösterdi.⁶² Dış ülkelere seyahat için Umur-i Hariciye Nezaretinden pasaport alma usulü konuldu. Bu, Osmanlı’nın Batılı devletleri tanınması ve modern çağın devletler hukuku anlayışına uyduğunun görünümüdür. Sadaret kethüdası içişleri bakanı, Reisül-küttap dışişleri bakanı oldu; ama bürokratik modernleşme, 1920’lere kadar tamamlanamadı.⁶³ Restorasyon Avrupası’nda ulusalcılık sindirilmişti ama Osmanlı’da azınlıkların ulusalcılık hareketleri XIX. Yüzyıl boyunca giderek artıyordu.

Modern hükümet yapısına II. Mahmut’la başlanmıştır. Merkezi otoriteyi sağladı, yeniçeriliği kaldırıp yerine seraskerlik kurumunu kurdu. Ulemayı kontrol altına aldı, ulemaya güç veren vakıfları 1826’da kurduğu “evkaf nezareti”ne bağladı, bu vezirliği daha sonra darphaneye

⁵⁸ Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İstanbul, Timaş, 2017, 46. Baskı, s. 34.

⁵⁹ Beydilli, “İslahat”, s. 184.

⁶⁰ Eren, M. Cevat, “Tanzimat”, MEB. *İA*, C.XI, ss. 709-765, s. 715.

⁶¹ Bkz. Erdem, Ali Rıza, “XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Eğitim: II. Mahmut ve Tanzimat Döneminde İlköğretimde Yapılan Yenilikler ve Değerlendirmesi”, Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 754-763; ayrıntı için bkz. Karakaş, Mehmet, “Tanzimat Sürecinde Eğitimde Modernleşme Hareketleri”, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 764-776. Tanzimat’ta kurulan muhtarlık örgütü öncesinde aynı görevi imam yapardı ve imam padişah beratı ile atanırdı; bkz. Çadircı, Musa (1991), *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı*, TTK Yayını, s. 40. Osmanlı’da mahalle imamı, kadı’nın temsilcisidir. Muhtarlık kuruluncaya kadar mahallenin mülki ve beledi amiri, tayinleri bizzat padişah tarafından yapılan imamlardır; Ortaylı, İlber, *Tanzimat’tan Sonra Mahalli İdareler*, Ankara, 1974, s. 109.

⁶² Bkz. Şeri esaslara ve kanunlara aykırı girişimlerde bulunulmaması, toplumun devamı ve devletin bekası için birlikte özveri ile çalışılması, ilmiye zümresinin ululemre itaatın lüzumunu beyan etmesine dair Mahmut II.’nin Kaymakam Paşa’ya yazdığı Hatt-ı Hümayun (Başbakanlık Osmanlı Arşivi), HH, 25672, 1224/1809.

⁶³ Bozkurt, *Resepsiyon Süreci*, s. 44; Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 41.

bağladı, böylece ulemayı ve diğer güçleri muhalefet olmaktan çıkararak etkisiz hale getirdi. Avrupa ülkeleri ile Sadrazamdan bağımsız olarak yazışma yapabilmelerini sağlamak gibi nedenlerle, 1836'da Sadaret Kethüdasını Umur-i Mülkiye Nezareti'ne, Reisü'l-Küttaplığı Umur-i Hariciye Nezareti'ne dönüştürdü. 1838'de Sadareti kaldırarak Başvekaleti ve Maliye Nezaretini oluşturdu. Başvekil artık padişahın mutlak vekili değildi. Ama 1839'da Başvekil Koca Hüsrev Paşa padişahın mührünü zorla aldı. II. Mahmut, Meclis-i Vükelayı kurdu, ama tam bir kabine sistemi yoktu. Haftada iki gün kabine toplanırdı ama bunda Divan-ı Hümayun'un adalet dağıtıcı özelliği yoktu. Vekilleri padişah tayin ve azlederdi ki sistem bununla Avrupa'dan ayrılmıştı. Meclis-i Vükela'nın kollektif sorumluluğu yoktu ki bu da Batı'dan ikinci ayrılıktı. Meclis-i Vükela kanun tasarılarını hazırlar ve Sadrazam'ın tezkeresiyle padişaha sunardı. Modern hukuk kavramları Tanzimat'tan önce II. Mahmut devrinde girmeye başladı, temeli II. Mahmut atmıştı. Sened-i İttifak ile iktidarın sınırlanmasını II. Mahmut başlattı. Ulema dışındaki askeri sınıf görevden alınır veya ölüm cezası ile cezalandırılırsa mal varlığına padişahın el koymasına müsadere denilir. II. Mahmut müsadereyi ve siyaseten katli kaldırdı. İlk kez Kabine yöntemini koydu. İlk kez idari yargı kavramı kuruldu; artık Osmanlı yurttaşları arasında eşitlik vardır, istisna yani fark sadece ibadet şekillerindedir.

II. Mahmut, kabine sistemine doğru adım atmış, başvekâlet ve vekaletleri oluşturmuş, kul sistemini kaldırmış yerine ilk personel sistemini kurmuştur. II. Mahmut'la birlikte, "bürokrasi" egemenliğini kurmuş, bu egemenlik, II. Meşrutiyet'e kadar sürmüştür. II. Meşrutiyetle birlikte yönetim, İttihat-Terakkinin "siyasi parti despotizmi"ne⁶⁴ dönüşmüştür. Balkanlardaki çalkantıyı önlemek için zimmilerle Müslümanların eşit olduğunu, tek farkın "ibadet" biçimlerinde olduğunu söylemiş, "Bundan böyle Müslümanları camide, Hıristiyanları Kilisede, Musevileri havrada görmek isterim." demiştir. II. Mahmut, ulema ve yeniçeri ile birlik olup Alemdar Mustafa Paşa'yı bertaraf etmiş, sonra ulema ile birlikte olup Yeniçeri Ocağı'nı kaldırmıştır. II. Mahmut düzeni yıkmış, yerine fazla bir şey koyamamıştır. XIX. yüzyılın ilk yarısında Osmanlı modernleşmesi çok çetin bir yoldan geçiyordu. Otorite boşluğu vardı; eski yıkılıyor, ama yeni hemen gelmiyordu. Bazı kesimler II. Mahmut'u gavur olmakla suçluyordu.⁶⁵ 1246/1830'da Mühendishane-i Bahri-i Hümayun (Deniz Harp Okulu), 1250/1834'de Mühendishane-i Berri-i Hümayun, 1254/1839'da Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane açıldı.⁶⁶

1 Haziran 1839 tarihinde gözlerini dünyaya yumduğu anda II. Mahmut, Donanması Mısır'a kaçmış, asi bir Vali'nin taciz ettiği, ordusu modernleşmemiş

⁶⁴ Genel olarak despotizm için bkz. Tocqueville, Alexis de (1957), *Democracy in America*, New York, Vintage Books, 5. Baskı, Volume I-II, C: II; s. 109 vd., 334 vd. ayrıca bkz. C: I, s. 264 vd., 281 vd.

⁶⁵ Bozkurt, *Resepsiyon Süreci*, s. 47.

⁶⁶ Bilim, Cahit Yalçın, "Osmanlılarda Eğitimin Çağdaşlaşması ve Askeri Okullar", Yeni Türkiye, Ankara, 1999, ss. 237-244.

bir İmparatorluğun başında bulunuyordu.⁶⁷ Yerine geçen Abdülmecit'i içte ve dışta büyük sorunlar bekliyordu.

A- SENED-İ İTTİFAK

II. Mahmud (1808-1839), hükümdar olduktan sonra önceliği reform çalışmalarına vermiş, ülkenin birliği için Sened-i İttifak denilen belgeyi imzalamıştır. II. Mahmud, tahta geçtiği yıl, Sened-i İttifak'ı (The Covenant of Alliance) gerçekleştirmiş, bürokraside önemli değişimleri başlatmış; kul sisteminden doğan müsadereyi kaldırmıştır. Yasa önünde eşitlik, iletişim özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve mülkiyetin korunması konusunda kararlar yayınlamıştır.⁶⁸ Sened-i İttifakla birlikte artık Ayan, Sultan'ın işine karışmayacak, Sultan da "kanun ve düzen"e aykırı bir karar vermeyecekti. Sened-i İttifak, kişisel salt egemenliğin bir dereceye kadar sınırlanması ve yönetimin kontrolü konusunda ilk teşebbüs sayılabilir. Ama Sened-i İttifak, ayanları devlet içinde devlet kıldığından ve Osmanlı'nın devlet olma özelliğini kaybettirebilecek özellikte olduğundan II. Mahmud, Ayanları kısa zamanda bertaraf etmiş,⁶⁹ mutlakiyetçi modernleşmenin yolunu açmıştır.

Padişah II. Mahmud'un, sadrazamı Alemdar Mustafa Paşa ile birlikte yaptığı Sened-i İttifak, uygulamaya konulmamış, ayanlar da tek tek ortadan kaldırılmıştır. Sened-i İttifak ile Padişah otoritesi sınırlanıyordu ki bu durum, Sultan II. Mahmud'un hoşuna gitmemiştir. Feodal muhalefet olan ayanlık, devletin bütünlüğüne aykırıydı; bunlar kontrol altına alınmalı sonra ortadan kaldırılmalydı.

Sened-i İttifak; önsöz, yedi madde ve bir ekten ibaret olup, devletin, ayanların varlığını kabul ettiği, devletin ayanlarına ve çocuklarına bazı haklar tanıdığı ve derebeyliklerini kabul ettiği bir metindir.⁷⁰ Sened-i İttifak'ın girişinde devletin birlik ve beraberliğinden ve bunun yararlarından söz edilir. Devlet, birlik varsa vardır. Devletin ve toplumun yararı karşısında kişisel yararlar gözetilmez. Sened-i İttifakın temeli sayılan yedi madde şöyle belirtilebilir: Herkes Padişah'a itaat edecektir. Ayanlar ve çocukları bunu teyit eder. Toplanacak asker, devletin askeri olup düşmana karşı koyacaktır. Devlet gelir toplamalı ve

⁶⁷ Hamlin, *Among The Turks*, s. 39.

⁶⁸ Sonyel, "Tanzimat and Its Effects on the non-muslim Subjects of the Ottoman Empire", s. 357.

⁶⁹ Abadan, Yavuz, "Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri", AÜHF Dergisi, C: XIV, 1957, S. 1-4, Ankara, s.3.

⁷⁰ Karal, *Osmanlı Tarihi*, C.V, s. 97. Sened-i İttifak'ın metni için bk. Suret-i Sened-i İttifak, *Tarih-i Cevdet*, C. IX, s. 280-283; iyi bir tahlili için bkz. İnalçık, Halil (1993), "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu", *Osmanlı İmparatorluğu, Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları, İncelemeler*, Eren Yayıncılık, İstanbul, ss. 343-350, ss. 343-350; Hazır, Hayati, "Sened-i İttifak'ın Kamu Hukuku Bakımından Önemi", DÜHF Dergisi, C.I, Sy. 2, Diyarbakır, 1984, ss. 17-28. II. Mahmud orijinalini yok ettiği için, Sened-i İttifak'ın aslı mevcut değildir, sadece Cevdet Tarihi'ndeki nüshası bulunmaktadır.

padişah emirleri yerine getirilmelidir. Her tür padişah emir ve yasağı sadrazamdan çıkar. Devlet ve Padişah otoritesi korunacaktır; kimseye haksız işlem yapılmayacak sorgusuz ve yargısız ceza verilmeyecektir. Kargaşa çıkaranlar yeniçeri bile olsa tedip edilecektir. Halkın korunması gerekir, haksız vergi alınmaması esastır. Sened-i İttifakın Ek'ine göre de, Sadrazam ve Şeyhülislam olacak kişiler, bu senedi imzalayacaklar, Padişah uygulanmasına nezaret edecektir.

Sened-i İttifak, merkezi hükümeti sınırlayıcı ve iki taraflı sözleşme niteliği taşır; ulema, asker ve umeraya rağmen Ayan'ın devleti sınırlamasıdır. Bu Senetle birlikte Padişah'ın mutlak vekili olan sadrazam, daha etkili bir konuma gelmiştir. Ahmet Cevdet Paşan, Sened-i İttifak'ı geçici bir önlem olarak algılamıştır.⁷¹ Senet, 1215 tarihli Magna Charta benzeri kabul edilebilir,⁷² denilse de, Magna Charta'ya sadece şeklen benzer, içerik olarak farklıdır. Sened-i İttifak hükümdarı gerçekte kısıtlamamıştır.⁷³ Hukuk devleti yolundaki ilk adım,⁷⁴ sayan görüşü ihtiyatla kabul etmek gerekir çünkü bu, aslında derebeylerin zorbalığını meşrulaştıran bir utanç belgesidir.⁷⁵ Sened-i İttifak ile asker ve vergi toplama sadece padişaha ait olmakla birlikte bu kurallara bağlı olarak kullanılacaktır.

Sened-i İttifak, anayasal gelişmemizin ve anayasal devlete geçişimizde bir nokta olarak belirtilebilir. Hukuk devletine doğru bir adım; önemli bir kamu hukuku belgesi sayılabilir;⁷⁶ anayasal monarşiye doğru geçişte küçük bir adımdır. Sened-i İttifak ile padişah ve devlet yöneticileri dışında bir irade, padişahın kendi yetkilerinin bir kısmını devretmiş oluyordu.⁷⁷

B- REFORMCU BÜROKRASİ

İki çeşit bürokrasi vardır; modernleşme sürecinden etkilenen ve siyasal-sosyal sistemi etkileyen bürokrasi. Kara Avrupası bürokrasisi⁷⁸

⁷¹ Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C: I-III, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, I. Cilt, 1966, s. 148.

⁷² Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1978, 3. Baskı, s. 39.

⁷³ Okandan, Recai Galip, "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", *Tanzimat*, 100. Yıl, s. 101 vd., s. 101.

⁷⁴ Akın, İlhan, *Kamu Hukuku*, İstanbul, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, 1974, 3. Baskı, s.301.

⁷⁵ Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 82.

⁷⁶ Akın, İlhan, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrini, Temel Hak ve Özgürlükler*, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, 1974, s. 42.

⁷⁷ Bozkurt, *Resepsiyon Süreci*, s. 46; Geniş bilgi, Altundere, Ahmet, Osmanlı İmparatorluğunda Özgürlüklerin Doğuşu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992, ss. 22-55.

⁷⁸ Kara Avrupa bürokrasisi için bkz. Heper, Metin, *Modernleşme ve Bürokrasi (Karşılaştırmalı Kamu Yönetimine Giriş)*, Ankara, Sosyal Bilimler Derneği, 1973, s.100-104.

İngiliz bürokrasisine göre,⁷⁹ siyasetin daha çok etkisindedir. Bürokrasi, kendi dışında alınmış kararları uygulayan bir kurum olup kolayca uyum sağlar.⁸⁰ XIX. yüzyılda Osmanlı'da sivil bürokrasi, diğer bürokrasilere göre daha çok sivrilmiş, önem kazanmıştır⁸¹ Bürokratik idare geleneği geçmişte olduğu gibi hala devam etmektedir.

3 Kasım 1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nu okuyan bürokratlara Babialı⁸² Diktatörleri denilebilir.⁸³ 3 Kasım 1839'a kadar Osmanlı'da sadrazamların otorite kurduğu görülmüştü ama bugünden sonra sadece sadrazam değil etrafındaki bürokratlar da yönetime egemen olmuştur. Tanzimat, Osmanlı modernleşmesinin çarpıcı dönemi olup artık bürokrasi yönetime egemendir. Tanzimat'tan sonra Babialı bürokratları, ülke yönetiminde yetki ve sorumluluk üstlenmişlerdir (1839-1876). 1839-1876 arasına Babialı Asrı da denilebilir. I. Meşrutiyet'ten (1876) sonra ise ülkeye egemen olan güç, Yıldız Sarayı'dır (1876-1908). II. Meşrutiyetten sonra İttihat Terakki yönetimi ele almıştır (1908-1920).

Her üç dönemin tipik özelliği, yaklaşık seksen yıl boyunca (1839-1920), otoriter bir yönetim anlayışı olmasıdır. Yukarıda belirtilen bu üç dönemin siyasal seçkinleri, biri birinden farklıdır. Tanzimat döneminde yetişen bu becerikli ve yaratıcı bürokratlar, ülkenin tek seçkinleri idiler. Bu dönemde, iktidar, Babialı'nın elindeydi ve devletin güçlenmesi için de ordunun modernleştirilmesi gerekiyordu⁸⁴. İkinci dönem olan 1876 sonrasında II. Abdülhamit, Osmanlı'da da hiç görülmemeyen bir yöntemle merkez yönetimini eline almış, bunu bürokrasiyi ve ideolojiyi kullanarak yapmıştır. Üçüncü dönem olan 1908 sonrası egemenlik⁸⁵ siyasi bir cemiyet olan İttihat Terakki'nin elindedir. Bu üç dönem görüldüğü gibi farklı özellikler taşımaktadır.⁸⁶

Gerileme döneminin başlangıcı sayılan 1699 tarihli Karlofça Anlaşması,⁸⁷ Grotius'un laik uluslararası hukuk sistemine göre imzalanmıştı; artık Osmanlı, uluslararası hukuka uygun davranmak zorundaydı. 1718 Pasarofça, 1739 Belgrat anlaşmaları da bu biçimde imzalandı. 1699 ve 1718 tarihli anlaşmalardan sonra 1774 tarihli Küçük

⁷⁹ İngiliz bürokrasisi için bk. Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, s.99-100.

⁸⁰ Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, s.111.

⁸¹ Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, s. 114.

⁸² Babialı kelimesi aslında Bab-ı 'Ali şeklinde yazılmalıdır ama burada pratik amaçla Babialı biçimi seçilmiştir.

⁸³ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 78.

⁸⁴ Osmanlı bürokrasisi için bkz. Findley, Carter V., *Osmanlı Devletinde Bürokratik Reform, Bab-ı Ali*, 1789-1922, Çev: Latif Boyacı ve İ. Akyol, İstanbul, 1994.

⁸⁵ Osmanlı Devletinde egemenlik kavramı için bkz. Akyılmaz, Gül, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, s. 89 vd.

⁸⁶ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 78.

⁸⁷ Karlofça Anlaşması için bkz. Parmaksızoğlu, İsmet (1952), "Karlofça", *MEB.İA*, C.VI, s. 346 vd.

Kaynarca Anlaşması, Osmanlı'yı adeta yıkmıştı. XVIII. yüzyılda dış ilişkilerde görevli olan Osmanlı bürokratlarının yıldızı parlıyordu.

1830'da köle ticareti yasaklandı; 1847'de Abdülmecit bir fermanla köleliği kaldırdı; 1857'de Abdülmecit çıkardığı bir ferman ile zenci köle ticaretini yasakladı⁸⁸.

1839-1856 Fermanlarının ağırlık noktası Müslüman'ın Müslüman olmayana eşitliği sorunu idi. Çağın değerleri de böyleydi ama Rusya Katoliklere ve Yahudilere eşit statü vermemişti. Avusturya ve Fransa da aynıydı; bu nedenle Osmanlı'ya eşitlikçi telkinde bulunmuş olamazlar. Fransa ve Rusya değil ama İngilizler eşitlik konusunda Osmanlı'ya telkinde bulunmuş olabilir.

Eşitliği özellikle Osmanlı bürokrasisi istiyordu ama Mekke Şerifi ve Mekke Uleması Tanzimat bürokrasisi için "kâfir" fetvası⁸⁹ çıkarmıştı. Halk da Müslüman'ın Müslüman olmayana eşit olduğu kararını uygulamadı. Trablusşam'da Müslümanlar, cenazeyi eşek üzerinde değil de omuzlarda taşıyan Hıristiyanlara saldırmıştı.⁹⁰

Osmanlı'da üç tür bürokrasi bulunmaktadır; askeri, sivil ve dini bürokrasi. İlk döneme askeri bürokrasi hâkimdi. Tanzimat bürokrasisi ise anayasal monarşinin öncüsü idi. Tanzimat döneminin ünlü devlet adamı Sadık Rıfat Paşa⁹¹ (1807- 1857), hükümdar, milletin hukukuna tabi olmalıdır, diyordu. Babıalî insan haklarına uymak için sürekli iradeler çıkarıyor, usulsüzlük yapanları cezalandırıyordu. 1852 Mayıs'ta Silistre Valisi Tosun Paşa, Üsküp'te bazı memurların halka sopa attığını Babıalî'ye ihbar ediyordu. Babıalî işkenceyi yasaklayan bir irade daha gönderdi;⁹² ama yargılama yapılmadan haksız tutuklamalar da vardı⁹³.

Osmanlı'da bürokratlar, kimi zamanlarda, devletin yararı ilkesine göre değil, Batılı egemen sınıfların çıkarlarına hizmet etme esasına göre seçiliyordu.⁹⁴ 1839 Tanzimat ve 1856 Islahat Fermanları ile "boynu kıldan ince" kapıkulu, artık bürokrasi oluyordu.⁹⁵ Kısaca kul sistemi terk ediliyordu. Osmanlı'da ahlât-ı erbaa denilen ve yaşam için zaruri sayılan

⁸⁸ Kölelik konusunda bkz. Watson, James L. (Ed.), *Asian and African Systems of Slavery*, University of London, Basil Blackwell-Oxford, 1980, s. I. Modern kölelik ve tarihte kölelik yaşamının koşulları için bkz. Henry W. Nevinson, *A Modern Slavery*, Schocken Books, New York, 1968, s. 306.

⁸⁹ "Fetva" için bkz. Atar, Fahrettin, "Fetva", *DİA*, C. XII, ss. 487-496.

⁹⁰ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 81-82.

⁹¹ Bkz. Günay, Bekir, Mehmet Sadık Rıfat Paşa'nın Hayatı, Eserleri ve Görüşleri, Yüksek Lisans Tezi, İÜ.SBE, 1992.

⁹² İşkenceyi yasaklayan Padişah İradeleri için bk. 15 Receb 1268/ 5 Mayıs 1852 tarihli İrade ve diğer İradeler; Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 83-84.

⁹³ Osmanlı İmparatorluğunda kamu hizmeti görenlerin işledikleri suçların büyük bölümüne zulüm denildiği bilinmektedir. Zulüm suçu, kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanarak vatandaşa karşı işledikleri suçlardır; Mumcu, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, s. 4.

⁹⁴ Yücekök, Ahmet N., *Siyaset Sosyolojisi Açısından Parlamentonun Evrimi*, AÜ.SBF Yayını, 1983, s.71.

⁹⁵ Yücekök, *Parlamentonun Evrimi*, s.71.

“toprak-su-ateş ve hava” yerine “kul-asker-timar ve reaya sistemleri” konulmuştu ki, şimdi bu sistemlerden vazgeçiliyordu. Batıda burjuvazi, devlete sahip olmak için, Osmanlı’da bürokrasi, devleti çökmekten kurtarmak için iktidarı sınırlamaya çalışmıştır. Bizde ulusal burjuvazinin ağırlığı yoktur ve destekçisi de, sanayi ürünlerine pazar bulmak isteyen Avrupa burjuvazisidir.⁹⁶ Osmanlı’da sınıfsal bir zorlama yoktur.

Tanzimat döneminde Osmanlı’da aristokrasi (soyluluk) yoktu; bu nedenle burjuva kültürü gelişmedi. Sadrazamın ve çocuklarının yarını teminatsız idi. XIX. yüzyılda tüccar-sanayici grubu gelişmedi. XIX. yüzyılda sadece cesur bürokrasi gelişebildi. 1839 ile bürokratlara ve diğer kişilere hayat ve servet güvencesi geldi. 1839’la cizye vergisi ve iltizam kalkacaktı; bu ikisi gerçekleşemedi ama belli düzenlemeler yapılabilirdi. Askerlik görevinin tüm Osmanlı yurttaşlarına uygulanması ancak I. Dünya Savaşı’nda olabildi.

Bürokratların otoriteyi ele geçirmesi, Tanzimat Fermanı’ndan önce yani XVIII. yüzyıldan sonra başlar. Mustafa Reşit Paşa, ilk hariciyeci Sadrazam değildir. 1740’da Fransız elçisi olan 28 Çelebi Mehmet’in oğlu Sait Mehmet Paşa 1746 yılında sadrazam olmuştu.⁹⁷ XIX. yüzyıl Osmanlı geleneği, sivil ve asker bürokratların birlikteliğidir ki bunlar restorator değil, değişimci veya Tanzimatçı (reorganisator) olmuşlardır. Bürokratlar, her yenilikte, ılımlılık (kaide-i tedric) kuralını uyguladılar. Osmanlı İmparatorluğu, Batı dünyasında genelde sempatiyle karşılanabiliyordu ama Balkanlardaki Slav isyanına karşı göstermiş bulunduğu şiddetten sonra Batı’da varolan bu sempati de kayboldu.

Bu dönemde İngiltere ve Fransa, gelişmiş endüstri imparatorluklarıydı. Osmanlı ise Ordusunu 1826 yılında ortadan kaldırmış, modern ordusunu hâlâ kuramamıştı. Osmanlı Devleti, ordusuz ve parasız kalmıştı. Keçecizade Fuat Paşa, Batı etkisine açık olan bu durum karşısında Fransız elçisine “bize süflörlük ediniz fakat sahneyi ve rollerin icrasını bize bırakınız” diyecek duruma gelmişti.⁹⁸ Tanzimat döneminde Avrupa’nın amacı, Osmanlı Devleti’ni modernleştirmek değildi; Batı, Osmanlı’da ekonomik ve politik çıkar peşindeydi. Batı’nın Rusya’yı ve Mehmet Ali Paşanın Mısır’ını modernleştirmesinin anlamı budur.

Tanzimat “Osmanlıcılığı”, Fransız İhtilali’ne Osmanlı’nın yorumu veya alternatif düşüncesiydi⁹⁹. Ama Babıali zor durumdaydı; Abdülmecit tahta çıktığının ikinci günü Kaptan-ı Derya (Hain) Ahmet Fevzi Paşa,

⁹⁶ Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasi Partiler*, C. I-III, İstanbul, 1952, s. 65.

⁹⁷ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 96.

⁹⁸ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, 98; bkz. Şişman, Adnan, “XIX. Yüzyıl Başlarında Fransa’daki İlk Osmanlı Öğrencileri”, *Yeni Türkiye*, Ankara, 1999, ss. 245-249.

⁹⁹ Tanzimatla birlikte dünyada bir değişim rüzgârı başlamıştır. Fransız Devrimi’nden alınan dersler için bkz. Averil Mackenzie-Grieve, *The Last Years of the English Slave Trade*, Liverpool 1750-1807, New York, 1968, ss. 250-268.

donanmayı Çanakkale'den kaçırıp Mısır Valisine teslim etmişti; Osmanlı Donanması, 1841'de dengeci dış politika ile geri alınmıştı.

XVIII. yüzyıldan sonra devletler merkeziyetçi dönüşüm geçiriyordu. Modern çağda merkeziyetçilik; devletin, mali-idari-hukuki alanda standart ve bütüncü bir kontrol kurması anlamına gelmektedir. Bu ise, kalabalık ve uzman bir bürokrasiye ve düzenli bir kayıt sistemine dayanmaktadır. Bunun otoriter ve totaliter olması gerekmez; aksine Batı Avrupa demokrasisi ve merkeziyetçiliği birlikte yaşanmıştır. Merkeziyetçilik, bürokrasinin gücü demektir.

Osmanlı, XIX. yüzyılda geleneksel devlet tipinden modern merkeziyetçi devlet tipine geçiş sürecini yaşadı. Osmanlı'da ordu ve idare XIX yüzyılda merkeziyetçidir. Merkeziyetçiliğin koşulları, XVIII. yüzyılın sonundan beri vardır. Merkezilik yanında laik gelişmeler de başladı. Modern mutlakiyetçi idare sisteminin ve hukuk devletinin temelleri II. Mahmut zamanında atıldı.

Tanzimat bürokratları en değersiz bir yönetmelikten, 1876 Anayasası'na kadar her mevzuat için Avrupa hukukunu karşılaştırmalı olarak incelemişlerdir. İdarede Fransa bir model olarak alındı. Bunun nedeni Fransa'nın özel bir yeri olması değildir, sadece koşullar uymaktadır. Artık memurlara maaş verilecek, hazinenin gelir giderleri bir elde yapılacaktır. Saraya bağlı danışma örgütü "Meclis-i Vala-yı Adliye" (MVA) idi. Türk İdare Tarihi için II. Mahmut dönemi, Tanzimat döneminin başı sayılır.¹⁰⁰

Tanzimat yöneticileri, ılımlı ve uzlaştırıcı olup, karşıtları olan insanları bile çalıştırmışlardır. Bugünün muhalifi, yarının çalışma arkadaşı görülmüştür. Babıali Diktatörleri denilen, Ahmet Cevdet Paşa medrese Reşit Paşa hariciye kökenlidir. Ali Paşa ağır başlı, Fuat Paşa nüktedan, lafını esirgemez bir kişiydi ki bu dört önemli paşa, bir döneme damgasını vurdular. Bunlar kimi zaman uzlaşlılardı ama bazen de biri birine aşırı muhalefet ederlerdi. Muhalifleri çoktu ama kimseyi kırmadan Osmanlı İmparatorluğu'nu modernleşmeye hazırladılar. Tanzimat döneminde gayrimüslimlerden de epey sayıda yüksek bürokratlar, Osmanlı Paşaları da vardı ki bunların 87'sinin adı bellidir; Ohannes Paşa, Nubar Paşa, Kostaki Paşa, Franko Paşa, Agop Paşa¹⁰¹, Artin Efendi, Serkiz Efendi gibi.¹⁰²

Osmanlı aydını, memur aydın grubu olup arkalarında örgütlenme geleneği yoktur. XIX yüzyılda bir aydın grubu doğdu ki bu ilk kuşak, aydın pragmatik reformculardır. Sonraki ikinci kuşak aydınlar ise siyasal

¹⁰⁰ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 110.

¹⁰¹ Agop Paşa'nın Maliye Nezareti'nden ayrılması konusunda Momorial Diplomatique Gazetesi'nde yayımlanan bendin tercümesi için bkz. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Y.PRK.TKM., 14 B 1304 h., D. No. 10, G. no. 32.

¹⁰² Tanzimat dönemindeki gayrimüslim yüksek bürokratların 87 kişilik listesi için bkz. Hamlin, *Among The Turks*, ss. 371-375.

ideoloji sahibi, grup ve kişi çekişmesi içerisinde bulunan, programlı siyasal muhalefet yapan bir kişiliğe dönüşmüşlerdir.

Aydın mutlakiyetçiliği Mustafa Reşit Paşa ile başladı; Mithat Paşa'nın anayasacılığıyla bitti. 1860'ların en önde üç kişisi, laik-ulusçu Şinasi, İslamcı-modernleşmeci Namık Kemal, İslamcılık-laiklik, Türkçülük-Osmanlılık arasında gidip-gelen Ali Suavi'dir. Şinasi, Batı'nın özünün akıl ve sorumluluk olduğunu söylerken tüm aydınlar gibi Batı-İslam sentezini savunuyordu. Namık Kemal ve Ziya Paşa da aynı sentezden uzak değildi. Ali Suavi ise laik hukuk sistemini savunan ilk düşünürdür.¹⁰³

Mustafa Reşit Paşa, (beş kez) sadrazamlık, Hariciye Nazırlığı, Meclis-i Vala Reisliği, Meclis-i Tanzimat Reisliği ve Valilik yapmış 61 yaşında iken ölmüştür (1857). Ali Paşa, Fuat Paşa, Mithat Paşa ve Ali Vefik Paşanın çalışmaları da, Mustafa Reşit Paşa'nın görevlerine benzemektedir. Reformları, Osmanlı ve Rusya'da hükümdar Meşrutiyet rejimi içerisinde, İngiltere'de zadedân yine Meşrutiyet rejimi içerisinde ve Fransa'da ise alt tabaka Cumhuriyet rejimi içerisinde gerçekleştirmiştir.

Tanzimat modernleşmesinde kadın konusunda, yeterli olmasa da, önemli gelişmeler olmuştur; 1895 ve 1908'de Osmanlı'da ilk kadın dergileri yayımlandı. 1908-1909 öğretim yılında Üniversiteye kız öğrenci alındı, 1909'da kadın dernekleri kuruldu. I. Dünya Savaşı başladığında bazı bakanlıklarda kadın memur çalıştırılmasına başlanmıştı; Balkan savaşında kadın işçi (amele) taburları teşkil edilmişti.¹⁰⁴ 1880'de Rusya Müslümanlarından bir grup kadın "Âlem-i Nisvan adlı bir kadın gazetesi çıkararak kadın haklarını savunuyorlardı. Osmanlı, kız liseleri (inas rüşdiyeleri) açarak kızları eğitti. Osmanlı'da kadın öğretmenlerin (muallime hanımların) sayısı da giderek artıyordu.¹⁰⁵

Reformcular bir bakıma çıkmazdaydı; XIX yüzyıl ortalarında ülkenin büyük kısmında demiryolu ve karayolu yoktu, deniz ulaşımı da yabancıların elindeydi. Osmanlı, tarımı ve üretimi olmayan, tezgâh sanayisi ve lonca üretimi geri bir ülke görünümündeydi. Tanzimat'ta sanayileşme yetersizdi; feshane ve çuha fabrikası, İzmit kâğıt fabrikası, Beykoz teçizat-ı askeriye fabrikası, Tophane, Beykoz (İnceköy) porselen fabrikaları dışında üretim yapacak fabrika yoktu. Osmanlı endüstrisi, gelişen ve ucuz üretim yapan Avrupa sanayii ile rekabet edemiyordu. 1789 senesinde İmparatorluk 34 Vilayete (Paşalığa) bölünmüş olup, nüfusun yaklaşık % 80 i köylü, % 20 si şehirliydi.¹⁰⁶

¹⁰³ Bozkurt, *Resepsiyon*, s. 54.

¹⁰⁴ Toprak, Zafer, *Türkiye'de Milli İktisat (1918-1918)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1982, s. 312-316.

¹⁰⁵ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 224.

¹⁰⁶ Osmanlı'da nüfus için bkz. Koç, Yunus, "Osmanlı İmparatorluğunun Nüfus Yapısı (1300-1900)", 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 599-614; Avşar, Zakir/Solak, Ferruh,

Sanayileşme Abdülmecit zamanında başlamıştı. XIX. yüzyılda sanayileşmenin yetersizliğinin nedenleri; Osmanlı toplumunun, rekabet toplumu olamaması ve lonca düzeninin sanayi toplumuna ters bir anlayış olmasıydı.

Osmanlı klasik çağında başarıyla uygulanan miri arazi sistemi, toplum-kişi menfaat dengesini kurmaya çalışan ulusal karakterli bir sistemdir. Bu sistem, XVI. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren bozulmaya başlamış, bozulmanın önü alınamamış, reformlar yetersiz kalmıştır. Genelde benimsenen görüşe göre, Tanzimat'ın ilanı ile tımar sistemi kaldırılmış, miri arazinin miras yoluyla intikal ve tasarrufunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Tımar sahipleri devlete karşı görevlerini yapmamış, reayayı ezmeye başlamış; kredi alan çiftçi ağır faizli borç altında toprağını kaybetmiş, Hazine sıkışınca miri arazileri satmaya başlamış, miri arazi giderek mülke dönüşmüştür. Padişah İradeleri de mülkleşme eğilimini desteklemiş, 1263/1847 ve 1274/1858 tarihlerinde çıkarılan nizamnamelerle mirasla intikal ve tasarruf bakımından miri arazi, özel mülk araziye bir hayli yaklaştırılmıştı. 1274/1858 tarihli Arazi Yasası, miri arazinin mülk haline geçişini hızlandırmıştı. 1284/1867 tarihli Tevsi-i İntikal Kanunu ve 1328/1910 tarihli ikinci bir kanun ile miri arazi, miras rejimi bakımından pek az farklarla bugünkü anlamda özel mülk araziye dönüşmüştür.¹⁰⁷

XIX. yüzyılda Osmanlı ekonomisi yarı-sömürgeci. Osmanlı, bir ortaçağ zihniyeti ve ekonomisiyle kalmış, hızla modernleşen devletlerin dünyasında yaşama şansı çok az olan bir devlettir.¹⁰⁸ Hemen yıkılması beklenen İmparatorluğun ömrü, şayet biraz uzamışsa, bu durum Osmanlı diplomasisinin ustalıklı yürüttüğü denge oyunları ile başarılmıştır. XVIII. yüzyıl sonrası Osmanlı, Portekiz ve İspanya ekonomileri zamana adım uyduramıyordu. Ordularının ve memurlarının beklediği alanlarda, yabancılar vergisiz-gümrüksüz ticaret yapıyordu. Ülkeye vergi vermeden sızan bu sermaye ve tüccar grubu önlenemiyor, vergi alınamıyordu. XIX. yüzyılda Yemen ve Makedonya isyanlarla para yiyen, geliri de olmayan "beyaz filler"di.¹⁰⁹ İşte reformcular bu geri ekonomiyi miras almışlardı; iktisadi engelleri aşamıyorlardı. Geciken Osmanlı modernleşmesinin çıkmazı buydu.¹¹⁰ Mültezimler, 1584'de iltizam işine başlamış, giderek tarımsal ekonomiyi

"İmparatorluk Türkiye'sinde Yapılan Nüfus Sayımları", Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara 2000, ss. 615-617.

¹⁰⁷ Bu paragrafın yazılmasında şu eserden yararlanılmıştır; Cin, Halil, *Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, Konya, 1987, Selçuk Üniversitesi Yayını, Ekli II. Baskı, ss. 1-351, özellikle ss. 347-351.

¹⁰⁸ Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, s. 36.

¹⁰⁹ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 203.

¹¹⁰ Ortaylı.

ele geçirmişler, Avrupa'ya hammadde satmışlar,¹¹¹ ülkenin geri kalmasına neden olmuşlardır.

Osmanlı modernleşme süreci, organik modernleşme ve dışarıdan zorla kabul ettirilmiş modernleşme süreçlerinden oluşan karma bir süreçtir.¹¹² XIX. yüzyılda Batı ile ekonomik ilişkiler arttıkça, dışarıdan zorla kabul ettirilmiş modernleşme süreci daha etkinleşmiştir.

Klasik modernleşmenin, aksaksız olarak süreceği anlayışı kabul edilmemektedir. Örneğin, Nazi Almanya'sında süreç geriye gitmişti. Aslında modernleşme konusunda genelleme yapmak da yanlıştır; her ülkenin tarihi birbirinden farklıdır.

Parlamento kurumu İngiltere'de 1688 de, Fransa'da 1789 da belirli bir aşamadan geçerek gelişmiştir.¹¹³

Tanzimat meclislerinde bulunan bürokratlar (kurullar) adeta yasama görevi görmüşlerdir. Sivil ve askeri bürokrasi I. ve II. Meşrutiyet dönemlerinde adeta bir oligarşi teşkil etmişlerdir.

Osmanlı'nın ileri gelen bürokratları, Mustafa Reşit Paşa (1800-1858), İbrahim Şinasi (1824-1871) ve Mithat Paşa (1822-1884), Auguste Comte'un (1789-1857) kurduğu Pozitivizmin tam etkisinde değildiler. Tam etkisinde olanlar, Ziya Gökalp (1876-1924), Beşir Fuat (1852-1887) ve Hüseyin Cahit Yalçın (1874-1957) gibi kişilerdir.¹¹⁴ Auguste Comte, Mustafa Reşit Paşa ve Deli Petro'ya da görüşlerini anlatan mektuplar göndermişti. Şinasi, Mustafa Reşit Paşaya adeta bir Elçi (Resul) gibi hitap etmişti.¹¹⁵

C- REFORMCU HARİCİYE

Modernleşmeci, merkeziyetçi ve reformcu bürokratlar, Babıali'nin dışişleri bölümündeydi. III. Selimden sonra Osmanlı, Avrupa başkentlerine sürekli elçi göndermiş olup bilinen ilk resmi konsolos (şehbender) (İngiliz) Mahmut Raif Efendidir. Daha önce Nevşehirli İbrahim Paşa, Viyana'ya bir konsolos tayin etmişti (167). Özellikle Dışişlerinde yeni kurulan tercüme bürosu mükemmeldi. İlk umur-i Hariciye Nazırı, aynı zamanda en son Reisül-küttap olan Yozgatlı Akif Efendi oldu ve vezir rütbesiyle 1251/ 1835 tarihinde tayin edildi.

¹¹¹ Yücekök, Ahmet N., "XIX. Yüzyıl Osmanlı Ticaret Sözleşmeleri" AÜ.SBF Dergisi, C: 23, No. 1, 1968, s. 381-426.

¹¹² Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, s. 20 dn 2.

¹¹³ Heper, *Modernleşme ve Bürokrasi*, s. 22.

¹¹⁴ Korlaelçi, Murtaza, "Bazı Tanzimatçılarımızın Pozitivistlerle İlişkisi", *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 31 Ekim-3 Kasım 1989, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1994, XXVI.Dizi, - Sa.5, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 26.

¹¹⁵ Korlaelçi, "Bazı Tanzimatçılarımızın Pozitivistlerle İlişkisi", s. 32-33, 41; geniş bilgi için bkz. Akyılmaz, Gül, *Reisül-Küttap ve Osmanlı Hariciye Nezaretinin Doğuşu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1993.

Osmanlı İmparatorluğu; yurtdışındaki sefaretlere ve merkez yönetimi olarak, özellikle XVIII. yüzyıl boyunca da Avrupa'ya gözlüyordu. XVIII. yüzyılda elçilerimizin yazdığı Osmanlı Sefaretnameleri Türk Edebiyat Tarihi için olduğu kadar, Batı için de bir kaynak sayılır. Büyük Petro devrindeki Rus Sefiri Mehmet Ağa, Çar'ın yaptığı geçit töreni ve yeni protokol düzeni için "Çar'ın maskaralıkları" der. Rus Sefiri Mustafa Rasih Paşa (II. Katerina zamanı) Batı'yı olumsuz, Fransa'daki Sefir 28 Çelebi Mehmet Efendi Batıyı olumlu anlatır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun bakanlar kurulu Divan-ı Hümayun idi ve XVIII. yüzyıla kadar önemini korumuştur. XVIII yüzyılın ortalarından itibaren Babiali (Paşa Kapısı) önem kazandı. Divan-ı Hümayun'un üç adet kalemi vardı; Divan kalemi, Rûus kalemi ve Tahvil kalemi.

Reisü'l-küttap'a bağlı kalemlerin birincisi Beylikçi veya Divan Kalemidir. Divan(-ı Hümayun) kalemi veya beğlik kalemi devletin gizli işlerini yapardı. Bunun amirine Beğlikçi denir ki Reisü'l-küttab'ın yardımcısıdır. Osmanlı'da beylik, hükümdara ait hak ve yetki demektir, örfi alandaki yetkileri kapsar.¹¹⁶ Yazıların müsveddesini Beğlikçi yazar, Reisü'l-küttab'ın görüşünü alır, Sadrazamın da onayını alınca, yazı gizli ise Beğlikçi bizzat yazardı. Divan-ı Hümayun kalemi veya beğlikçi kaleminde ferman ve beratlar yazılırdı. Her tür anlaşmalar, kanun, nizam ve talimatnameler (mevzuat) burada saklanırdı. Kâtiplerin üzerinde kisedar vardı. Ayrıca mümeyyiz, yazılanları denetlerdi. Kanuncu, yazılan emirlerin mevzuata uygun olup olmadığını kontrol ederdi. Divan-ı Hümayun'dan çıkacak bir kararın, Devletin kanunlarıyla uyumunu bildiren kayıtlar (mukteza kayıtları) burada tutulurdu.¹¹⁷ Uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukukla ilgili işler, Divan-ı Hümayun kaleminde saklanırdı. Yabancı devletlerle yapılmış her tür anlaşma, verilen her tür imtiyaz ve gayrimüslim cemaatlere ait vesikalar beylik kaleminde saklanırdı¹¹⁸.

İkincisi tahvil (nişancı, kise) kalemidir ki kadılık beratları, has, zeamet, tımar tevcih beratları, meşihat ve esnaf kethüdalığı beratları yazılırdı.

Üçüncüsü ruus kalemi olup, vakıflar ve saray çalışmalarının kaydını tutarlardı. Bu üç kaleminde yazılanları sırasıyla mümeyyiz, kisedar, beylikçi ve Reisü'l-küttap tetkik ve tasdik ederdi. Reisü'l-küttap yazıyı sadrazama arz eder, o da buyrulduyu ekler, berat yazılır, nişancı tuğra çekerdi.

¹¹⁶ İnalçık, "Reisü'l-küttap", MEB. İA. (ss. 546-550), (<https://www.scribd.com/doc/284071620/Reisulkuttap-Halil-İnalçık-pdf>) (Erişim Tarihi: 19.5.2020), s.674. Osmanlı öncesinde Mühimme Defteri yerine Tezakir Defterleri tutulurdu.

¹¹⁷ Çetin, Atilla, "Osmanlı Devletinin Sırlarını Koruyan Daire, Divan-ı Hümayun Kalemi ve Önemi", Türk Dünyası Tarih Dergisi, Temmuz 1992, Sayı 67, Yayınlayan TDA Vakfı, ss. 18-23, s. 19. Divan-ı Hümayun Kalemini, 1211/ 1796 yılında III. Selim tarafından çıkarılan bir ferman etraflıca düzenlemiştir.

¹¹⁸ İnalçık, "Reisü'l-küttap", s. 675.

Dördüncü kalem amedi veya amedci kalemidir. 1180/1777'de kurulmuş, Reisü'l-küttap'ın özel kâtibi sayılır, gelen-giden evraka sayı verir. Sadrazamın yabancı Devlet başkanlarına göndereceği mektupları hazırlar, bu alanda yapılacak toplantılarda hazır bulunur, konuşma zabıtlarını tutar. Amedci, Saray ile Babıali arasındaki gizli yazışmaları yazar, uluslararası ilişkilerdeki yazışmaları yapardı. III. Selim döneminde amedci önem kazanmıştır. Mustafa Reşit Paşa, amedcilikten Reisü'l-küttap olmuştu.¹¹⁹ Mevkufati Mehmet, kütüphane kurucusu Ragıp Paşa, Kâtip Çelebi, Cahız, İbn Mukaffa ve İbn Kuteybe kâtiplikten gelme kişilerdir. Ulema ile küttap (kalemiye) biri birine rakip olmuş, biri diğeri aleyhine bulunmuşlardır. Seyfiyeden¹²⁰ gelen kâtipler bey unvanını taşırdı ama bu kâtiplerce iyi görülmezdi.

Kâtiplerin görevleri; Osmanlı'da kâtip usta-çırak ilişkisi ile yetişir. Osmanlı, seyfiye sınıfına yönetimde üstün bir önem vermekle birlikte kalemiye (bürokrasi) geleneğini tüm özelliği ile sürdürmüştür. Kadı ve müderrislerden yetenekli olanlar da kalemiye sınıfına geçebilirdi.¹²¹ Kanuncu adı verilen kâtip, mevcut devlet kanunlarının muhafızıydı. İlamcı denilen kâtip, mukteza tezkerelerini yazardı. Mümeyyiz denilen kişi, kâtiplerin yazdıklarını düzeltirdi. Serdefterci, mevcut defterleri korurdu. Mühimmenüvis, gizli ve mühim ferman ve emirleri yazardı. Beğlikçi, daha gizli evrakları yazardı. Doğrudan sadrazama bağlı memurlara Rical-i Babıali denirdi. Vezirler selimi veya kallavi giymişse, Reisü'l-küttap da selimi ve erkân kürkü giyerdi. Reisü'l-küttap doğrudan Sultan'la görüşemezdi, bu, sadrazama aittir. Osmanlı yetki ve sorumluluğu tek vezirde (sadrizamda) birleştirmiştir. XVIII. Yüzyılda, diplomasi Osmanlı için daha çok önem taşıdığından, Reisü'l-küttap nişancıya bağlılıktan çıkmış, doğrudan Sadrazam'a bağlanmıştır.

Hariciye Nezareti müsteşarı, hariciye kâtibi olarak bilinir ve bugünkü Dışişleri Genel Sekreteri'nin görevini yapardı.¹²² Bab-ı Seraskeri (Serasker Kapısı, 1900 da Harbiye Nezareti adını aldı) yanında Erkan-ı Harbiye kuruldu.¹²³ 1863'e kadar Osmanlı'da düzgün ve sistemli bir bütçe yoktur.¹²⁴ Klasik dönemde yöneticiler askerden seçilirdi; Tanzimat'ta asker-sivil ayrımı yapıldı. Vezir, mareşal (müşir) ile eşit tutuldu. XIX yüzyılda Batı bilimini Türkiye'ye getiren asker değil sivil

¹¹⁹ İnalçık, "Reisü'l-küttap", s. 675.

¹²⁰ Seyfiye sınıfı, Divan'da vezirler, Yeniçeri Ağası, Kapudan Paşa ile temsil edilir ve yürütme gücünü oluştururdu. Kalemiye ise Divanda defterdar ve nişancı ile temsil edilirdi.

¹²¹ İnalçık, "Reisü'l-küttap", s. 676-677.

¹²² Kuneralp, Sinan, "The Ministry of Foreign Affairs Under The Ottoman Empire", s. 494-511 (<https://core.ac.uk/download/pdf/38327344.pdf>). (Erişim tarihi: 19.5.2020), s. 494-495.

¹²³ Shaw, Stanford J., *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, C. I- II, Cambridge University Press, 2002, C. II, s. 75.

¹²⁴ Velay, A. Du, *Türkiye Maliye Tarihi*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı, Ankara, 1978, s. 26-27.

bürokrasi ve medrese mensuplarıdır.¹²⁵ Ama askeri okulların kuruluşu (1827 de Askeri Tıbbiye gibi) önemliydi. II. Mahmut tekkeleri denetim altına almaya başladı. Nakşibendilik ve Mevlevilik dışındaki tekkeler; İstanbul'daki üç yer dışındaki Bektaşî tekkeleri kapatıldı. 1866 da Şeyhülislamlığa bağlı Meclis-i Meşayih kuruldu ve tekkeler denetim alınmaya çalışıldı ama bunda başarı sağlanamadı. Tarikat ve tekkeler 1925 senesinde ortadan kaldırıldı.¹²⁶

Osmanlı'da Reisül-küttap'a reis efendi de denir. Doğrudan sadrazama bağlı olup Osmanlı öncesi Ortadoğu devletlerinde (Emevi, Abbasi, Tolunoğlu, Fatimi) de benzeri kurumlar vardır. Muaviye'nin 60/680 de kurduğu Divan-ı Resail'in başı olan kâtip, giderek, vezir, nişancı ve Reisül-küttap olmuştur. Bu divanda 60/680 sonrasında her mektubun sureti sallanır. Osmanlı'da vesikanın padişah adına tasdiki işini tevki de denilen nişancı yapar ki Reisül-küttap' a bağlıdır. Osmanlı'da sadrazamların çoğu genelde umeradan gelmekle birlikte, 115/1703 den sonra kalemiyeden yetişeceklerdir. İlk Osmanlı vesikalarında diplomatik kurallar, tuğra, ünvanlar, dua ve lanet tabirleri ile Türk-İslam geleneği devam ettirilmiştir.¹²⁷

Osmanlı'da bürokrasiyi öğreten değerli kitaplar vardı ki bunların ismi genelde; Adabü'l-Küttap (Kâtiplerin adabı) idi. Gerçek veya temsili mektupların yer aldığı Münşeât Mecmuaları da önem taşımaktadır.¹²⁸ Sistemin iyi işlenmesini sağlayan kâtibin, çok iyi bir eğitim ve öğrenim görmüş olması aranır.

Fatih kanunnamesinde idarenin üç ana kapısı vardır; hukuk, maliye ve diğer sorunlar. Hukuk bölümünün başı kazasker, maliyeninki defterdar kalan diğer tüm konuların sorumlusu vezirlerdir.

Osmanlı'da Reisül-küttap'a Reis Efendi de denir. Doğrudan sadrazama bağlı olup Osmanlı öncesi Ortadoğu devletlerinde (Emevi, Abbasi, Tolunoğlu, Fatimi) de benzeri kurumlar vardır. Muaviye'nin 60/680 de kurduğu Divan-ı Resail'in başı olan kâtip, giderek, vezir, nişancı ve Reisül-küttap olmuştur. Bu divanda 60/680 sonrasında her mektubun sureti saklanır. Osmanlı'da vesikanın padişah adına tasdiki işini tevki de denilen nişancı yapar ki Reisül-küttap'a bağlıdır. Osmanlı'da sadrazamların çoğu genelde ümeradan gelmekle birlikte, 115/1703 den sonra kalemiye sınıfından yetişeceklerdir. İlk Osmanlı vesikalarında diplomatik kurallar, tuğra, ünvanlar, dua ve lanet tabirleri ile Türk-İslam geleneği devam ettirilmiştir.¹²⁹

¹²⁵ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 119.

¹²⁶ Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 122-123.

¹²⁷ İnalçık, *"Reisül-küttap"*, s. 672. İlhanlı egemenliğinde yayılan Biti kavramı Uygur etkisiyledir. İlhanlılarda yazı işlerinin başına "uluğ-bitikci" denirdi.

¹²⁸ İnalçık, *"Reisül-küttap"*, s. 677.

¹²⁹ İnalçık, *"Reisül-küttap"*, s. 672. İlhanlı egemenliğinde yayılan Biti kavramı Uygur etkisiyledir. İlhanlılarda yazı işlerinin başına "uluğ-bitikci" denirdi.

SONUÇ

Hiç şüphe yok ki, tarihini bilmeyen geleceğini bilemez, kendi anayasa tarihini bilmeyen, günümüz Türk anayasa hukukunu kavrayamaz. Geçmişten ibret almayan toplumlar geleceğini doğru tasarlayamaz. Türk anayasa hukuku tarihini bilmeyen Dünya anayasa hukukunu doğru okuyamaz. Bu nedenle Türk anayasa hukuku tarihi çalışmaları, küresel anayasa hukukuna önemli bir katkıdır. Özellikle günümüz çoğu devletinin anayasal hafızası olan Osmanlı İmparatorluğu dönemi anayasa hukuku çalışmaları, geleceğe tutulan bir ayna olarak kabul edilmelidir. Ele aldığımız dönem, genel olarak, 1699 tarihli Karlofça Antlaşması ile 1839 Tanzimat fermanı arası dönemdeki reform girişimleridir

Türk İmparatorluk anayasacılığının son dönemini ele alan bu çalışmada dönemin şartları analiz edilmeye çalışılmıştır. Reform çalışmalarında reformcu bürokrasinin ve Reisü'l-küttap'ın (Hariciye Nezareti'nin) rolü ayrıntılı olarak belirtilmiş, gelişmiş endüstri imparatorlukları olan İngiltere, Fransa, Rusya gibi ülkeler karşısında Balkanlar, Afrika ve Arap dünyasındaki topraklarını korumaya çalışan geleneksel İmparatorluğun anayasal çizgisinin tespitine çalışılmıştır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun, içe kapanarak önemli sorunlar yaşamaya başladığı sırada büyük gelişmeler ve ilerlemeler yapan Batı'yı okuyamadığı, teknolojik yenilikleri izleyemediği, uluslararası gelişmeleri yeterince değerlendiremediği, bu konulara güç yetiremediği anlaşılmaktadır. Batı'nın üstünlüğünün fark edilerek Devlet'in ilk yenilgisini aldığı 1699 tarihli Karlofça Anlaşması, geç kalınmış bir zamandır ve çöküş başlamıştır.

Devlet hayatında reform çalışmaları, çöküşmüşlüğü izale eden bir kurtuluş umudu olarak kabul edilmelidir. Zamanında reform çalışmalarına önem vermeyen devletler, bunun acısını ilerleyen dönemde çekmişler, bedelini çok kötü şekilde ödemişlerdir.

KAYNAKÇA

Ahmet Cevdet Paşa, *Tarih-i Cevdet*, C: V, İstanbul, Sadeleştirilmiş, Üçdal Neşriyat, 1994.

Akın, İlhan, *Kamu Hukuku*, İstanbul, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası. 1974, 3.Baskı.

Akın, İlhan, *Kamu Hukuku, Devlet Doktrini, Temel Hak ve Özgürlükler*, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, 1974.

Akkutay, Ülker, *Enderun Mektebi*, Ankara, Gazi Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayını, 1984.

Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devleti’nde Egemenlik Kavramının Gelişimi”, *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı.

Akyılmaz, Gül, Reisü'l-Küttap ve Osmanlı Hariciye Nezaretinin Doğuşu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1993.

Abadan, Yavuz “Osmanlı İmparatorluğunda Anayasa Sistemine Geçiş Hareketleri”, *AÜHF Dergisi*, C: XIV, 1957, S.1-4, Ankara.

Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1978, 3.Baskı.

Altundere, Ahmet, Osmanlı İmparatorluğunda Özgürlüklerin Doğuşu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1992.

Arıkan, Sema, Ebu Bekir Ratip Efendinin Büyük Layihası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.

Avşar, Zakir/ Solak, Ferruh, “İmparatorluk Türkiye’sinde Yapılan Nüfus Sayımları”, *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2000, ss. 615-617.

Averil Mackenzie-Grieve, *The Last Years of the English Slave Trade, Liverpool 1750-1807*, New York, 1968.

Ayhan, Halis, “XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti’nde Kurulan Cemiyet-i İlmîyelerin Eğitim ve Öğretim Çalışmaları”, *Yeni Türkiye*, Ankara, 1999, ss. 261-267.

Atar, Fahrettin, “Fetva”, *DİA*, C. XII, ss. 487-496.

Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), HH, 825, 1202/1787-1788.

Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Y.PRK.TKM., 14 B 1304 h., D. No. 10, G. no. 32.

Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), HH, 25672, 1224/1809.

Beydilli, Kemal (1999), “İslahat”, “XVIII. Yüzyıldan Tanzimat’a Kadar”, C. XIX, İstanbul, 1999, ss. 174-185.

Bolay, Süleyman H., "Klasik Dönem Osmanlı Düşüncesi ve Osmanlı'da Tehafüt *Tutkusu*", s. 11-30, Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2000, ss.11-30.

Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci) (1839-1939)*, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1996.

Bilim, Cahit Yalçın, "Osmanlılarda Eğitimin Çağdaşlaşması ve Askeri Okullar", Yeni Türkiye, Ankara, 1999, ss. 237-244.

Cihan, Ahmet, *Reform Çağında Osmanlı Uleması 1789-1876*, İstanbul, 1995.

Cin, Halil, *Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü*, Selçuk Üniversitesi Yayını, Konya, 1987, Ekli II. Baskı.

Çadırcı, Musa, *Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı*, TTK Yayını, 1991.

Çetin, Atilla, "Osmanlı Devletinin Sırlarını Koruyan Daire, Divan-ı Hümayun Kalem ve Önemi", Türk Dünyası Tarih Dergisi, Temmuz 1992, Sayı 67, Yayınlayan TDA Vakfı.

Defterdar Sarı Mehmet Paşa, *Devlet Adamlarına Öğütler*, Sadeleştiren: Hüseyin Ragıp Uğural, Kültür Bakanlığı, (*Nesaihü'l-Vüzera Ve'l-Ümera veya Kitab-ı Güldeste*), İstanbul 1987.

Eren, M. Cevat, "Tanzimat", *Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi*, 1970, C. XI, ss. 709-765.

Erdem, Ali Rıza, "XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Eğitim: II. Mahmut ve Tanzimat Döneminde İlköğretimde Yapılan Yenilikler ve Değerlendirmesi", Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 754-763.

Ergin, Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-i Belediye*, C: III, İst. 1338/1922, Tıpkı Basım, İstanbul, 1995.

Findley, Carter V., *Osmanlı Devletinde Bürokratik Reform, Bab-ı Ali, 1789-1922*, Çev: Latif Boyacı ve İ. Akyol, İstanbul, 1994.

Gökbilgin, M. Tayyip, "Nizam-ı Cedid", *Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi*, C: IX, 1964, ss. 309-318.

Günay, Bekir, Mehmet Sadık Rıfat Paşa'nın Hayatı, Eserleri ve Görüşleri, İÜ.SBE, Yük. Lis. Tezi, İstanbul, 1992.

Hamlin, Cyrus, *Among The Turks*, New York, Robert Carter And Brothers Press, 1878.

Hasan Kâfi Akhisari, *Usulü'l-Hikem fi Nizami'l-Âlem*, Yayına hazırlayan: Kenan Ziya Taş, Set Matbaacılık, Diyarbakır, 1999

Hazır, Hayati, "Sened-i İttifak'ın Kamu Hukuku Bakımından Önemi", DÜHF Dergisi, C.I, Sy. 2, Diyarbakır, 1984, ss. 17-28.

Heper, Metin, *Modernleşme ve Bürokrasi (Karşılaştırmalı Kamu Yönetimine Giriş)*, Sosyal Bilimler Derneği, Ankara, 1973.

<http://static.dergipark.org.tr/article-download/8204/01d3/e886/5df74706dba5d.pdf>? (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

[https://tr.wikipedia.org/wiki/Tarih-i Devlet-i_Aliyye-i_Osmaniyye](https://tr.wikipedia.org/wiki/Tarih-i_Devlet-i_Aliyye-i_Osmaniyye) (Erişim Tarihi: 23.5.2020).

<https://www.haberturk.com/yazarlar/murat-bardakci/1031863-bilen-bilmeyen-herkes-konusuyor-osmanli-devletinin-resmi-adi-devlet-i-aliyyedir> (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

<https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/osmanlidan-gunumuze-turkiyenin-kimlik-kartlari/531988> (Erişim Tarihi: 23.05.2020).

İpşirli, Mehmet, “Enderun”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XI, İstanbul, 2011, ss. 185-187.

İpşirli, Mehmet, “Islahat”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XIX, 1999, s. 170-174.

İnalçık, Halil, “Adaletname”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: I, 1988, ss. 346-347.

İnalçık, Halil, “Adaletnameler”, *Türk Tarih Belgeleri Dergisi*, 1965, C: II, Sayı, 3-4, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1967 (Ayrı Basım).

İnalçık, Halil, *The Ottoman Empire The Classical Age 1300-1600*, Traslated by, Norman Itzkowitz and ColinImber, Weidenfeld and Nicholson, London, 1973.

İnalçık, “Reisül-küttap”, *MEB. İA.* (ss. 546-550), ([https://www.scribd.com/doc/284071620/ Reisulkuttap-Halil-İnalçık-pdf](https://www.scribd.com/doc/284071620/Reisulkuttap-Halil-İnalçık-pdf)) (Erişim Tarihi: 19.5.2020).

İnalçık, Halil, “*Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu*”, *Osmanlı İmparatorluğu, Toplum ve Ekonomi Üzerinde Arşiv Çalışmaları, İncelemeler*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 1993, ss. 343-350.

İbn Rüşd, *Tehafüt et-Tehafüt, Tutarsızlığın Tutarsızlığı*, Çev: Kemal Işık/ Mehmet Dağ, 19 Mayıs Üniversitesi Yayını, Samsun, 1986.

Karakaş, Mehmet, “*Tanzimat Sürecinde Eğitimde Modernleşme Hareketleri*”, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 764-776.

Karal, Enver Ziya, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedit*, 1789-1807, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1998.

Karal, Enver Ziya, *Osmanlı Tarihi, Birinci Meşrutiyet ve İstibdat Devirleri (1876-1907)*, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1988.

Koç, Yunus, “Osmanlı İmparatorluğunun Nüfus Yapısı (1300-1900)”, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, ss. 599-614.

Korlaelçi, Murtaza, “*Bazı Tanzimatçılarımızın Pozitivistlerle İlişkisi*”, *“Tanzimat” in150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 31 Ekim-3 Kasım 1989, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, XXVI. Dizi, Sa.5, Türk Tarih Kurumu Basımevi. 1994

Tokatlı Mustafa Ağa, *Koca Sekbanbaşı Risalesi*, Hazırlayan, Abdullah Uçman, Tercüman 1001 Temel Eser, İstanbul, tarihsiz.

Koçi Bey Risalesi, Sadeleştiren: Zuhuri Danişman, MEB Devlet Kitapları, İstanbul, 1972.

Köktaş, Arif, “Osmanlı Devletinde Bir Saray Teşkilatı: Enderun Mektebi”, Yeni Türkiye, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2000, ss. 717-721.

Kushner, David, "Career Patterns Among The Ulema İn The Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries", Tanzimatın 150. Yılı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 31 Ekim-3 Kasım 1989, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1994. ss. 165-171.

Kuneralp, Sinan, "The Ministry of Foreign Affairs Under The Ottoman Empire", s. 494-511 (<https://core.ac.uk/download/pdf/38327344.pdf>). (Erişim tarihi: 19.5.2020).

Kütükoğlu, Mübahat, S., "Ferman", *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XII, 2012, ss. 400-406.

Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev: Metin Kıratlı, 1988, 3. Baskı, Ankara.

Macdonald, Duncan B., M.A.B.D., *Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, Beirut, Khayats, 1965.

Mardin, Şerif, "Center-Periphery Relations, A Key to Turkish Politics", *Deadalus*, Winter, 1973, ss. 169-190.

Mumcu, Ahmet, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1985, 2. Baskı.

Mumcu, Ahmet, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1986, 2. Baskı.

Henry W. Nevinson, *A Modern Slavery*, Schocken Books, New York, 1968.

Okandan, Recai Galib, *Amme Hukukumuzun Anahatları (Türkiye'nin Siyasi Gelişmesi)*, İstanbul, 1971.

Okandan, Recai Galip, "Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri", *Tanzimat*, 100. Yıl, s. 101 vd.

Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C: I-III, İstanbul, İsmail Akgün Matbaacılık, 1966.

Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İstanbul, 2017, 46. Baskı, Timaş.

Ortaylı, İlber, *Tanzimat'tan Sonra Mahalli İdareler*, Ankara, 1974.

Özcan, Abdülkadir, "Eşkinici Ocağı", *DİA*, C. XI, 2011, ss. 469-471.

Parmaksızoğlu, İsmet, "Karlofca", *Milli Eğitim Bakanlığı İslam Ansiklopedisi*, C: VI, 1952, s. 346 vd.

Shaw, Stanford J., *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, C. I-II, Cambridge University Press, 2002.

Sonyel, Salahi R., "Tanzimat and its Effects on the non-muslim Subjects of the Ottoman Empire", *Tanzimat'ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara 31 Ekim-3 Kasım 1989, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1994, ss. 353-388.

Şişman, Adnan, "XIX. Yüzyıl Başlarında Fransa'daki İlk Osmanlı Öğrencileri", *Yeni Türkiye*, Ankara, 1999, ss. 245-249.

Tanilli, Server, *Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Yayınevi, İstanbul, 2001.

Taş, K. Ziya, "Lala (Şehzadelerin Yetiştirilmesi)", *Yeni Türkiye*, 701 Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2000, ss. 722-734.

Tunaya, Tarık Zafer, *Türkiye’de Siyasi Partiler*, C. I-III, İstanbul, 1952.

Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, New York, Vintage Books, Volume I-II, 1957, 5. Baskı.

Toprak, Zafer, *Türkiye’de Milli İktisat (1918-1918)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1982.

Velay, A. Du, *Türkiye Maliye Tarihi*, Maliye Bakanlığı Tetkik Kurulu Neşriyatı, Ankara, 1978.

Yazıcı, Tahsin, “Hümayun”, *Diyanet İslam Ansiklopedisi*, C: XVIII, 1998, ss. 479-480.

Yücel, Yaşar, "Açış Konuşması", *Tanzimat’ın 150. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 31 Ekim-3 Kasım 1989, s. 1-5., TTK Yayını, Ankara 1994.

Yücekök, Ahmet N., “XIX. Yüzyıl Osmanlı Ticaret Sözleşmeleri” *AÜ.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 23, No. 1, 1968, s. 381-426.

Yücekök, Ahmet N., *Siyaset Sosyolojisi Açısından Parlamantonun Evrimi*, (kıs: Parlamantonun Evrimi), AÜ.Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1983.

Watson, James L. (Ed.), *Asian and African Systems of Slavery*, University of London, Basil Blackwell-Oxford, 1980.

TAKSİRLİ SUÇLARIN TEORİK YAPISI VE BU BAĞLAMDA İŞ KAZALARINDAN KAYNAKLANAN CEZAİ SORUMLULUĞA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

The Theoretical Structure Of Negligent Offences And The Relevant Evaluations On The Criminal Liability Arising From Occupational Accidents

Prof. Dr. Mahmut KOCA*
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ**

Özet: Suç teşkil eden haksızlıkların asıl işleniş şeklini kast oluşturmaktadır. Taksir, suç teşkil eden haksızlıkların istisnai bir işleniş biçimidir. Taksirin istisnai bir sorumluluk şeklini oluşturması, taksirle işlenebilen suçların unsurları ve ceza sorumluluğunun diğer şartları yönünden farklı değerlendirmeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanununun (TCK) 22. maddesinde bu değerlendirmeye esas teşkil edecek özel hükümlere yer verilmiştir.

Taksirin esasını belli bir fiilin icrasıyla bağlantılı olarak öngörülen objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır. Objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün içeriği, icra edilen faaliyetin ilgili olduğu alana göre farklılık arz edebilmektedir. Kişiden beklenen dikkat ve özenin ne olduğu hususu kimi zaman pozitif hukuk kurallarıyla kimi zaman da müşterek tecrübeye göre belirlenmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğü, sosyal hayatın devamı açısından icrası zorunlu olan tüm faaliyet alanları bakımından geçerlidir. Çalışma hayatı, dikkat ve özen yükümlülüğünün önem arz ettiği ve etkisini hissettirdiği geniş bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışma hayatında iş kazası olarak tezahür eden dikkat ve özen yükümlülüğü ihlali, somut olayda failin bu yükümlülüğünün ihlaline ilişkin subjektif durumuna göre farklı şekilde sorumluluğunu gündeme getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, iş kazası, kusurluluk,

Abstract: Intentional conducts are the principal form of committing criminal wrongdoings. Negligence is an exception. The fact that the negligence constitutes an exceptional form of criminal liability requires that negligent offences be evaluated differently in terms of their elements and other conditions of criminal responsibility. Hence, article 22 of the Turkish Penal Code (TCK) includes special provisions that constitute the basis for this analysis.

The breach of an objective duty of care which can be foreseen with respect to a particular act forms the basis of the negligence. The content of the objective duty of care may differ according to the field of activity. Determination of the duty of care is sometimes made by legal provisions and sometimes pursuant to the general rule of common experience.

The duty of care applies to all areas of activity related to the continuity of social life. Professional life is a broad area where the duty of care has importance and makes its impact felt. The breach of the duty of care which appears as the occupational accident in professional life calls forth different criminal liability in each particular case according to the perpetrator's specific situation concerning the violation of this duty.

Keywords: Negligence, breach of the duty of care, occupational accident, culpability.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002- 4804 - 0656

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ORCID ID: 0000-0002-3668-7110

Makale Geliş Tarihi: 17/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 29/05/2020

I- GİRİŞ

Ceza hukukunda, fiil olmaksızın haksızlık olmaz, haksızlık olmaksızın kusur olmaz, kusur olmaksızın da ceza olmaz kuralı geçerlidir. Dolayısıyla ceza sorumluluğunun esasını bir kişi tarafından gerçekleştirilen ve haksızlık teşkil eden fiil oluşturmaktadır. Buna göre, iş kazalarından kaynaklanan cezai sorumluluktan bahsedilebilmesi için suç teşkil eden haksızlık oluşturduğunu tespit edebildiğimiz bir iş kazasının (fiilin) bulunması gerekir.

Ceza hukukunda objektif sorumluluk kabul edilmemektedir. TCK'nın 21. maddesine göre, suçun oluşumu kastın varlığına bağlıdır. Dolayısıyla haksızlık teşkil eden fiiller kural olarak kasten gerçekleştirilirler. Ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde ise, taksirle gerçekleştirilen bir haksızlıktan dolayı da ceza sorumluluğu söz konusu olabilir (TCK m. 22). Buna göre, cezai sorumluluğunun temelinde, kasten veya taksirle gerçekleştirilen ve haksızlık teşkil eden bir fiil bulunmaktadır. Böyle bir fiili hukuka uygun hale getiren bir nedenin bulunmadığı ve nihayetinde bu fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu addedilebildiği hallerde ise, ceza sorumluluğunun şartlarının oluştuğundan bahsedilmektedir.

Buna göre iş kazalarından kaynaklanan cezai sorumluluk da kasti veya taksirli bir davranışla iş kazasına sebebiyet verildiği ve bunun sonucunda belli hukuki değerlerin ihlal edildiği hallerde söz konusu olabilir. Hemen belirtelim ki, kasti bir davranışla iş kazasına sebebiyet verilmesi istisnai bir durumdur. İş kazası denildiğinde daha ziyade taksire dayalı sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığı tartışılmaktadır. Kısacası iş kazalarında taksirli sorumluluk esas, kasti sorumluluk ise istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

II- TAKSİRLİ SUÇLARIN YAPISI

Yukarıda da belirtildiği üzere haksızlık teşkil eden fiiller ya kasten ya da taksirle işlenirler. Taksirle işlenen fiiller de kasti fiiller gibi hukuk toplumunun varlığı ve devamı bakımından vazgeçilmez nitelikteki hukuki değerlerin korunması amacına hizmet eden davranış normlarını ihlal ederler¹.

Bir insan hareketine fiil özelliğini kazandıran unsurlar taksirli fiiller bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla ancak yönlendirici irade ürünü olan ve belli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilen hareketler, taksirli suçlar bağlamında yapılacak tipiklik değerlendirmesine konu olabilir². Buna göre, taksirli suçlarda da hareket gaî, yani belli bir amaca yöneliktir. Ancak gailiğin ilişkin olduğu husus itibarıyla kasti ve taksirli

¹ Maurach, Reinhart/ Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1989, § 42, kn. 4- 6; Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, 12. Baskı, s. 189-190.

² Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, 15. Bası, s. 168-169.

hareketler birbirinden ayrılmaktadır. Kasten işlenen suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda fail, suç tipindeki maddi unsurları, özellikle neticeyi gerçekleştirmeye yönelik bir irade ile hareket etmemektedir. Taksirli suçlarda yönlendirici irade, kural olarak ceza hukuku bakımından önem taşıyan bir neticeye yönelik değildir³. Taksirli suçlarda hareketin yöneldiği netice, tipikliğin dışındaki bir neticedir⁴. Bu nedenle, taksirli suçlarla kasti suçlar arasında neticenin ifade ettiği haksızlık bakımından esaslı bir farklılık yoktur. Örneğin kasten öldürme ile taksirle öldürme bakımından neticenin ifade ettiği değersizlik aynıdır. Zira her ikisinde de kişinin yaşamı sona ermektedir. Ancak hareketin ifade ettiği haksızlık bakımından iki hareket şekli arasında farklılık söz konusudur⁵.

Taksirin cezalandırılması, kişinin belirli bir amaca yönelik olarak icra ettiğini davranışını olması gerektiği gibi yönlendirememesine dayanmaktadır⁶. Taksirli fiillerin cezalandırılmasının nedeni, kişinin riayet ettiği takdirde belli hukuki değerlerin ihlalinden kaçınmasını sağlayacak dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesidir.

İşlediği fiille ilgili dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığına rağmen, bu fiilin icrası bağlamında gereken dikkat ve özeni göstermeyerek, lüzumlu tedbirleri almayarak bir neticeye sebebiyet veren kişi, neticeyi istemediği halde sorumlu tutulmaktadır. Taksirli suçlarda fail, hukuk düzeninin kişiye yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için hukukun önemseydiği bir neticeye sebebiyet vermektedir⁷.

Örneğin A aracıyla limitin üzerinde bir hızla seyir halindeyken yola kontrolsüz bir şekilde çıkan yaya B'ye duramayarak çarpar ve yaralanmasına sebebiyet verir.

Bu olayda failin amacı B'yi yaralamak değil, aracıyla bir yerden diğer bir yere gitmektir. Araç kullanmak, hukuk düzeninin yasakladığı bir husus değildir. Ancak Karayolları Trafik Kanununda ve ilgili diğer mevzuatta araç kullanırken uyulması gereken bir takım kurallara yer verilmiştir (KTK m. 46 vd.; Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 94 vd). Bunlardan biri de araçla hareket halindeyken güvenli seyir için öngörülmüş olan hız sınırlarına uymaktır (KTK m. 50, KTY m. 100). Ancak somut olayda A, bir yerden diğer bir yere gitmek için icra ettiği hareket sırasında öngörülen hız sınırının üstünde seyrettiği için (özen yükümlülüğünün ihlali) B'nin yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Bu

³ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, 10. Auflage, Berlin, 1967, s. 125.

⁴ Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 7. Auflage, Heidelberg, 1989, § 16, kn. 45.

⁵ Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg, 2001, s. 163.

⁶ Maurach/Zipf, § 16, kn. 48; Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 5. Auflage, Köln-Berlin, München, 2004, § 15, kn. 3.

⁷ İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967, s. 138; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s. 315; Ebert, s. 163.

olayda B de kontrolsüz bir şekilde yola girerek dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir (KTK m. 68, KTY m. 138).

Taksirli suçun haksızlık unsurunu özene aykırı davranışlar oluşturmaktadır. Bu yükümlülüğü ihlal etmesi nedeniyle failin kişisel olarak kınanıp kınanamayacağı hususu ise kusurluluk bağlamında değerlendirmesi gereken bir konudur. Dolayısıyla taksirli suçlar bağlamında önce dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin (haksızlık tipi) söz konusu olup olmadığı değerlendirilecek, böyle bir ihlalin tespitinden sonra ise objektif olarak öngörülen özen yükümünün, kişisel olarak fail bakımından onun zekâ durumuna, eğitimine, maharet ve kabiliyetine, tecrübesine ve sosyal konumuna göre de öngörülebilir ve gereklerinin yerine getirilebilir olup olmadığı araştırılacaktır (kusur tipi)⁸.

Buna göre, **taksir, uygulamanın kabul ettiği şekliyle, salt bir kusur şekli değildir**⁹. Taksir, haksızlık teşkil eden fiilin bir işleniş biçimidir. Kusur ise, fail hakkında gerçekleştirdiği taksirli davranış nedeniyle kınama yargısında bulunulmasıdır¹⁰. Taksirli suçlarda da kusur yargısının konusu, failin kınanmaya değer (muaheze edilebilir) hukuk anlayışı oluşturmaktadır.

Hemen belirtelim ki, Yargıtay klasik suç teorisinin etkisiyle, taksiri halen bir kusur türü olarak değerlendirmektedir¹¹. Bu kabul ve uygulama

⁸ Jescheck. Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, s. 565; İçel, Kayhan /Sokullu-Akıncı, Fusun/ Özgenç, İzzet/Sözür, Adem/Mahmutoglu, Fatih Selami/Ünver, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul, 2002, 2. Bası, s. 249; Maurach/Zipf, § 17, kn. 11.

⁹ “Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanıkların eksik inceleme yapıldığına, kusurları olmadığına, mağdurun kendi kusurlu davranışı ile kazanın gerçekleştiğine, kazadan kendileri gibi işçilerin sorumlu tutulamayacağına, somut delil elde edilemediğine, lehe hükümlerin uygulanmadığına, CMK'nın 231. maddesinin uygulanmamasına, cezanın ertelenmemesine ilişkin sair temyiz itirazlarının reddine,” Yarg.12. CD, 10.07.2019, 770/8366.

¹⁰ Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 315; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözür/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, (2), s. 248.

¹¹ “20.07.2011 tarihinde saat 10.50 sıralarında yerleşim yeri içerisinde, gündüz vakti, açık havada, 10,5 metre genişliğinde refüjle bölünmüş tek yönlü, asfalt kaplamalı, düz ve eğimsiz yolda, trafik ışıklarının bozuk olmadığı ışık kontrollü kavşakta, Ankara istikametinden Konutkent istikametine doğru seyir hâlinde bulunan ve sola dönmek isteyen sanığın sevk ve idaresindeki aracın, Eskişehir istikametinden Ankara istikametine seyreden katılan ...'in sevk ve idaresindeki araç ile çarpıştığı ve çarpışmanın etkisiyle savrulurken Eskişehir istikametine dönmek üzere kırmızı ışıkta bekleyen mağdur ...'in sevk ve idaresindeki araca çarptığı, çarpışma sonucunda meydana gelen trafik kazası sonucunda katılan ...'in aracında bulunan katılan ...'nin yaralandığı, sanık ile katılan ...'in her ikisinin de olay esnasında kendilerine yeşil ışık yandığını iddia ettikleri olayda;

12.07.2012 tarihli bilirkişi raporu ile 16.01.2013 tarihinde Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesince düzenlenen bilirkişi raporunda, kavşakta ışık ihlali yapan sürücünün kim olduğu hususunda somut bir belirleme yapılmadığı, terditli düzenlenen bu

yeni ceza adaleti sistemi oluşturulurken benimsenen teorik kabullere ve buna göre şekillendirilen pozitif düzenlemelere aykırıdır.

Taksirin kusur türü olarak değerlendirmeye tabi tutulması her şeyden önce TCK'nın taksir başlığını taşıyan 22. maddesinin kurgusuyla çelişmektedir. Nitekim bu hususu madde gerekçesindeki açıklamalardan anlamak mümkündür. Örneğin bu maddenin beşinci fıkrasında birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağı belirtilmiştir. Böylelikle taksirin ve kusurun birbiriyle ilgili ve fakat farklı hususlar olduğuna işaret edilmiştir. Nitekim bu anlayışa uygun olarak Ceza Muhakemesi Kanununun "*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*" başlığını taşıyan 223. maddesinin ikinci fıkrasının "c" bendinde "*yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması*" şeklindeki düzenlemeyle taksirin haksızlık teşkil eden failin işleniş biçimi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, yüklenen suç açısından failin taksiri yok ise "*beraat kararı*", buna karşılık, taksiri var ve fakat örneğin zorunluluk hali nedeniyle kusurlu addedilemiyor ise "*kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı*" verilecektir (CMK m. 223, f. 3, b). Kanunlardaki açık düzenlemelere rağmen 765 sayılı Kanunun etkisi altında oluşturulan içtihatlar, yeni TCK'nın getirdiği yeniliklerin hayata geçmesini geciktirmekte, 765 sayılı Kanuna göre oluşturulan müktesebatın hiçbir şey değişmemiş gibi uygulanmaya devam etmesine neden olmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın öngördüğü sistem çerçevesinde taksirli suçları, kasti suçlarda olduğu gibi, haksızlık ve kusur ayrımı çerçevesinde analitik incelemeye tabi tutmak gerekmektedir. Taksirli suçların haksızlık içeriğini, birbiriyle sıkı bağlantı içinde bulunan üç unsur oluşturmaktadır:

- Objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün (icrai veya ihmali bir davranışla) ihlal edilmesi,
- Özene aykırı davranışın neticeye sebebiyet vermesi (taksirli netice suçlarında),
- Nedensellik bağı ve neticenin faile objektif isnat edilebilirliği¹².

Taksirli bir suçun tipiklik unsurunun ve dolayısıyla hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği belirlendikten sonra, failin davranışının hukuka aykırılığını (özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunduğunu) müşahede edip etmediği veya müşahede

raporlarda, sanığa yeşil ışık yandığının kabulü hâlinde katılan ...'in asli kusurlu, katılan ...'e yeşil ışık yandığının kabulü hâlinde ise sanığın asli kusurlu olduğunun belirtildiği, zeminde herhangi bir fren izinin tespit edilmediği, kırmızı ışıkta geçtiği ya da kavşak alanına süratli veya dikkatsiz ve tedbirsiz biçimde girdiği ya da katılan ...'i görmesine rağmen hızını azaltmadığı hususunda herhangi bir delil elde edilememesi nedenleriyle sanığın trafik kazasının meydana gelmesinde atfı kabil kusurunun bulunmadığının kabulü gerekmektedir." Yarg. CGK, 22.10.2019, 2017/12-970, 2019/617.

¹² Jescheck/Weigend, s. 565-566; Keçelioğlu, Elvan, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, Ankara, 2015, s. 65, 113.

edebilecek durumda olup olmadığı, kusur çerçevesinde ele alınacaktır¹³. Bir iş kazasına bağlı olarak ilgililerin taksirlerinin bulunup bulunmadığının tartışıldığı hallerde, bu sistematığe bağlı olarak ceza sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

III- TAKSİRLİ SUÇUN UNSURLARI VE BU UNSURLARIN İŞ KAZALARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

A- Taksirli Suçların Kurucu Unsuru Olarak Objektif Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali

TCK'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında taksirli hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak olarak belirtilmiştir. Bu tanıma göre taksirin esasını dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır¹⁴.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalden, hukuk düzeninin kişilerden belli bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak uyulmasını istediği kurallara riayet edilmemesini, toplumsal yaşamda özen yükümlülüğü öngören normlara dikkat etmemeyi anlamak gerekir. Tipikliğin gerçekleşmesini müşahade etmek ve kaçınmak için kişilerden özen göstermelerini isteyen bu normlar, failin içinde bulunduğu çevrenin makul ve bilinçli bir mensubunun uyması gereken kurallardır¹⁵.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını, toplumsal hayatın düzen içinde ve güvenli bir şekilde sürdürülmesiyle ilgili olarak kanunla veya diğer pozitif düzenlemelerle getirilen kurallar oluşturabileceği gibi, bir başkasının sağlığı, hayatı veya malvarlığı ile ilgili olarak toplumsal hayatın gerekli kıldığı genel tecrübe kuralları da oluşturabilir. Dolayısıyla **dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını, hukuk normları ve müşterek tecrübe** olarak ikiye ayırmak mümkündür¹⁶.

Dikkat ve özen yükümlülüğü genellikle pozitif hukuk kurallarıyla ortaya konulmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle TCK'da kişilerin hayatını veya vücut tamlığını korumaya yönelik dikkat ve özen yükümlülüğü öngören maddelere (m. 85, 89) yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerle taksirli fiil sonucunda bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya vücut tamlığının ihlaline sebebiyet verilmesi, bu neticelere neden olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal eden bütün olaylar bakımından öngörülen yaptırım olma özelliği taşımaktadır. Örneğin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili mevzuatta öngörülen

¹³ Welzel, s. 125.

¹⁴ Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Stuttgart, 2005, kn. 1010; Özgenç, *Genel Hükümler*, (15), s. 269.

¹⁵ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 201.

¹⁶ İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 141; Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München, 2002, § 17, s. 23-24; Keçelioğlu, *Taksir*, s. 77, 82.

dikkat ve özenin ihlali sonucu olan bir iş kazası nedeniyle bir kişi öldüğünde veya yaralandığında, ilgililer TCK'nın 85 ve 89. maddeleri çerçevesinde sorumlu tutulacaklardır. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğünün mahiyeti, içeriği ve kapsamı ilgili mevzuata göre belirlenecek, netice itibarıyla kazanın taksirli bir davranışın sonucu olduğu tespit edilince, TCK'nın ilgili maddeleri çerçevesinde ilgililerin cezai sorumluluğu tespit edilecektir.

TCK'da ayrıca doğrudan doğruya kişilerin hayatı ve sağlığıyla ilgili önemli olabilecek belli faaliyet alanlarıyla ilgili olarak bizzat dikkat ve özen yükümlülüğü getirildiği ve bunların suç olarak tanımlandığı görülmektedir (m. 176, 177, 178, 179, 180, 182)¹⁷.

İş kazalarına konu olan çalışma hayatında dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin ilke ve esaslar kural olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bu Kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan yönetmeliklerde belirlenmiştir. 6331 sayılı Kanun "*iş kazasını*", "*İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenengelli hâle getiren olay*" olarak tanımlamıştır. Bu tanım, kendisine iş hukuku hükümlerinin uygulanması zımında sonuç bağlanmak üzeri formüle edilmiştir. Dolayısıyla bu tanım kapsamına giren bir kazanın gerçekleşmesi, ceza hukuku açısından bir bağlantı noktasını oluşturur. Bu aşamadan sonra yaşanan iş kazası nedeniyle cezai sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığı, kazaya konu olan iş alanına ilişkin çalışma şartlarını belirleyen mevzuat da göz önünde bulundurularak, ceza hukukunun kendi prensipleri çerçevesinde değerlendirilir.

Bir iş kazasından söz edildiğinde konunun doğrudan 6331 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gündeme gelmekte ise de, iş kazasına konu olan faaliyet alanının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira maden işletmeciliği, inşaat faaliyetleri ve elektrik enerjisi sektöründeki faaliyetler gibi özel iş alanlarında, alınması gereken tedbirlerin bu alana özgü mevzuat ile düzenlendiği görülmektedir. Örneğin 3213 sayılı Maden Kanununda maden üretim faaliyetlerinin icrasına ilişkin kurallar; 3194 sayılı İmar Kanununda ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunda inşaat faaliyetleri icrasına ve yapı denetimine ilişkin kurallar; Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliğinde elektrik kuvvetli akım tesislerinin kurulmasına, işletilmesine ve bakımına ilişkin kurallar ve bu alanlara özgü dikkat ve özen yükümlülüğü getiren normlar oluşturulmaktadır. Bu alanlarda bir iş kazası söz konusu olduğunda işçi sağlığı ve güvenliği mevzuatının yanı sıra ilgili alana özgü dikkat ve özen yükümlülüğü getiren bu kuralların öncelikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamına giren (m. 2) işleri yapan işverenler, "*a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli*

¹⁷ Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 270-271.

araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.” (m. 4, f. 1).

İşverenler mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunmaya yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdam etmekle yükümlüdür (m. 6, f. 1, a). Bir işveren tarafından iş hekimi ve iş güvenliği uzmanı olarak tayin edilen bu kişilerin temel görevi işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından alınması gereken tedbirleri belirlemektir. İşverene düşen ise, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belirttiği tedbirleri almaktır. Nitekim bu husus 6331 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasında “İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur. Bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek hastalığına sebep olabilecek ortamların bulunmasına rağmen işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde, bu durum işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanınca, Bakanlığın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirilir....” şeklinde belirtilmiştir.

İşveren, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının yürütülen faaliyetle ilgili olarak belirlemiş olduğu tedbirleri almak, güvenli bir çalışma için gerekli organizasyonu yapmakla yükümlüdür. İşverenin yürüttüğü işin gerektirdiği tedbirleri almaması, işyeri hekiminin veya iş güvenliği uzmanının çalışma güvenliği için belirlemiş olduğu eksiklikleri gidermemesi, somut olayın özelliğine göre cezai sorumluluk açısından olası kast, bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir tartışmasına zemin oluşturur¹⁸.

¹⁸ Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın ortağı ve yetkilisi olduğu, oto yedek parça imalatı yapan A... Kalıp Makine Sanayi Dış Ticaret Ltd.Şti.'nde işçi olarak işe başlayan katılanın, görevinin fabrikanın tesviye bölümünde tezgahta çapak temizliği olduğu, işe girdikten 20-25 gün sonra bir saat kadar burç çakma makinesi olarak tabir edilen makinenin nasıl çalıştığına ilişkin eğitim gördükten sonra çapak temizleme işine devam ettiği, olay günü burç çakma makinesinde çalışmasının istendiği, makinede çalışırken elini makineye kapırdığı ve 3 ve 4. parmakları DIP eklem seviyesinden kesildiği, yaralanmasının yaşam fonksiyonlarını orta (3) derecede etkiler nitelikte ve fonksiyonel kaybın organlarından birinin işlevinin zayıflaması niteliğinde olduğu olayda, kadın olan katılanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 16.06.2004 tarih ve

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları, işverenin faaliyet alanıyla ilgili alınması gereken tedbirleri olması gerektiği gibi belirleme konusunda zafiyet göstermiş ve eksik bilgilendirmede bulunmuş olabilir. Dolayısıyla işveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eksik bilgilendirme nedeniyle gerekli tedbirleri alamamış olabilir. Eksik bilgilendirmeye konu hususlar faaliyet alanı itibarıyla o iş kolunun özelliği gereği alınması gereken bir tedbir mahiyetini taşııyorsa, özel bir bilgilendirmeyi ve uyarıyı gerektiriyorsa, bundan kaynaklı iş kazası sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı işvereni sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihmalden dolayı işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere kimi iş alanlarının işçi sağlığı ve güvenliği açısından arz ettiği özellikler nedeniyle özel düzenlemelere konu edilmektedir. Örneğin maden çıkarma faaliyeti 3213 sayılı Maden Kanunu ve bu Kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan

225494 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin ek çizelgesine göre, metal ve alaşımlarının, metali ve alaşımlarının her çeşit döküm (adi döküm, pres döküm, enjeksiyon döküm gibi) ve haddeleme, presleme suretiyle sıcak ve soğuk olarak şekillendirme niteliğindeki çok tehlikeli işler sınıfında çalıştırılmaması gerektiği halde çalıştırıldığı anlaşılmakla, ağır ve çok tehlikeli işlerden olduğu halde kadın işçi çalıştıran, iş sağlığı ve iş güvenliğini sağlamaya yönelik risk değerlendirmesi içeren iş organizasyonunu yapmayan, iş sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli olan önlemleri ihmal eden, bu önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemeyen, preslere gerekli koruyucuların yapılmasını sağlamayan ve daha güvenli olan yeni teknolojileri kullanmayan sanığın eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiği”, Yarg. 12. CD, 13.11.2018, 2017/2296, 2018/10726 (Kaygusuz, Serap, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme Taksirle Yaralama Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları*, Ankara, 2019, 2. Baskı, s. 441).

¹⁹ “Ölenin boya ustası olarak çalıştığı fabrikada yapımı bitmiş çelik konstrüksiyonu boyamak için konstrüksiyonu vinçle taşıyarak eşek tabir edilen iskelelerin üzerine indirdiği, iskele üzerine oturturken iskelelerden birinin hizasının bozuk olduğunu görerek Y... E... isimli yine boya işi yapan işçinin iskelenin bir ucundan ittiği, ölenin de diğer ucundan çektiği, bu şekilde iskeleyi hizalamaya çalıştıkları, iskelenin dengesini bozulduğu, ölenin geri kaçmaya çalışırken ayağı takılıp sırt üstü yere düştüğü, dengesi bozulan iskelenin de ölenin göğsüne düştüğü olayda, iş yerinin iş güvenliği hizmeti aldığı K... O... İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitim Danışmanlık Ltd. Şti. tarafından görevlendirilen iş güvenliği uzmanı olan sanık A... M nin müdafisi tarafından dosyaya sunulan ıslak imzalı belgelere göre, sanığın gerekli risk analizi ve değerlendirmesini yaptığı, hazırladığı risk analizi belgesinde çok açık bir biçimde 20.sırada hareketli tavan vinciyle yük transferi konusunda operatöre gerekli eğitimi aldırarak, 39.sırada boya yapım sahasında, eşekler üzerindeki malzemelerin el ile hareket ettirilmesi tehlikesinde ciddi yaralanma ve can kaybı olabileceği, vinç yardımıyla çalışılması gerektiği, 40.sırada yine boya yapım sahasında, payandası olmayan eşek kullanımında ise yine ciddi yaralanma ve can kaybı olabileceği, eşeklerin malzemeleri taşıyabilecek seviyede olması, devrilmeye karşı tedbirlerin alınması gerektiğinin yazılı olduğu, olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan sanık A... M... nin atılı suçtan beraatına karar verilmesi gerekirken, delillerin hatalı değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi;”, Yarg. 12. CD, 02.10.2018, 2017/392, 2018/9085 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 429).

“Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği”²⁰ ile 6331 sayılı Kanun kapsamına giren maden işyerlerinde uygulanmak üzere çıkarılan “Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği”nde²¹ öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde yürütülebilecek bir iştir.

Maden Kanununun 29. maddesinde, maden işletme faaliyetinin, projesine ve Maden Kanununun ilgili hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, bir madenin projeye aykırı işletilmesine bağlanan sonuçları yine bu maddede gösterilmiştir.

Maden işletmeciliği alanında, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundaki işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının yerini, “teknik nezaretçi” almıştır. Maden Kanununun 31. maddesine göre madenlerdeki işletme faaliyetleri teknik nezaretçi olarak adlandırılan maden mühendisi gözetiminde yapılır. Teknik nezaretçisi bulunmayan madenlerde üretim faaliyetinde bulunulamaz (Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m. 134, f. 1).

Teknik nezaretçi, işletmelerdeki faaliyetlerin teknik ve emniyet yönünden nezaretini yapan, madencilik faaliyetinin Maden Kanununun 29. maddesi çerçevesinde yürütüldüğünü gösteren bilgi formunun hazırlanmasından sorumlu ve yetkilidir (Madencilik Faaliyeti Uygulama Yönetmeliği m. 4, f. 1, z). Yine Kanuna göre asgari bir maden mühendisi daimi olmak üzere, işletilen madenin özellikleri göz önünde bulundurulurken diğer meslek disiplinlerinden de mühendis istihdam edilmesi zorunludur. Bu istihdamın ayrıntıları ve istihdam edilebilecek mühendislerin yetkilerinin kapsamı Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinde gösterilmiştir (m. 104 vd).

Maden işletmesindeki faaliyetlerin teknik ve emniyet yönünden nezaretini yapan teknik nezaretçi, atandığı ve sorumlu olduğu ruhsat sahasının faaliyetini ve üretimini on beş günde en az bir defa denetlemek, tespitlerini ve önerilerini teknik nezaretçi defterine not etmek zorundadır (Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m. 134, f. 2, b). “Teknik nezaretçi, görev aldığı işyerindeki faaliyetler ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, öneri ve önlemleri belirler. Ruhsat sahibi/vekili tarafından, bu öneri ve önlemler işyerinde çalışanların görebileceği şekilde ilan edilir ya da panoya asılır. Aynı zamanda içeriği Genel Müdürlük tarafından belirlenmiş ve noter onaylı “Teknik Nezaretçi Defteri”ne rapor ederek ruhsat sahibine bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların, öneri ve önlemlerin rapor edilmemesinden teknik nezaretçi, bunların yerine getirilmemesinden ruhsat sahibi sorumludur.” (Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m. 134, f. 2, ç). “Teknik nezaretçi, işyerinde yaptığı inceleme ve gözlemlerde işletme projesine aykırı faaliyette bulunulduğunu ve faaliyetlerin can ve mal güvenliği açısından tehlikeli bir durum oluşturduğunu tespit etmesi halinde maden üretimine yönelik faaliyetleri durdurur ve durumu ilgili kurum veya kuruluşlara bildirir.” (Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği m. 134, f. 2, d).

²⁰ Bkz. 06 Kasım 2010 tarih ve 27751 sayılı RG.

²¹ Bkz. 19 Eylül 2013 tarih ve 28770 sayılı RG.

Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliği teknik nezaretçiyi, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı pozisyonuna konumlandırmış, görev ve sorumluluklarını düzenlemiştir (m. 130 vd.). Yönetmelikte, teknik nezaretçi dışında madenin günlük işleyişini teknik ve emniyet yönünden denetlemekle görevli “daimi nezaretçi”ye de yer verilmiştir. Ruhsat sahasındaki tesislerde çalışanlar hariç maden işletme faaliyetleri için en az on beş işçi çalıştıran açık işletmeler ile ruhsat sahasında yeraltı üretim yöntemiyle çalışan işletmeler için atanması öngörülen daimi nezaretçi (m. 141), üretim yerindeki günlük faaliyetleri planlar ve yürütülmesini sağlar, can ve mal emniyeti yönünden tehlikeli bir durumun varlığı söz konusu olduğu zaman gerekli tedbirlerin alınmasına nezaret eder, hemen tedbir alınmasının mümkün olmadığını belirlenmesi halinde üretim faaliyetlerini önlemlerin alınmasına kadar durdurur. Daimi nezaretçi, görev aldığı işyerindeki faaliyetleri ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları gidermek amacıyla önlemleri belirleyerek ruhsat sahibine/rödövanşçıya bildirir. Tedbirlerin alınmasına nezaret eder. Daimi nezaretçinin belirlediği eksiklik ve aksaklıkların giderilmesini doğrudan ilgilendiren malzeme ve teçhizatın temin edilmesinden ruhsat sahibi/rödövanşçı sorumludur. Yönetmelikte, maden işletmelerinde daimi nezaret görevini üstlenmiş maden mühendislerinin teknik nezaretçi olarak görevlendirilmeleri yasaklanmıştır (m. 138). Ancak Maden Kanunu ve Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğindeki belirtilen işleri yapmak üzere görevlendirilebilecek “teknik elaman”ın daimi nezaretçi olarak görevlendirilmesi mümkündür (m. 146, f. 6).

Görüldüğü üzere teknik nezaretçi, görevlendirildiği maden işletmesini en az onbeş günde bir kontrol etmek, madendeki faaliyeti teknik ve emniyet yönünden denetlemek, eksik bulunduğu hususları ve alınması gereken tedbirleri noter tasdikli “Nezaretçi Defteri”ne kaydetmekle yükümlüdür. Eksiklik ve aksaklıkların, öneri ve önlemlerin rapor edilmesi teknik nezaretçinin, bu eksikliklerin giderilmesi, gerekli tedbirlerin alınması ise ruhsat sahibinin yükümlülüğündedir. Teknik nezaretçi yaptığı denetim sırasında işletmenin projesine aykırı faaliyette bulunduğunu ve faaliyetin can ve mal güvenliği açısından tehlikeli bir durum oluşturduğunu tespit etmesi halinde maden üretim faaliyetini durdurup ilgili mercilere durumu bildirmekle yükümlüdür.

Daimi nezaretçi ise, madenin günlük işleyişini denetlemek, işletmenin günlük faaliyetlerini madencilik kurallarına uygun bir şekilde sürdürmesinden, teknik nezaretçinin uyarıları da dahil, can ve mal emniyeti açısından tehlike oluşturmayacak şekilde yürütmesinden sorumludur. Böylelikle daimi nezaretçi bizzat uygulama yönünden olaylara müdahale eden bir pozisyondadır. Daimi nezaretçi bu süreçte tespit ettiği aksaklıkları belirleyerek, gerekli tedbirlerin alınmasını ruhsat sahibinden veya rödavansçıdan ister.

Madencilik faaliyetinin yürütümüyle ilgili görev ve sorumluluğu belirleyen bu ilke ve esaslar çerçevesinde, her kim kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyecek olur ise bu yükümlülük ihmalinin sonucu olarak gerçekleşecek kazaların sonucu olan ölüm ve

yaralanmadan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir. Dolayısıyla ölüm veya yaralanmayla sonuçlanan maden kazaları söz konusu olduğunda konunun teknik yönleriyle incelenmesi, bu süreçte kazanın hangi sorumlunun hangi yükümlülüğü yerine getirmemesinin sonucu olduğunun belirlenmesi gerekmektedir²².

²² Yargıtay 12. CD'sin 14.11.2013 tarihli, Esas 2012/21104 ve Karar 2013/25712 sayılı kararına konu olan olayda; Bursa ili Mustafa Kemal Paşa ilçesi sınırları içinde bulunan Bükköy Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin uhdesinde bulunan ruhsatlı yer altı kömür ocağında 10.02.2009 tarihinde 19.30 sıralarında grizu patlaması ile birlikte oluşan göçükler sonucunda on dokuz işçi ocakta mahsur kalmış, 13.12.2009 günü saat 04.45'e kadar süren kurtarma çalışmaları sonucunda on dokuz işçiye ulaşılmış, ancak işçilerin tamamının öldüğü anlaşılmıştır. Otopsi sonucunda işçilerin tamamında yanık yaraları olduğu, ancak on yedi işçinin karbon monoksit zehirlenmesi, bir işçinin yanık ve karbon monoksit zehirlenmesi ve bir işçinin ise patlamaya bağlı göçüğün travmatik etkisi ile öldüğü tespit edilmiştir.

Maden mühendisi olan sanık NE Bükköy Madencilik Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin yönetim kurulu başkanı ve olayın meydana geldiği ocağın sahibidir. OLE ve KK yönetim kurulu üyesidir. OLE ayrıca Başkan yardımcılığı görevini de yürütmektedir. FŞ maden mühendisi ve 20.02.2007 tarihli sözleşme uyarınca ocağı taşeron olarak çalıştırmakta, HÇ ise maden mühendisi olup daimi nezaretçi ve teknik nezaretçi olarak görev yapmakta ve aynı şirketin şube müdürlüğü görevini de yürütmektedir. BE ise ocak şefi olarak görev yapmaktadır.

İlk derece mahkemesi yukarıda ismi geçen sanıkları taksirle birden fazla kişinin ölümüne sebebiyet vermekten mahkûm etmiştir.

Yargıtay ise, bu iş kolunda deneyimli olan sanıkların 2006 yılından beri işletmede metan gazı olduğunu bilmelerine rağmen bunu göz ardı ettikleri, defterlerde bu hususa yer vermeyerek önceki denetimlerde defalarca istenmiş olan ocak gaz ölçümünü otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmadıkları, yeterli sayıda gaz ölçüm cihazı bulundurmayı düzenli olarak kullanılmasını sağlamadıkları, hatta basit ve ucuz olan vakvak tabir edilen uyarı aletini dahi temin edip kullanmadıkları, işletmede Küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil durumda kaçış imkânı bulunmayan) ayak çalıştırdıkları, ocak üretim mahalline yeterli temiz hava akımını sağlayacak sistemi kurmadıkları, ocak içindeki kirli ve temiz havanın karışmasını ve ısının yükselmesini göz ardı edip 10-15 cm çapında hava borularıyla havalandırma yapılması dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamaması nedenleriyle grizu birikmesine neden oldukları, ocakta grizu olduğunu bilmelerine rağmen bunu gizledikleri, bu nedenle idarenin denetimini de önledikleri gibi ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırılmayarak, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların antigrizulu olarak tesis ettirmeyip ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemedikleri, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgeletirmeyerek, fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmele birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir nedenden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, "olursa olsun" düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu nedenden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olayda olası kastla öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması gerekmesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Elektrik enerjisi sektöründe de alanın özelliği gereği çalışma şartlarının özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının çıkardığı Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği²³ elektrik kuvvetli akım tesislerinin kurulmasına, işletilmesine ve bakımının can (insan hayatı) ve mal emniyeti bakımından güvenlikle yapılmasına ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. Yönetmelikte kuvvetli akım tesislerinde işletme güvenliğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Buna göre, kuvvetli akım tesislerine meslekten olmayan kişilerin girmesi ve özel gereçler olmadan bunlara dokunulması izin verilemez. Ayrıca tesislerin girişinde işletme personeli için gerekli iş güvenliği malzemeleri her zaman hazır bulundurulacaktır. Bu tesislere herhangi bir nedenle geçici olarak herkesin girmesine izin verilirse, meslekten olmayanların, tehlikeye uğramasını önleyecek önlemler alınacaktır (m. 59). Yönetmelikte, tüm yüksek gerilimli kuvvetli akım tesislerinde teknik konulardan sorumlu elektrik mühendisinin istihdam edileceği, bu mühendisin tesiste aynı zamanda iş güvenliği ve iş emniyeti açısından sorumluluk üstleneceği, bu mühendisin tesiste uyulması gereken iş güvenliği yöntemlerini tespit etmek, emniyetli bir işletme için uyulması gerekli kuralları belirlemek ve gerekli araç gereçleri tespit ederek söz konusu kurallara uyulması yönünde denetlemeler yapmakla görevli olduğu belirtilmiştir (m. 60). Yönetmelikte ayrıca işletme sorumlularının dikkat edeceği hususlara yer verilmiş, ayrıca kuvvetli akım tesislerinde yapılacak bakım ve onarım sırasında alınması gereken tedbirlerden ve uyulması gereken kurallarından bahsedilmiştir (m. 61).

Bu konuda göz önünde bulundurulması gereken diğer yönetmelik Elektrik Mühendisleri Odası Elektrik Yüksek Gerilim Tesisleri İşletme Sorumluluğu Yönetmeliğidir²⁴. Bu yönetmelikte, elektrik yüksek gerilim tesislerinde işletme sorumluluğunu üstlenecek kişilerin Elektrik Mühendisleri Odası tarafından verilecek “Elektrik YG Tesisleri İşletme Sorumlusu” belgesine sahip mühendisler olabileceği belirtilmiştir (m. 6). İşletme sorumlusu ise, Elektrik Mühendisleri Odası tarafından

Yargıtay'ın somut olayda sanıklar bakımından olası kastın unsurlarının oluştuğu yolundaki kabulü yerindedir. Zira olayda tehlikeli iş kollarından biri olan maden işletmeciliğine yön veren, her biri yüzyıllar içinde yaşanan acı olayların sonucu oluşturulan ve adeta olmazsa olmaz haline gelen kimi kuralların ihlal edildiği, bu yükümlülük ihlallerinin muhtemel sonuçlarının ilgililer tarafından en azından öngörüldüğü, buna rağmen gerekli tedbirleri almadıkları anlaşılmaktadır. Kararda varılan sonucun bu yönü itibariyle doğru olduğunu düşünmekle birlikte, olay bağlamında sorumlu olduğu kabul edilen her bir sanık yönünden meydana gelen olaya müteessir olan yükümlülük ihmallerinin ayrı ayrı gösterilmesi, kimin kendisine terettüp eden hangi yükümlülüğü yerine getirmediğinin ayrı ayrı gösterilmesinin yerinde olacağını, eğer somut olayda hakkında isnatta bulunulan kişilerin müşterek fail oldukları sonucuna varılmış ise, bunun gerekçelendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

²³ Bkz. 30 Kasım 2000 tarih ve 24246 sayılı Resmi Gazete.

²⁴ Bkz. 18 Mart 2004 tarih ve 25406 sayılı Resmi Gazete.

belgelendirilmiş, yüksek gerilimli kuvvetli akım tesislerinde teknik konulardan elektrik yüksek mühendisi ya da elektrik mühendisi olarak tanımlanmıştır (m. 5). İşletme sorumlusunun yükümlülükleri ise Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir. İşletme sorumlusu, işletme sahibi adına elektrik kuvvetli akım tesisinin işletilmesiyle ilgili sorumluluğu üstlenmektedir. İşletme sahibinin yükümlülükleri ise Yönetmeliğin 8. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre işletme sahibi, işletme sorumlusunun görevlerini yerine getirebilmesi için gerek duyduğu imalatları ya da hizmetleri sağlamak, teçhizat ile ilgili bakım ve onarım işlerini yaptırmak, talep edilen güvenlik malzemelerini almak, işletme sorumlusunu görevin gerektirdiği ölçüde yetkili kılmak, işletme sorumlusunun talimatları ve uyarılarını dikkate alarak uyulmasını sağlamakla yükümlüdür.

Buna göre örneğin bir alışveriş merkezinde kurulu bulunan trafonun bakımı sırasında yukarıda isimleri zikredilen yönetmeliklerde öngörülen tedbirlerin alınması, hem mekanik olarak hem donanım olarak öngörülen usulün takip edilmesi gerekmektedir. Elektrik kuvvetli akım tesisinin kurulması, işletilmesi ve bakımın yapılması teknik bir konudur. Bu tür işleri alanın uzmanı olan kişiler yapar. Elektrik Mühendisleri Odası Elektrik Yüksek Gerilim Tesisleri İşletme Sorumluluğu Yönetmeliği bu işin, iş sağlığı ve güvenliği açısından *işletme sorumlusu* olarak adlandırılan belli niteliklere sahip kişiler tarafından yapılmasını öngörmektedir. Alanında iş güvenliği uzmanı olan bu işletme sorumlularının bu süreçleri yürütmeleri, alınması gereken tedbirler konusunda işletme sahibini bilgilendirerek gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamaları gerekmektedir.

Dikkat ve özen yükümlülüğünün diğer kaynağını, toplumun belli faaliyetleri yürütenlerden beklediği dikkat ve özen görevi oluşturmaktadır. Buna müşterek tecrübe denilmektedir²⁵. Örneğin avdan sonra silahını temizleyen kişinin, bu ameliyeye girişmeden önce silahının dolu olup olmadığını kontrol etmesi müşterek tecrübenin gerektirdiği bir yükümlülüktür. Avcılık faaliyetinde dikkat edilmesi gereken temel kural ateş ederken diğer avcılarının veya çevredeki insanların zarar görmeyeceği şekilde hareket edilmesidir. Bu müşterek tecrübenin kişilere yüklediği bir görevdir²⁶.

25 İçel, *Taksirden Doğan Söbjektif Sorumluluk*, s. 142; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 202.

26 "Somut olayda ise, sanık ile katılan arasında geçmişe dayalı bir husumetin olmadığı ve katılanın sanığa yönelik böyle bir suç isnadında bulunmasının makul gözükmediği, olay günü de tanıklarla birlikte av yapan sanığın, insan boyu yüksekliğinde uçan bıldırcın sürüsüne bir el ateş edip, isabet ettiremeyip, akabinde bir el daha ateş etmesi üzerine, sanık ve tanıkların yanından henüz ayrılmış olan ve sanıkla arasında 10-15 metre mesafe bulunan katılanın aşamalarda birbiri ile uyumlu beyanlarında da ifade ettiği üzere, ikinci atış sesine refleks olarak sağ tarafından dönmesi ile saçmaların iki gözüne de isabet ettiği ve adli tıp uzmanından alınan raporda da belirtildiği üzere, atışın tek atış olduğunun kabul edildiği, dağılımın alın ve yüz bölgesinin tamamını, göğüs bölgesinin ön kısmını kapladığı dikkate alındığında,

Buna göre, taksirli bir suçun oluşumu için, belli bir faaliyetin icrasıyla ilgili olarak hukuk kurallarının öngördüğü veya müşterek tecrübenin gerektirdiği dikkat ve özene aykırı davranılmış olması gerekmektedir. Eğer bir kişi gerçekleştirdiği faaliyetin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermişse, taksirli davranmamıştır ve dolayısıyla taksirli bir suçun oluştuğundan söz edilemez²⁷. Buna göre, bir kişinin taksirli bir fiilden söz edildiğinde, bu kişinin pozitif hukukun veya müşterek tecrübenin belli bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak öngördüğü dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği tespit edilmiş olur²⁸. Bu

atışın 10 metre ve üzeri bir mesafeden yapılarak, katılanın görme yeteneğini kaybedecek şekilde yaralandığı olayda, sanığın insan boyu yüksekliğinde uçan bıldırcınları avlamak için eylemini icra ederken yanlarından henüz ayrılmış bulunan katılanın da yaralanabileceğini hatta ölebileceğini öngörmesine rağmen meydana gelebilecek sonucu istememesine karşın, yeteneklerine, şansına, kurşununun katılana isabet etmeyeceği ihtimaline güvenmek suretiyle sonucun gerçekleşmeyeceği yönünde yanılığılı düşünceyle hareket ettiği, buna karşılık, istemediği, ancak öngördüğü sonucun meydana gelmeyeceği inancı ile ve objektif özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmakla sanık hakkında TCK'nın 22/3. maddesindeki bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi;”, Yarg. 12. CD, 12.12.2008, 2017/257, 2018/12091 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 98-99).

²⁷ “D... 5. Nolu S.S. Şehirçi Halk Otobüsleri Kooperatifinde şoför olarak çalışan müşterekinin, fazla mesai yaparak çalıştırıldığını, olay günü de sabah 05.00 sıralarında işe başladığını ve gece 01.00 sıralarında kooperatife ait olan ve otobüslerin son durak olarak olarak kullandığı alana halk otobüsünü park ettikten sonra durak içerisinde başı boş köpeklerin havlaması üzerine irkildiğini ve korkuluk ve muhafazası bulunmayan park alanının yanındaki 10 metre yüksekliğindeki uçurumdan yuvarlandığını, kendisine fazla mesai yaptıran, araçların park alanı olarak kullanılan ve kooperatife ait olduğunu iddia ettiği alanda güvenlik önlemlerini almayarak yaralanmasına sebebiyet veren kooperatif başkanı şüpheliden şikâyetçi olduğu beyan ettiği, ancak dosya kapsamına göre yapılan incelemede durak içinde başıboş köpeklerin havlamasından korkarak kaçan ve ayağının takılması ile düşerek yaralanan müşterekinin yaralanması bakımından sanığa yüklenilecek bir kusur bulunmadığı, neticenin müşterekinin dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı ile gerçekleştiği ...”, Yarg. 12. CD, 04.07.2018, 3637/7468 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 41).

²⁸ “D... barajı inşaatı yapım işinin Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından ... mühendislik şirketine ihale ile verildiği, ... mühendislik şirketi inşaatın yapım işini taşeron şirket M... K... şirketine verdiği, inşaat mühendisi olan sanığın taşeron şirkete ait baraj inşaatında şantiye şefi, 65 yaşında ölen işçinin ise aynı şirkete ait şantiyede gece bekçisi olarak görev yaptıkları, gece bekçisinin köpek ile birlikte gece devriye gezme ve inşaatın güvenliğini sağlama görevleri bulunduğu, olay gecesi devriye gezen ve araç kullanmayı bilmeyen gece bekçisinin şirkete ait park halindeki kamyonetin anahtarını muhasebe odasından alarak kamyonet içinde etrafı gözetlediği sırada uyuya kaldığı ve kamyonetin meyilli arazide, el freni veya vitesi ile oynanması neticesi hareket ederek takla attığı ve bekçinin öldüğü olayda; sanığın alabileceği bir önlem ve üzerine atfedilebilecek bir kusurunun bulunmadığı, gece bekçisinin devriye gezmesi gerekir iken, kamyonetin anahtarını alarak kamyonette gözcülük yapmasının kendi isteği ile olduğu, olayın meydana geldiği tarihin yaz mevsimi olması ve tanık ifadelerinden ve dosya içindeki resimlerden bekçinin dinlenmesi için şantiyenin etrafında kulübelerin bulunduğu anlaşıldığı karşısında; sanığın beraati yerine, oluşa uygun olmayan ve sanığın asli kusurlu olduğunu belirten bilirkişi raporuna

nedenle, taksirli bir fiilden dolayı cezai sorumluluğun şartlarının oluştuğunun kabul edildiği hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden davranışın ne olduğunun ve bunun kaynağının belirtilmesi gerekmektedir. Soyut olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiğinin belirtilmesiyle yetinilmesi sistematik bir değerlendirmeyi ve denetimi imkânsız hale getirmekte, dolayısıyla hukuki güvenliği zedelemektedir. Ancak kimi Yargıtay kararlarında mevcut olmasına rağmen dikkat ve özen yükümlülüğünün dayanağı olan pozitif düzenlemelerden bahsedilmeksizin taksir isnadında bulunulduğu görülmektedir²⁹.

itibar edilerek sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,” Yarg. 12. CD, 11.12.2018, 2017/3028, 2018/12002 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 399).

²⁹ “Evlerinin yakınındaki boş arazide hayvan olatmakta olan katılanın, Tredaş A.Ş. T... İşletme Müdürlüğü M... İşletme Şefliği'nin bakım, gözetim ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda yerde atılı vaziyette bulunan elektrik kablolarına temas ederek yaralandığı; katılanın ve tanıkların aşamalarda beyanları ile uyumlu HTS kayıtları ve bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere; olaydan önce katılanın babası tarafından, Alo 186 arıza hattı üç defa aranarak, tehlike arz eden bu durumun giderilmesinin istendiği, buna rağmen ilgililer tarafından bakım, gözetim ve denetim yükümlülüğünün yerine getirilmediği, işletme şefi olan sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak yedi gün boyunca devam eden tehlikeyi sonlandırmadığı anlaşılmakla, Tredaş M... İşletme Şefliği görevini yürüten sanığın fiili ile meydana gelen yaralanma olayı arasında illiyet bağı olduğu gözetilmeden mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,” Yarg. 12. CD, 28.11.2018, 2017/1126, 2018/11328 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 405).

Bu olay bağlamında Yargıtay 12. Ceza Dairesi herhangi bir pozitif düzenlemeden bahsetmeksizin, olaydaki sorumluluğu taksirli suçun esasını oluşturan genel dikkat ve özen yükümlülüğünden hareketle değerlendirme yapmıştır. Buna karşılık benzer bir olaya ilişkin yakın tarihli diğer bir kararında ise bu kez pozitif düzenlemelerden hareketle ilgililerin cezai sorumluluğunu değerlendirmiştir.

“Olay tarihinde E... K... nın yaya geçişine kapalı olan demir refüj üzerinden atlayıp karşıya geçmek isterken burada bulunan demir aydınlatma direğine tutunduğu sırada aydınlatma direğindeki elektrik kaçağı nedeniyle vücudundan elektrik akımı geçmesine bağlı olarak öldüğü olayın yargılaması sonunda sanıkların kusuru bulunmadığı gerekçesi ile beraatlerine karar verilmiş ise de; oluş ve tüm dosya kapsamına göre Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliğinin “İşletme tarafından belli sürelerle hava hatları ve direkler, topraklamalar dâhil denetlenmeli ve yoklanmalıdır. Yoklama ve bakımın sonuçları düzenli olarak kaydedilmelidir.” hükmünü amir 67/a. maddesi gereğince, G... A.Ş. tarafından ihbara bağlı kalınmaksızın belirli süre aralığı ile denetim ve yoklamanın gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda bir tereddüt bulunmadığı, ancak 01/12/2015 tarihli Dairemizin bozma ilamında, G... A.Ş. ilgilisi tarafından denetim ve yoklama faaliyeti bakımından herhangi bir görevlendirme yapıp yapılmadığı, yapıldı ise kim ya da kimlerin görevlendirildiği hususlarının araştırılması belirtildiği halde bu hususta bir araştırma yapılmadığı anlaşılmakla, ilgili kurumlarla yazışma yapıp, gerektiği halde G... A.Ş. Yönetim Kurulu başkan ve üyelerinin de tanık sıfatıyla dinlenilerek, bu şekilde bir denetim mekanizması kurulup kurulmadığı, kurulmuş ise kimin sorumlu olduğu hususlarının aydınlatılmaya çalışılarak, bu kişilerin tespiti ile haklarında dava açılması sağlandıktan sonra dosyaların birleştirilerek, sanıkların hukuki durumunun birlikte takdiri ve tayini gerekirken, eksik soruşturma ve kovuşturma sonucunda yazılı şekilde karar

TCK'nın 22. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde *objektif* esastan hareket edilmelidir. Objektif esastan hareket etmek, failin kişisel özelliklerini dikkate almaksızın ve failin somut olayda hangi özeni gösterdiğine bakmaksızın, yürütülen faaliyetle ilgili genel olarak gösterilmesi gereken dikkat ve özenin belirlenmesini gerektirir³⁰. Uygulanan özenin tür ve ölçüsü, olay anının şartları göz önünde bulundurularak failin sosyal çevresine ait olan kişinin gözleminden ortaya çıkartılmalıdır. Burada failin sosyal çevresindeki makul ve tedbirli ortalama bir insan esas alınmakta ve onun tercih edeceği davranış özenli davranış kabul edilmektedir³¹.

Failin durumundaki makul ve tedbirli bir insanın tercih edeceği davranış, dikkatli ve özenli davranıştır. Özen yükümlülüğünün belirlenmesinde objektif ölçüt esas olmakla birlikte, somut olayda failin özel bilgisi de göz önünde bulundurulmalıdır³². Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere belli faaliyetlerin yürütülmesiyle ilgili beklenen dikkat ve özen, hukuki metinlerle belirlenmektedir. Beklenen dikkat ve özen eğer hukuk kurullarıyla belirlenmemiş ise, bu durumda genel meslek ve yaşam tecrübesi esas alınarak bu belirleme yapılır³³. Bu tür kurallar da mevcut değilse, özenin ölçüsü, failin ilişki

verilmesi,” Yarg. 12. CD, 21.03.2018, 2017/10692, 2018/3216 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 408).

³⁰ Ebert, s. 165.

³¹ Blank, Theodor, *Strafrecht AT II*, München, 2001, kn. 149; Keçelioğlu, *Taksir*, s. 88.

³² Koca/Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 205.

³³ “Sanık D... B... nin Çorum Organize Sanayi Bölgesinde faaliyet gösteren B... Ahşap Sanayi İthalat ve İhracat Pazarlama Limited Şirketi yetkilisi olduğu, ölen S... Y... nin bu işyerinde işçi, ölen O... T... nin ise Ü... şirketinde işçi olarak çalıştığı, olay tarihinde B... firması tarafından işletilen kapı fabrikasında toz ve talaş toplama silosunda arıza meydana geldiği, bu arızayı gidermek için sistemi kuran Ü... firmasından usta çağrıldığı ve ölen O... nun bu firmadan tamir amaçlı olarak Çorum'a geldiği, ölenlerin birlikte çalışma hususunda sanık tarafından görevlendirildiği, toz ve talaş toplama silosundaki arızayı gidermek üzere ölenlerin olay günü çalışmaya başladıkları, silo içerisinde kaynak yaptıkları esnada kaynaktan sıçrayan kıvılcımların içeride bulunan talaşları tutuşturması neticesinde yangın çıktığı, ölenlerin bu yangın nedeniyle yaralanarak hastaneye kaldırıldıkları ve ardından yanık ve buna bağlı komplikasyonlar sonucu öldükleri olayda; mahkemece "Sürekli aynı işlerle uğraşan sanığın, talaşın yanıcı niteliğe sahip olduğunu, aniden parlayabileceğini, bu nedenle talaş silosu içerisinde kaynak yapılmaması gerektiğini bildiği halde ve bu kısımda kaynak yapılmaması gerektiğinin ölenler tarafından sanığa söylenmesine rağmen, üretimin durdurulmaması için işçi olan ve olay esnasında kendisine bağlı olarak çalışan ölenlere sanığın "bu makine çalışmaz ise üretim durur, girin içeri yapın şu işi, bir hafta sizi bekleyemeyiz" demek suretiyle işçileri çalışmaya zorlaması" gerekçesi ile sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi karşısında, somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, fiili işleyen sanığın eyleminde bilinçli taksirin koşullarının oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm tesisi,” Yarg. 12. CD, 21.10.2016, 2015/14361, 2016/12079 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 465).

çevresindeki koşullara göre dikkatli hareket eden bir kişiye göre belirlenmelidir³⁴.

Objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin davranış normlarıyla herkesin uymak zorunda olduğu genel bir emir öngörülmektedir. Ancak bu emir, toplumsal yaşam açısından gerekli ve faydalı olan bazı riskli faaliyetlerin yürütümüne, bu alanı düzenleyen kurallara uyulması kaydıyla, engel olmaz. *İzin verilen risk* olarak adlandırılan bu müesseseyle objektif dikkat ve özen yükümlülüğünden kaynaklı sorumluluk sınırlandırılmış olmaktadır³⁵.

Dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandıran diğer bir ilke de “*güven prensibi*”dir³⁶. Güven prensibi, çok sayıda kişinin zorunlu olarak bir faaliyete katıldığı ve faaliyetin icrası sırasında herkesin kendi yükümlülüklerine uygun davranacağına güvenerek hareket ettiği hallerde söz konusu olmaktadır. Bu ilkedен özellikle trafik kazalarında ve ortaklaşa yapılan tıbbi ameliyatlarda yararlanılmaktadır³⁷.

B- Neticeye Sebebiyet Verme

TCK, taksirli bir suçtan dolayı ceza sorumluluğunun doğumu bakımından objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışın yanı sıra, buna bağlı olarak ayrıca bir neticenin gerçekleşmesini de aramaktadır (m. 22, f. 2). Dolayısıyla taksirli suçlarda netice gerçekleşmedikçe, taksirli bir haksızlıktan söz edilemeyeceği kabul edilmektedir³⁸.

Fiiliyatta bir iş kazası gerçekleştiğinde, bunun sonucunda bir kişi öldüğünde veya yaralandığında, bu durum ceza hukuku açısından bağlantı noktasını oluşturmakta, olay bağlamında ilgililerin ceza sorumluluklarını gerektiren bir hususun bulunup bulunmadığı araştırmaya konu olmaktadır. Meydana gelen netice bakımından bir kişinin taksirli davranışının bulunduğu tespit edildiğinde ve objektif isnadiyetin şartları oluştuğunda, bu kişinin ceza sorumluluğu yoluna gidilmektedir.

Hemen belirtelim ki doktrinde hakim görüşe göre, taksirli suçlarda netice haksızlık tipinin unsurudur³⁹. Azınlıktaki görüşe göre ise, objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaliyle birlikte taksirin oluştuğunu, taksirli fiilden dolayı cezai sorumluluğun doğumu için ölüm veya yaralanma gibi neticelerin meydana gelmesinin aranmasının taksirli haksızlığın niteliğinde bir değişiklik meydana getirmediğini, neticenin taksirli davranışa yön veren iradenin kapsamına girmediğini, sadece failin cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi gereken ilave bir unsur

³⁴ Blank, II, kn. 151.

³⁵ Ebert, s. 165–166; Kühl, § 17, kn. 37.

³⁶ Keçelioğlu, *Taksir*, s. 92.

³⁷ Kühl, § 17, kn. 36; Ebert, s. 166; Blank, II, kn. 152.

³⁸ İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 162; Jescheck/Weigend, s. 573.

³⁹ Welzel, s. 130; İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 163; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, *Suç Teorisi*, (2), s. 252.

olduğunu, dolayısıyla bütün bu hususların taksirli suçlarda neticenin objektif cezalandırılabilme şartı özelliği gösterdiğini savunmaktadır⁴⁰.

TCK'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında taksirli suça ilişkin tanıtımda özene aykırı davranışın neticeyi meydana getirmesine ve neticenin öngörülebilir olmasına yer verilmiştir. Burada neticenin öngörülebilirliği, onun unsur olduğunu değil, özene aykırı davranışa isnat edilebilirliğini gösterir. Neticenin öngörülebilirliği ile özen yükümlülüğü birbiriyle bağlantı içindedir. Eğer netice meydana gelmişse hemen onun öngörülebilir olup olmadığı araştırılmalıdır. Vuku bulan ve fakat öngörülemeyen netice bir tesadüfün eseridir⁴¹. Bu itibarla netice taksirli haksızlığın cezalandırılması bakımından sadece bir bağlantı noktası oluşturabilir⁴².

C- Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Taksirli suçlarda neticenin meydana gelmesi, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin bir sonucu olmalıdır. Bir başka ifadeyle, somut olayda gerçekleşen netice ile failin taksirli davranışı arasında illiyet bağı kurulabilir⁴³. Belli bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak söz konusu olan kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olarak tezahür eden davranış ile netice arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa, bu neticenin faile isnat edilmesi mümkün değildir^{44, 45}. Bu gibi hallerde, sırf dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali başkaca bir

⁴⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, (6), s. 245; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 208.

⁴¹ Blank, II, kn. 146.

⁴² Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 208.

⁴³ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, (2), s. 253; İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 168; Ebert, s. 167; Kühl, § 17, kn. 45.

⁴⁴ İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 139; Kühl, § 17, kn. 47 vd.

⁴⁵ "Olay tarihinde saat 20:45 sıralarında gece vakti, sanık K... S..., idaresindeki otomobil ile yerleşim yeri dışında, iki yönlü, iki şeritli, 7,3 m genişliğinde, düz ve eğimsiz aydınlatması bulunmayan Devlet karayolunda seyir halinde iken olay yerine geldiğinde, çoban A... K... nın sevk ve idaresinde karşıdan karşıya geçirilen hayvanlara çarpmamak için yaptığı direksiyon manevrasına rağmen istikametine göre yolun sol şeridi içerisinde bir koyuna çarparak sol şerit içerisinde duruşa geçmesi sonrası, bir müddet konuştuğu çobanın yol kenarında koyunu kesmesine yardım etmek istediği sırada, karşı istikametten seyir halinde olan sanık S... O... nun idaresindeki otomobilin, yol içerisindeki başıboş hayvanlara, sanık K... nın otomobiline, yol kenarında koyunu kesmeye çalışan çoban A... K... ile yanındaki sanık K... ye ve D... S... ye çarpması neticesi çoban A... nın öldüğü, sanık K... ve eşi D... nin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı olayda; oluşa ve kabule göre sanık K... S... her ne kadar, ilk kaza sonrası aracını sadece dörtlü flaşörleri açık bir şekilde iki yönlü yolda sol şerite yol içerisinde başkaca önlem almadan bırakması sonucu diğer sanık S... O... nun yol içindeki hayvanlara, kendisine, aracına ve D... ye çarpması nedeniyle tali kusurlu ise de; sanık S... nin yol kenarında duran çoban A... ya çarparak ölümüne sebebiyet vermesi ile sanık K... nın "aracını sol şerit üzerinde önlemsiz bırakması" şeklindeki eylemi arasında illiyet bağının bulunmadığı ilk kaza sonrasında illiyet bağının kesildiğinin kabulü gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdirinde yanılıya düşülerek, sanığın beraati yerine yazılı şekilde hüküm kurulması", Yarg. 12, CD, 09.01.2018, 2016/4666, 2018/136 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 38).

suçu oluşturuş failin bundan dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir. Netice arasında nedensellik ilişkisi kurulamayan taksirli davranış örneğin kabahat neviden bir haksızlık olarak idari yaptırımı gerektirebilir.

Neticenin faile objektif isnadiyeti bakımından öncelikle özene aykırı davranışla meydana gelen netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ancak sırf nedensellik bağının varlığı neticenin isnat edilebilirliği bakımından yeterli değildir. Somut olayda normatif olarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda neticenin doğrudan doğruya failin taksirli davranışının sonucu olarak geręekleřtięinin tespit edilebilmesi gerekmektedir⁴⁶. Neticenin, normatif olarak yapılan değerlendirme sonucunda objektif olarak faile isnat edilemediği hallerde, onun taksirli davranışı sabit olsa ve bu davranışı ile netice arasında nedensellik bağı kurulsa dahi sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir⁴⁷.

⁴⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzölmez, *Genel Hükümler*, s. 210 vd.

⁴⁷ "Oluş ve dosya kapsamına göre, olay sırasında yangının çıktığı binada olup, binada bulunan diğer katılan ve tanıklar ile dışarı çıkan M... S... nin, babası katılan B... S... nin bina içerisinde kaldığı dışüncesiyile yangının devam ettiği bina içerisine doğru gittiği, yangın sebebiyle içeri girmemesi yönünde uyarıda bulunulmasına rağmen M... S... nin bunu dinlemeyerek babasını kurtarma amacıyla içeriye girdiği dikkate alındığında, sanığın yangının çıkmasından ve çıkan bu yangın nedeniyle illiyet bağı içerisinde yangından etkilenenlerden dolayı kusurlu kabul edilmesi gerektiği, ilk başta yangının devam ettiği binadan kurtulan ve esaslı bir yaralanması olduğuna dair bir tespit bulunmayan M... S... nin kendi iradesi ile babasını yangından çıkarmak amacıyla ikinci kez girdiği bina içerisinde yangına bağlı olarak ağır şekilde yaralandığı ve tedavisi devam ederken hastanede vefat ettiği dikkate alındığında, sanığın eylemi ile mağdurun ölümü arasında sanığın sorumluluğunu gerektirir uygun illiyet bağı bulunmadığından, sanığın eyleminin TCK'nın 89/4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden hatalı değerlendirme ile TCK'nın 85/2. maddesinden cezalandırılmasına karar verilmesi," Yarg. 12. CD, 19.04.2017, 2015/16699, 2017/3271 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 49-50).

Yargıtay bu olayda klasik suç teorisinin etkisiyle mağdurun ölümü ile yangın çıkmasına sebebiyet veren sanığın taksirli davranışı arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı sonucuna vararak ölüm neticesinden dolayı sanığın sorumlu tutulamayacağını kabul etmiştir. Ulaşılan sonuç doğru olmakla birlikte, ancak kararın gerekçesi yeni TCK'nın da esas aldığı ceza hukukundaki güncel teorik kabullerle uyumlu değildir.

Modern ceza hukuku anlayışı nedensellik bağının tespitinde şart teorisini esas almakta, ancak şart teorisinin neticeye neden olan her hareketi eşit değerde gören ve bu hareketleri icra edenleri eşit derecede sorumlu tutan anlayışına, objektif isnadiyet ölçütleri çerçevesinde kusurluluğa gitmeden sınırlama getirmektedir. Buna göre, şart teorisinin anlamında nedensellik olan hareketler, normatif olarak yapılan değerlendirme sonucunda, doğrudan doğruya neticenin meydana gelmesinde müessir ise, netice failin icra ettiği fiilin ihtiva ettiği tehlikenin veya riskin tezahürünü oluşturuşorsa, yani netice failin eseri olarak nitelendirilebiliyorsa, failin sorumluluğunu gerektirir. Böyle bir değerlendirmeye konu olamayan hareket, netice bakımından nedensel olsa dahi failin sorumluluğuna esas oluşturmaz.

Karara konu olan olayda sanığın sebebiyet verdiği yangın ile ölüm neticesi arasında neden sonuç ilişkisinin varlığı açıktır. Ancak meydana gelen ölüm neticesi, doğrudan doğruya failin sebebiyet verdiği yangının sonucu olarak değil, mağdurun yangının yol

Taksirli suçlarda, taksirli davranışın neden olduğu neticenin faile isnat edilebilmesinin temel şartı neticenin objektif olarak öngörülebilir olmasıdır. Dolayısıyla dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden bir davranış ve bununla nedensellik ilişkisi kurulabilen bir neticenin varlığının tespitinden sonraki aşamada, bu neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Öngörülebilirlik, kişilerden beklenen dikkat ve özen gösterilmesi halinde tipikliğin gerçekleşmesinin somut olarak müşahade edilebileceğini ve dolayısıyla bundan kaçınılabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, eğer gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı, suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun gerçekleşeceğinin öngörülebileceği söylenebiliyorsa, bu fiil taksirle işlenmiş demektir⁴⁸.

Neticenin objektif olarak öngörülebilir olup olmadığı, failin içinde yer aldığı toplum kesimindeki ortalama bir kişi esas alınarak belirlenir. Netice ortalama bir insan tarafından öngörülemez bir özellik arz ediyor ise taksirli suçun tipiklik unsuru gerçekleşmiş olmaz⁴⁹.

Öngörülmesi gereken suçun kanuni tanımında belirtilen neticedir. Ancak bir davranışın yalnız normal neticeleri değil, fakat mümkün neticeleri de öngörülebilir nitelikte kabul edilmelidir⁵⁰.

Netice öngörülebilir değilse, bu durumda gerçekleşen neticenin özene aykırı bir davranışın değil, talihsiz bir tesadüfün eseri olduğu kabul edilir ve bu netice faile objektif olarak isnat edilemez. Fakat netice öngörülebilir idiyse, bu durumda objektif özene aykırılığın kabul edilmesi veya reddedilmesi, failin öngörülebilir bu neticenin meydana gelmemesi için gerekli olan tedbirleri yeterince alıp almadığına bağlıdır⁵¹.

D- Fail ve Mağdur

Taksirli suçların faili, belli bir faaliyeti icrası sırasında objektif dikkat ve özen yükümlülüğü altında olan kişiler olabilir. Dolayısıyla somut olayda kimin dikkat ve özen yükümlülüğü altında olduğunun tayini gerekmektedir. Bu belirleme, öncelikle birden çok kişinin katılımıyla yürütülen bir faaliyet veya olay söz konusu olduğunda önem

açtığı tehlikeden kurtulduktan sonra, kendi iradi davranışıyla içeride kaldığını düşündüğü babasını kurtarmak amacıyla tekrar yanan binaya girmesinden kaynaklanmıştır. Dolayısıyla somut olayda bizzat failin taksirli davranışının değil, bizzat mağdurun iradi davranışın sonucu olarak gerçekleşmiş bir netice söz konusudur. Bu nedenle, meydana gelen neticenin objektif olarak sanığa isnat edilmesi mümkün değildir.

⁴⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 211; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, (2), s. 249; Ebert, s. 166-167; Blank, II, kn. 147.

⁴⁹ Welzel, s. 131.

⁵⁰ İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 153-154; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 212.

⁵¹ Blank, II, kn. 146.

arz eder. Zira bu gibi hallerde kime hangi dikkat ve özen yükümlülüğünün terettüp ettiğini belirlemek, herhangi bir olumsuzluk yaşandığında sorumluluğunun kime ait olduğunu tayin etme imkânını sağlar. Örneğin cerrahi bir müdahale birden fazla sağlık çalışanının katılımını gerektirmektedir. Aynı şekilde bir inşai faaliyet de birden fazla kişinin çeşitli şekillerde katkısıyla yürütülen bir iş olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi hallerde dikkat ve özen yükümlülüğünü sınırlandıran güven prensibi de göz önünde bulundurulmak suretiyle süreçte kimin hangi sorumluluğu üstlendiğinin, somut olayda da neticenin kimin kendisine terettüp eden hangi yükümlülüğe aykırı davranmasının sonucu olduğunun belirlenmesini gerektirir.

Belli bir organizasyon veya hiyerarşik yapılanma çerçevesinde yürütülen bir faaliyet söz konusu olduğunda, bunun gereği olarak kime yetki ve sorumluluk verilmişse, dikkat ve özen yükümlülüğü altında olanlar da bunlardır⁵². Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, asıl işverenin alt işverenin işi yürütebilmesi için kendisine terettüp eden yükümlülükleri yerine getirmiş ise, artık işin yürütümüyle ilgili dikkat ve özen yükümü alt işverene ait olacaktır⁵³. Örneğin Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve

⁵² “Olay günü katılanın saha operatörü olarak çalıştığı C... T... Ticaret AŞ'ye ait kazan dairesinde bulunduğu esnada, sanıklardan A... A... nin sevk ve idaresindeki forklifti kazan dairesinden çıkarmaya çalıştığı ancak forkliftin ağırlık dengesinin sağlanamadığı için ilk etapta bu işi yapamadığı, bunun üzerine katılanın ve yanındaki H... isimli iş arkadaşının forkliftin üstüne çıkarak ağırlık dengesini sağlamaya çalıştıkları, katılanın forkliftin üzerine çıktuktan sonra elini tutunmak için uzattığı yerde iki parmağının sıkıştığı ve koparak yaralandığı olayda,... Sanıklardan M... B... nin, katılanın çalıştığı C... T... Jojistik ve Ticaret AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olduğu, incelenen dosyada şirket kapsamında yürütülen faaliyetlerin belli bir organizasyon çerçevesinde yürütüldüğünün, sanıklar ve katılanın iş yerindeki sıfatları da göz önünde bulundurulduğunda belirli bir hiyerarşi içinde çalışıldığını, çalışanlara iş güvenliği, iş kazaları ve iş güvenliği mevzuatı hakkında gerekli eğitimlerin verilmiş olduğunun anlaşıldığı göz önünde bulundurularak, meydana gelen iş kazasında sanığa atfı kabil bir kusurun bulunmadığı göz önünde bulundurularak beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi.”, Yarg. 12. CD, 17.10.2017, 4006/7581 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 454-455).

⁵³ “Sanık M... Ş... A... nin müstakil evine ilave olarak yaptırdığı ikinci katın fayans yapım işi için işçi Ş... Ç... ile sözlü olarak anlaştığı, sanığın bilgisi dahilinde Ş... Ç... ile Y... E... nin burada çalışmaya başladıkları, olay günü Y... E... nin balkonun üst kısmındaki fayanslara boyu yetişmediği için plastik sandalyenin üzerine çıktığı ancak dengesini kaybederek zemin+2. Kattan düşerek vefat ettiği olayda, asıl işveren konumunda olan mal sahibi sanığın, inşaat işyerinde yapılacak risk değerlendirmesine göre çalışmalarını güvenli olarak organize etmediği, inşaat çalışmalarının fenni yeterliği bulunan kişilerin teknik gözetim ve sorumluluğu altında yapılmasını sağlamadığı, inşaat alanında bulunan düşme alanlarına çalışanların düşmesini önleyecek yeterli önlemleri almadığı, yapılan çalışmaları iş güvenliği yönünden denetlemediği, izlemediği ve bu şekilde asli kusurlu olduğu, bu yöndeki 24.07.2014 tarihli bilirkişi raporu ve mahkemenin kabulü, dosya kapsamı ve oluşa uygun görülmele, tebliğnamenin bilirkişi raporunun oluşa uygun olmadığı yönündeki bozma görüşüne iştirak edilmemiştir.”, Yarg. 12. CD, 30.11.2016 2015/14620, 2016/13165 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 463-464).

Esasları Hakkındaki Yönetmelik, alt işverenin işçilerinin eğitiminden alt işverenle birlikte asıl işvereni de yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla alt işverene bir işin devredildiği hallerde asıl işverenin, alt işverenin işçilerini gereği gibi eğitip eğitmediği hususuna dikkat etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla asıl işverenin, sırf bu statüsü nedeniyle alt işverenin yürütümünü üstlendiği işi yerine getirirken meydana gelen her türlü kazadan sorumluluğu yoluna gidilemez. Ancak asıl işveren, iş devrettiği alt işverenin, yürütülecek faaliyet bakımından yetkin olup olmadığını araştırma yükümlülüğü altındadır⁵⁴.

Büyük işletmelerde, belli bir işin yürütümü, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan işveren vekillerine (4857 sayılı Kanun m. 2) devredilebilir. Bu gibi hallerde, ehil bir işveren vekiline işin yürütümü devredilmişse, meydana gelen olaylardan işveren vekilinin sorumluluğu tartışma konusu yapılacaktır. Bazı hallerde işveren vekili de yetki devri yoluyla bir faaliyetin yürütümüyle ilgili sorumluluğu üçüncü bir şahsa devredebilir. Netice itibariyle bu gibi hallerde, yetki ve sorumluluk kime devredilmişse, dikkat ve özen yükümlülüğünün bu kişiye düştüğünü belirtmek gerekmektedir⁵⁵.

Bir faaliyetin birden fazla kişinin katılımıyla icra edildiği hallerde her bir katılan kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin sonucu olarak gerçekleşen netice, sadece bir kişinin kendisinden

⁵⁴ “Olay tarihinde sanığın yönetim kurulu üyesi olduğu Ç... Anonim Şirketinin Gemerek ilçesinde bulunan ve şirketin fabrikalarından biri olan tuğla fabrikasında işçi olarak çalışan katılanın, elini kasnağa kaptırarak nitelikli şekilde yaralandığı olayda, sanık müdafii tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre olayın gerçekleştiği fabrikaya sorumlu işletme müdürü olarak F... isimli şahsın 25/05/2007 tarihinde yönetim kurulu kararı ile atandığı, sanığın şirketine ait başkaca fabrikaların bulunduğu ve her bir fabrikaya sorumlu müdür atandığı, olayın meydana geldiği fabrikanın idare ve sorumluluğunun F... ye ait olduğunun anlaşıldığı, ancak mevcut dosya kapsamında F... nin mesleki yeterliliği ve sorumluluğu hakkında inceleme yapılmadığı, bu kapsamda öncelikli olarak mahkemece F... hakkında yapılan suç duyurusu gereği dava açılıp açılmadığının araştırılarak, açılmış bir davanın bulunması halinde incelemeye esas dosya ile birleştirilerek, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,” Yarg. 12. CD, 08.11.2017, 3744/8583 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 449).

⁵⁵ “Olay tarihinde, S... M... Sanayi Anonim Şirket’inde 23.00- 08.00 vardiyasında işçi olarak çalışan M... Ç... nin, vinç yardımıyla 1,5 metre yüksekliğe kaldırdığı 5 tonluk kalıp parçasının altına geçip çalıştığı esnada, kalıbı tutan vince bağlı çelik halatın koparak üzerine düşmesi sonucu öldüğü olayda; hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık A... nin kollukta verdiği ifadesinde, ölene kalıpta çalışma emrini gece vardiyası amiri olan sanık Ü... ile birlikte verdiklerini beyan ettiği ve anılan işyerinde işçi olarak çalışan tanık U... nun duruşmada verdiği beyanında; vardiya amiri olan sanığın olay sırasında çalışıyor olduğunu, sanığın işçilere, işleri taksim ettiğini ve başlarında durduğu zamanda gerekli kontrolleri yaptığını beyan etmesi karşısında, sanığın denetleme görevini yerine getirmeyerek olayın oluşunda asli kusurlu olduğu,” Yarg. 12. CD, 11.10.2017, 2016/2570, 2017/7364 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 455).

beklenen şekilde davranmamasının sonucu olabileceği gibi, birden fazla kişinin kendilerinden beklenen şekilde davranmamasının sonucu da olabilir. Birden fazla kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle işlediği suçlarda, herkes bu fiilden dolayı kusuruyla orantılı bir şekilde sorumlu tutulur (m. 22, f. 5)⁵⁶.

Kimi olaylarda failin taksirli davranışına, mağdurun taksirli davranışı eklenebilmektedir. Bu gibi hallerde mağdurun taksirli davranışı, failin taksirli davranışından kaynaklanan sorumluluğa engel olmaz. Fail yine kendi taksirli davranışı nedeniyle kusuruyla orantılı bir şekilde sorumlu tutulacaktır⁵⁷.

⁵⁶ “Sanıklar S... A... ve C... B... haklarındaki beraat hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Sanıklardan A... G... nin, G... Galvaniz A.Ş.nin genel müdürü ve yönetim kurulu üyesi, sanık S... A... nin olayın meydana geldiği galvaniz fabrikasının sorumlu müdürü, sanık C... B... nin ise fabrikada çalışan ve gelen yükleri düzenlemek ile görevli işçi olduğu, fabrikaya gelen yüklerin vinç yardımı ile boşaltıldığı, olay günü vincin sırada olan diğer kamyonların yükünü boşaltmak için kullanılması nedeni ile vincin müsait olmadığı, fabrikaya idaresindeki kamyon ile yük getiren yaralanan Katılan Ş... T... nin sırada beklemek istememesi nedeni ile sanık C... ile konuşarak, yükün forklift aracılığı ile boşaltılması hususunda anlaştığı, forklift kullanımı için gerekli G sınıfı sürücü belgesi olmayan sanık C... idaresindeki forklift ile yükün boşaltılmaya çalışıldığı sırada, yüklerden birinin Katılan Ş... T... nin üzerine düşmesi sonucu yaralandığı olayda; Fabrikada tahmil ve tahliye işlerinin, görevlendirilen yetkili bir kişinin gözetim ve denetimi altında yapılması gerekir iken, G sınıfı sürücü belgesi olmayan ve boşaltma işinde görevli olmayan sanık C... idaresindeki forklift ile yükün boşaltılmaya çalışılması, gerekli iş güvenliği önlemlerinin sağlanması, denetimi ve kontrolü ile iş güvenliği eğitimlerinin işveren vekili sıfatı ile fabrikanın sorumlu müdürü sanık S... A... tarafından sağlanması gerekir iken yapılmaması nedeni ile sanıklar S... ve C... nin tali kusurlu oldukları yönündeki 27.03.2011 tarihli, 03.03.2014 tarihli ve 07.07.2014 tarihli bilirkişi raporlarının oluş ve dosya kapsamına uygun olduğu anlaşılmakla, sanıkların mahkumiyeti yerine; Mahkemece "kazanın meydana gelmesinde forkliftin yüke teması olmadığı..." gerekçeleri ile sanıkların beraatına karar verilmesi”, Yarg. 12. CD, 24.04.2018, 2016/9854, 2018/4786). (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 423).

“Konya Meram Kızılören beldesinde, belediye su deposu iç yalıtım işinde temyiz dışı sanık F... Ç... nin işçisi olarak çalışan ölenin, gece saat 21:10’da çalışırken depo girişi deliğinden aşağı düşerek hayatını kaybettiği olayda, sanık H... S... nin belediye başkanı sıfatı ile su deposu demir ve kalıp işi için temyiz dışı sanık F... K... ile anlaştığı, aralarında yaptıkları sözleşmenin 6.maddesine göre sanık F... K... nin tüm güvenlik tedbirlerini almak ve aldırarak yükümlü olduğu, deponun iç yalıtım işi için ise sanık F... K... nin temyiz dışı sanık F... Ç... ile anlaşarak, aralarında F... Ç... nin yapacağı yalıtım işine garanti verdiği garanti sözleşmesini düzenledikleri, sanık F... K... nin bu garanti sözleşmesini “işveren olarak herhangi bir kusurda takipçi olacağını taahhüt ettiğini” belirterek imzaladığı, bu itibarla ölenin hayatını kaybettiği iç yalıtım işi açısından F... K... nin işveren, F... Ç... nin ise alt yüklenici konumunda olduğu anlaşılmakla, meydana gelen ölüm olayı açısından sanık H... S... ye atfı kabul kusur bulunmadığından sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi”, Yarg. 12. CD, 13.11.2018, 2017/1464, 2018/10685 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 404).

⁵⁷ “Olay günü temyize gelmeyen sanık K... D... ye ait yığma evi yıkmak amacıyla sanık İ... A... ile, ölen ve ölenin oğullarından oluşan ekibin evden çıkan odun ve tahta parçalarını almak üzere öncelikle evin tavanında bulunan tahta direkleri kesmek suretiyle yıkım çalışmaları yaptıkları sırada, tavanın aniden çökmesi ile o sırada

E- Bilinçli Taksir

Türk Ceza Kanunu taksirin iki görünüm biçimine yer vermiştir: *Bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir*. Yukarıdaki açıklamalarda bilinçsiz taksir esas alınmıştır. Bu açıklamalar özü itibarıyla “*kışının öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi*” (m. 22, f. 3) şeklinde tanımlanan bilinçli taksir bakımından da geçerlidir. Bilinçli taksirin esasının da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmakta, bilinçsiz taksirde olduğu gibi bilinçli taksirde de özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla meydana gelen netice istenmemektedir⁵⁸.

Bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayıran özellik ise neticenin fiilen öngörülmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilinçsiz taksirde fail özen yükümünün ihlali dolayısıyla kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşebileceğini tasavvur etmemektedir. Bilinçli taksirde ise fail, suçun konusu bakımından somut bir tehlikenin varlığını müşahade etmekte, ya bu tehlikenin derecesini azımsamasından veya kendi yeteneğini abartmasından ya da şansına güvenmesinden dolayı kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşmeyeceğine güven beslemektedir⁵⁹. Bu nedenle, bilinçli taksirle işlenen suçların haksızlık içeriği, bilinçsiz taksirle işlenen suçlara nazaran daha ağırdır. Bilinçli taksirle işlenen suçlarda cezanın belli oranda artırılmasının nedeni budur (m. 22, f. 3).

Bilinçli taksirde fail zararlı neticenin gerçekleşmesi imkânını genel olarak öngörmesine rağmen, somut durumda bunun meydana gelmeyeceği kanaatindedir. Dolayısıyla bilinçli taksirde, gerçekleşen netice iradi değildir. Ancak failde sadece bir ümidin varlığı neticenin iradiliğini ortadan kaldırmaya yetmez. Failin somut durumda neticenin gerçekleşmeyeceği hususunda kuvvetli bir kanaate sahip olabilmesi için gerekli şartların bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Aksi takdirde öngörülen neticenin kabullenildiği, göze alındığı veya bu neticeye

sökülen odunları dışarı taşımak amacıyla içeride bulunan ölenin çöken tavanın altında kaldığı, dosya içeriğindeki beyanlar ve bilirkişi tespitlerine göre evin yıkılması işinin, evin sahibi K... D... tarafından ölen C... A... ve sanık İ... A... ya sözlü olarak, çıkacak ahşap malzemeye karşılık 800TL bedelle verildiği, evin yıkılması ve ahşap malzemenin çıkarılması işinde, işi alan sanık İ... ve ölen C... ile birlikte ölenin çocuklarının da çalıştıkları, sanık İ... ile ölen C... nin işi alan olmaları sebebiyle sanık İ... nin ölenin işvereni olmayıp hiyerarşik bakımdan ölen ile aynı konumda olduğu, ancak olay akabinde sökülen giriş içerisindeki demir miktarının az olması ve söküm işi yapan şahısların ilk olarak beton girişinin sabitlendiği taş duvarı sökmeleri sebebiyle girişin göçmüş olduğunun tespit edilmesi karşısında, usulüne uygun olarak yapılmayan yıkım işlemi ile ilgili bütün sorumluluğun evi yıkmak için ortaklaşa anlaşılan sanık İ... ve ölen C... de olduğu anlaşıldığından ve sanığın mahkumiyetine ilişkin mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından tebliğnamedeki bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir”, Yarg. 12. CD, 27.04.2017, 2015/17035, 2017/3555 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 430).

⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 230.

⁵⁹ Jescheck/Weigend, s. 568.

kayıtsız kalındığı, dolayısıyla olası kastla hareket edildiği kabul edilir⁶⁰. Örneğin failin mahareti, kabiliyeti, tecrübesi ve olayın özellikleri gibi hususlar bu şartların değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır⁶¹. Nitekim bu görüşlerin etkisiyle yeni TCK'da (m. 22, f. 3) da bilinçli taksir bakımından ayırıcı kıstasın öngörülen neticenin istenmemesi olduğu kabul edilmiştir⁶².

IV- TAKSİRLİ SUÇLARDA KUSURLULUK

Taksirli suçlarda fail, mevcut koşullara, şahsi yetenek ve kabiliyetine, bilgi ve tecrübe düzeyine göre imkân dâhilinde bulunan ve görevi gereği yerine getirmesi zorunlu olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öngörülebilir bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet vermesi nedeniyle kınanmaktadır

⁶⁰ “Aynı ecza deposunda işçi olarak çalışan sanıkların konuşma ve işitme engelli olan katılanın kıyafetlerine aseton maddesi sıkarak ellerinde çakmakla şaka yaptıkları sırada katılanın kıyafetlerinin alev alması nedeniyle yanarak basit tıbbi müdahale ile giderilemez şekilde yaralandığı olayda, sanıkların ecza deposunda çalışmaları dolayısıyla yanıcı olduğunu bildiklerini maddeyi katılanın üzerine sıkıp ateşle yaklaştıklarında katılanın kıyafetlerinin tutuşabileceğini ve yanabileceğini öngörmeleri rağmen hareketlerine devam ederek meydana gelebilecek neticeyi kabullendiklerinin dolayısıyla suçun olası kastla işlediklerinin anlaşılması karşısında sanıklar hakkında yazılı şekilde taksirle yaralamadan hüküm kurulması,” Yarg. 12. CD, 22.05.2018, 2016/7970, 2018/5820 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 90-91).

⁶¹ İçel, *Taksirden Doğan Sühjektif Sorumluluk*, s. 192, 194; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 297, 320. “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın ortağı ve yetkilisi olduğu, oto yedek parça imalatı yapan A... Kalıp Makine Sanayi Dış Ticaret Ltd.Şti.'nde işçi olarak işe başlayan katılanın, görevinin fabrikanın tesviye bölümünde tezgahta çapak temizliği olduğu, işe girdikten 20-25 gün sonra bir saat kadar burç çakma makinesi olarak tabir edilen makinenin nasıl çalıştığına ilişkin eğitim gördükten sonra çapak temizleme işine devam ettiği, olay günü burç çakma makinesinde çalışmasının istendiği, makinede çalışırken elini makineye kaptırdığı ve 3 ve 4. parmakları DIP eklem seviyesinden kesildiği, yaralanmasının yaşam fonksiyonlarını orta (3) derecede etkiler nitelikte ve fonksiyonel kaybın organlarından birinin işlevinin zayıflaması niteliğinde olduğu olayda, kadın olan katılanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 16.06.2004 tarih ve 225494 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin ek çizelgesine göre, metal ve alaşımlarının, metalsi ve alaşımlarının her çeşit döküm (adi döküm, pres döküm, enjeksiyon döküm gibi) ve haddeleme, presleme suretiyle sıcak ve soğuk olarak şekillendirme niteliğindeki çok tehlikeli işler sınıfında çalıştırılmaması gerektiği halde çalıştırıldığı anlaşılmakla, ağır ve çok tehlikeli işlerden olduğu halde kadın işçi çalıştıran, iş sağlığı ve iş güvenliğini sağlamaya yönelik risk değerlendirmesi içeren iş organizasyonunu yapmayan, iş sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli olan önlemleri ihmal eden, bu önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemeyen, preslere gerekli koruyucuların yapılmasını sağlamayan ve daha güvenli olan yeni teknolojileri kullanmayan sanığın eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiği ve tayin olunan cezasında TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca arttırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,” Yarg. 12. CD, 13.11.2018, 2017/2296, 2018/10726 (Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında*, s. 441).

⁶² Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 233-234.

Taksirli suçlarda yukarıda sıralanan unsurların gerçekleşmesiyle birlikte haksızlığın gerçekleştiği kabul edilir. Haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesi failin cezalandırılabilmesi bakımından gerekli ve fakat yeterli değildir, ayrıca failin taksirli bir haksızlığı gerçekleştirmesi nedeniyle kınanabilmesi de gerekir.

Taksirle işlenen suçlarda kusur, kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, esas itibariyle bir kimsenin işlediği haksızlık teşkil eden fiilden dolayı kınanması gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder⁶³. Bu durumda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle taksirli bir haksızlığı gerçekleştiren kişi, böyle bir fiili işlemesi nedeniyle kınanabilmesi halinde cezalandırılacaktır.

Taksirli suçlarda da kusur yargısının oluşması bakımından aranan *ilk unsur*, failin yaşı ve aklı sağlığına bağlı olan *kusur yeteneğidir*. Kusur yeteneği olmayan bir kimse, taksir alanında da kusurlu hareket edemez. Bununla birlikte, kusur yeteneği olmayan bir kimse de belli şartlar altında, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edebilir. Bu itibarla işlediği taksirli haksızlığa bağlı olarak kusur yeteneği olmayan kişilere de güvenlik tedbirleri uygulanabilir⁶⁴.

Taksirli suçlarda kusur isnadı, failin kişisel kabiliyetine göre, objektif olarak mevcut olan özen yükümlülüğünü müşahade edebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına bağlıdır (*kusurun unsuru olarak kişisel yapabilirlik*). Bu husus araştırılırken, üçüncü bir kişinin durumu değil, bizatihi failin kabiliyeti, tecrübesi ve bilgi düzeyi göz önünde bulundurulacaktır⁶⁵.

Her yükümlülük gibi, dikkat ve özen yükümlülüğünün de yerine getirilme imkânının bulunması gerekir (*kusurun unsuru olarak özene uygun hareketin beklenebilirliği*). Böyle bir imkân yoksa o yükümlülüğün yerine getirilmesi de istenemez. Böyle bir imkânın bulunup bulunmadığının belirlenmesinde failin şahsi niteliklerinin göz önünde tutulması gerekir. Esasında neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi imkânını da ifade etmektedir⁶⁶. Taksirli suçlarda kusur yargısı, harici koşulların objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmesini beklenemez kıldığı hallerde ortadan kalkar. Şüphesiz burada da özen yükümlülüğüne uygun davranışın beklenebilirliğinin objektif bir değerlendirilmesi yapılmalıdır⁶⁷.

İş kazalarından kaynaklı kusur değerlendirmesi de bu unsurlar çerçevesinde yapılacaktır. Meydana gelen kazada taksirli davranışı

⁶³ Jescheck/Weigend, s. 592; Kühl, § 17, kn. 89.

⁶⁴ Jescheck/Weigend, s. 593; Kühl, § 17, kn. 90.

⁶⁵ Jescheck/Weigend, s. 594-596; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, *Suç Teorisi*, (2), s. 254 vd.; Kühl, § 17, kn. 92.

⁶⁶ İçel, *Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, s. 142, 143, 144.

⁶⁷ Jescheck/Weigend, s. 597.

tespit edilen kişinin eğitim durumu ve iş tecrübesi kusur değerlendirmesinde özellikle göz önünde bulundurulacak hususlardır.

TCK'nın 22. maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de **kusurluluğun normatif bir değerlendirmeyle ancak hâkim tarafından belirleneceği, bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı** yerinde olarak ifade edilmiştir. Uygulamada bilirkişiye ancak bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olup olmadığı noktasında başvurulabilir. Teknik bir tespitin zorunlu olduğu bu gibi hallerde hakimin bir hukukçu olarak taksirin varlığını veya yokluğunu tespit etmesi mümkün değildir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin tespitinden sonraki aşamada ise taksirli bu fiilden dolayı failin kusurlu addedilip edilemeyeceği hususu hakimin görev alanına girmektedir. Dolayısıyla somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini belirlemek üzere görevlendirilen bilirkişiler, ilgililerin kusurlu olup olmadıkları konusunda değerlendirmede bulunma yetkisine sahip değillerdir. 765 sayılı Kanunun etkisiyle uygulamada hakkında isnatta bulunulan kişilerle ilgili olarak bilirkişilerce yapılan asli kusur-tali kusur değerlendirmesinin yeni TCK'da yeri yoktur. Dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden kişi hakkındaki kusur değerlendirmesi tamamıyla hakimin normatif olarak yapacağı bir tespittir. Hakim yapacağı değerlendirme sonucunda faili kusurlu bulursa, kusurun ağırlığı ve diğer sebepler de göz önünde bulundurulurken bir cezaya hükmedilecektir. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 455 ve 459. maddelerine 17.06.1964 tarih ve 501 sayılı Kanunla eklenen fıkralara göre hâkime taksirle öldürme ve yaralama fiillerinde cezayı kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirme yetkisi veren düzenlemeden hareketle uygulamada ortaya çıkan kusurun matematiksel olarak ifade edilmesi yöntemi sona erdirilmiş olmaktadır. Bundan böyle failin cezası kusurunun ağırlığına göre belirlenecektir ve kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün olmayacaktır. Failin taksirli fiili işlemindeki kusuru hâkim tarafından değerlendirilecek ve bunun sonucunda kusurun ağırlığı veya hafifliği göz önünde bulundurulurken cezanın alt ve üst sınırı arasındaki bir cezaya hükmedilecektir⁶⁸.

SONUÇ

Taksirli bir suçtan dolayı sorumluluğun temel şartını, kişinin işlemiş olduğu bir fiille bağlantılı olarak pozitif hukukun veya müşterek tecrübenin gereği olan dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi oluşturmaktadır.

⁶⁸ Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 229.

Bir neticenin gerçekleşmiş olması taksir değerlendirilmesinde başlı başına bir anlam taşımamakta, sadece ceza hukukunun bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Ceza adaleti sistemi, oluşan şüphe nedeniyle devreye girince, neticenin oluşumuna sebebiyet veren faaliyet alanı göz önünde bulundurulmak suretiyle, öncelikle ilgililerden beklenen dikkat ve özenin ne olduğu objektif olarak tespit edilmekte, bilahare somut olay bağlamında fiili icra eden kişinin objektif olarak çerçevesi çizilen özeni gösterip göstermediğini belirlenmektedir. Eğer kişi objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmış ise, taksirli bir davranış söz konusu olmadığından kişinin sorumluluğu yoluna gidilememektedir. Buna karşılık, bu kişinin objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği tespit edilmiş ise bilahare neticenin bu kişiye yüklenip yüklenemeyeceğinin belirlenebilmesi bakımından nedensellik bağı ve objektif isnadiyet bağlamında değerlendirme yapılmakta, bu unsurların gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde, kusur değerlendirmesi yapılmaktadır.

Bu sistematik inceleme özellikle işbölümünün, asıl işveren/alt işveren ilişkisinin veya işveren vekilliği ilişkisinin ya da bu benzer şekilde gözetim ve denetim yetkisinin devrenin söz konusu olduğu hallerde sorumluluğun kime ait olacağına belirlenmesinde sağlıklı bir değerlendirme yapılmasına imkân verecektir. Bir iş kazası söz konusu olduğunda, öncelikle kazaya konu işin icrasıyla bağlantılı olarak, kişilerden beklenen dikkat ve özenin ne olduğunun, bu yükümlülüğün kaynağının ne olduğunun, bunun somut olayda kime terettüp ettiğinin, birden fazla kişinin yükümlülük ihlali söz konusu ise bunun dayanaklarının ne olduğunun tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

Türk yargısının taksirli suçlara ilişkin uygulaması halen 765 sayılı TCK'nın etkisi altındadır. Bu kapsamda taksir halen bir kusurluluk şekli olarak kabul edilmektedir. Yeni TCK'nın taksirli suçlar bağlamında kabul ettiği haksızlık/kusur ayrımının benimsenememiş olmasının neticesi olarak uygulamada halen bilirkişilerin önemli bir fonksiyon üstlendiği, bilirkişilerin asli/tali kusur ayrımı yapmaya devam ettikleri görülmektedir. Sorunlu diğer bir alan, taksirli fiili netice arasındaki nedensellik bağının açık olduğu kimi olaylarda, neticenin doğrudan doğruya bu hareketin sonucu olmaması noktasından hareketle nedensellik bağının kesildiği kabul edilmektedir. Tabii ki bu değerlendirme de bilirkişi marifetiyle yapılmaktadır. Böylelikle aslında objektif isnadiyet bağlamında normatif olarak hakim tarafından yerine getirilmesi gereken bir göre bilirkişilere bırakılmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Blank, Theodor, *Strafrecht AT II*, München, 2001, kn. 149
- Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Heidelberg, 2001
- Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Stuttgart, 2005, kn. 1010.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, İstanbul, 1967.
- İçel, Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsün/ Özgenc, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih Selami/ Ünver, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul, 2002, 2. Bası.
- Jescheck. Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Kaygusuz, Serap, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme Taksirle Yaralama Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları*, Ankara, 2019, 2. Baskı.
- Keçelioğlu, Elvan, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, Ankara, 2015.
- Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, 12. Baskı.
- Kühl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München, 2002,
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1, 7. Auflage, Heidelberg, 1989, § 16, kn. 45.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992.
- Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011, 15. Bası.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 5. Auflage, Köln-Berlin, München, 2004.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. Eine systematische Darstellung, 10. Auflage, Berlin, 1967.

HAZİNE TAŞINMAZLARINDA İMAR UYGULAMALARI KAYNAKLI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Problems Related To The Land Re-Adjustments For Immovable Properties
Owned By Treasury And Recommended Solutions*

Prof. Dr. İbrahim BAZ*
Suat ŞİMŞEK**

Özet: Bu çalışmada, Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından idare edilen Hazine taşınmazları açısından imar uygulama (parselasyon, ifraz, tevhit vb.) süreçlerinde yaşanan sıkıntılar tespit edilmeye ve bu konuda öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Yapılan çalışmalar neticesinde, imar planlama ve uygulama konusunda Hazine taşınmazları açısından önemli sorunlar yaşandığı tespit edilmiştir. Bu sorunların bir kısmı, planlama ve plan uygulama konusunda yetkili olan kamu idarelerinin yanlış ve hatalı tutumlarından; bir kısmı ise bu konuda herhangi bir mevzuat olmamasından veya mevzuatın yeterince açık olmamasından kaynaklanmaktadır.

Çalışmada, bu sorunlar, İmar Kanunu'nun 18. maddesinde 7181 ve 7226 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler ve sonrasında yayımlanan Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik çerçevesinde değerlendirilmiş ve gerekli görülen bazı konular hakkında önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Milli Emlak, Hazine taşınmazı, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer, imar uygulamaları.

Summary: This study seeks to identify the current problems relevant to the land re-adjustments (parcellation, subdivision, amalgamation etc.) for the real estates owned by the Treasury and managed by the Directorate General of National Property and to provide suggestions accordingly.

The studies carried out has revealed that there are significant problems with zone planning and implementation of immovable properties owned by Treasury. Some of these problems stem from erroneous attitudes of public administrations which are authorized in planning and implementation; and others arise from the absence of a relevant legislation or lack of clarity in the available.

This study evaluates the abovegiven problems within the framework of Article 18 of the Zoning Law, amendments made with the Laws 7181 and 7226, and the Regulation on Land Re-Adjustments published afterwards, and puts forward some suggestions upon the issues as deemed necessary.

Keywords: National property, immovable properties of Treasury, land under the rule and possession of the state, land re-adjustments

* İstanbul Ticaret Üniversitesi, Mühendislik Fakültesi Öğretim Üyesi,
Orcid No: 0000-0002-3741-6814

** ÇŞB Milli Emlak Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, İstanbul Ticaret Üniversitesi,
Fen Bilimleri Enstitüsü, Gayrimenkul Geliştirme, Kentsel Dönüşüm ve Planlama
Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Orcid No: 0000-0003-1329-0468
Makale Geliş Tarihi: 19/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 18/06/2020

GİRİŞ

Tapu sicilinde Hazine tüzel kişiliği adına tescilli olan taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlara Hazine taşınmazı denilmektedir. Bu taşınmazlar Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından yönetilmektedir.

Gerek Hazine adına tescilli taşınmazlar gerekse Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mülkler, zaman zaman imar planları kapsamına alınmakta ve parselasyon veya ifraz/tevhit gibi imar uygulamalarına konu edilebilmektedir. Bu taşınmazların imar planı kapsamına alınması veya imar uygulamasına tabi tutulması esnasında, bazı konularda mevzuatın yeterince açık olmaması ve/veya uygulayıcı idarelerin mevzuata uygun olmayan şekilde işlem tesis etmeleri, Hazine tüzel kişiliğini temsil eden Milli Emlak Genel Müdürlüğü ile uygulayıcı idareleri (genellikle belediyeleri) karşı karşıya getirebilmektedir. Bu durum kamu idareleri arasında gereksiz hukuki ihtilaflara, davaların açılmasına ve uygulamaya dair süreçlerin uzamasına neden olmaktadır.

Bununla birlikte, Hazine taşınmazlarının imar planı kapsamına alınması ve imar uygulamalarına tabi tutulmasının ele alınması konusunda ki sorunların araştırılmasına yönelik çalışmalar maalesef oldukça yetersizdir. Bugüne kadar, hazine mallarını konu edinen imar hukuku ve imar uygulamalarına dair yayınlara, kitap yazım çalışmaları da dahil, çok az yer verildiği ve bu konuya münhasır bir çalışmanın gerçekleştirilmediği görülmektedir. Bu konulara geniş bir şekilde yer veren ilk çalışma, Koçak ve Beyaz (2004) tarafından hazırlanan 3194 sayılı Kanunun 18'inci Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları isimli kitaptır. Bu kitapta, Hazine taşınmazlarının imar uygulamasına tabi tutulması konusuna ayrı bir bölümde yer verilmiştir. 2010 yılında birinci yazar tarafından yayımlanan İmar Hukuku¹ isimli kitapta Hazine taşınmazlarının (örneğin mera/yaylak ve kışlakların, mezarlıkların, kamu hizmeti için kullanılan taşınmazların ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan alanların) imar planı kapsamına alınması ve imar uygulamasına tabi tutulması konusunda bilgiler verilmiştir. Hazine taşınmazlarının veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin imar uygulamasına tabi tutulması konusuna münhasır olarak hazırlanmış tek tez çalışması, Kurtuluş Baykal Turan (2013) tarafından hazırlanmış “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki Tescil Harici Alanların Hukuki Durumları ve Bu Alanların İmar Uygulamalarındaki Yeri” isimli yüksek lisans tez çalışmasıdır².

¹ Şimşek, Suat, *İmar Hukuku*, Milli Emlak Kontrolörleri Derneği Yayınları, Ankara, 2010

² Turan, K. Baykal, Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Tescil Harici Alanların Hukuki Durumları ve Bu Alanların İmar Uygulamalarındaki Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetim Ana Bilim Dalı, Ankara, 2013

Bu yayın kapsamında, Hazine taşınmazlarının yer aldığı imar uygulamalarında ortaya çıkan ihtilaf konuları belirlemek ve değerlendirmek üzere Milli Emlak Genel Müdürlüğü personeli ile anket çalışması gerçekleştirilmiştir. Sorunlar da bu çerçevede irdelenerek ele alınmıştır.

Bu yayında, ilk bölümde ilk olarak Hazine taşınmazı ve imar uygulamaları kavramları üzerinde durulmakta ve sonrasında da Milli Emlak Genel Müdürlüğü personeli ile yapılan anket bulgularına yer verilmektedir. Son bölümde de, ankette ortaya çıkan sorun konuları ele alınmakta ve sonrasında bunlar mevzuat hükümleri (özellikle İmar Kanunu'nun 18. maddesinde 7181 ve 7226 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler ve sonrasında yayımlanan Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik), çerçevesinde değerlendirilerek ve önerilerde bulunmaktadır.

I- KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A- Hazine Taşınmazı

Türk idare hukukunda Devlet, birbirinden bağımsız tüzel kişilikler şeklinde örgütlenmiştir. Geniş anlamda devlet, birden fazla tüzel kişilikten oluşmaktadır. İlk olarak 1050 sayılı Kanun'da yapılan bu şekilde bir tasnif, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda da yer almıştır. 5018 sayılı Kanun, Devleti oluşturan kamu tüzel kişilerini “merkezi yönetim”, “sosyal güvenlik kurumları” ve “mahalli idareler” olmak üzere 3 kısma ayırmıştır. Merkezi yönetim ise “genel bütçeye dahil idareler”, “özel bütçeli idareler” ve “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” olmak üzere 3 kısma ayrılır. Bunlardan konumuzu ilgilendiren genel bütçeye dahil idarelerdir. 5018 sayılı Kanun, genel bütçeye dahil idarelerin ayrı ayrı tüzel kişiliği olması yerine, tek bir tüzel kişiliği olmasını uygun görmüştür. Genel bütçeye dahil idarelerin oluşturduğu bu tüzel kişiliğe, “dar anlamda devlet” veya “Hazine tüzel kişiliği” denir. İdare hukukunda, dar anlamda devlet kelimesi ile kastedilen de budur.

5018 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasına göre genel bütçeli kuruluşların taşınmazları tapu siciline Maliye Hazinesi adına tescil edilmektedir. Ayrıca tapu siciline tescil edilmemekle birlikte, niteliği gereği Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerler de Hazine'yi temsilen Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından yönetilmektedir. Tapu siciline Maliye Hazinesi adına kayıtlı taşınmazlar ile niteliği gereği Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlara Hazine taşınmazı denilmektedir.

B- İmar Planları ve Uygulamaları

1- İmar Planları

İmar planları, bir bölgenin ya da bir taşınmazın yapılaşma amacını, kullanım şeklini ve yapılaşma koşullarını belirleyen düzenleyici idari işlemlerdir. Yürürlükteki mevzuatımız mekânsal planları çevre düzeni planları ve imar planları olmak üzere iki kısma ayırmıştır.³ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 6. maddesine göre imar planları, nazım imar planı ve uygulama imar planlarından oluşmaktadır. Dolayısıyla, "imar planı" kavramıyla kastedilen husus, nazım imar planı ve uygulama imar planıdır.⁴ Aslında nazım ve uygulama imar planları da farklı türde planlar olmayıp, "imar planının konusuna göre alabileceği iki şekildir".⁵

İmar planlarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda (her ne kadar imar planlarını düzenleyici idari işlem olarak kabul eden görüş ağır basmış olsa da) görüş birliği bulunmamaktadır. Danıştay ise (muhtemelen) idari yargılama usulü bakımından ortaya çıkacak pratik sonuçlar (düzenleyici işleme karşı dava açma süresi, uygulama işlemi ile birlikte imar planına dava açılabilmesi, menfaat ihlali kavramı, düzenleyici işlemlerin ilanı gibi) nedeniyle, muhtelif kararlarında imar planlarının düzenleyici işlem niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.⁶

İmar planları bir bölgenin genel veya parsel bazında kullanma biçimlerini ve yapılaşma koşullarını düzenleyen belgelerdir.

2- İmar Uygulamaları

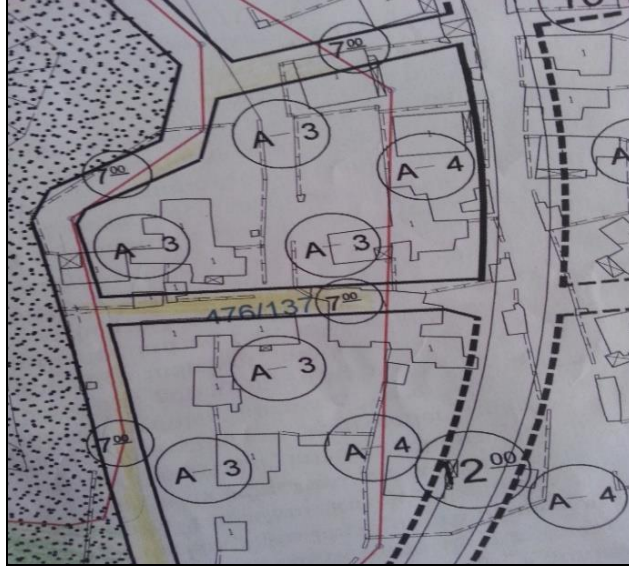
Bir alanda uygulama imar planının yapılmış olması, o alanın hemen inşaata elverişli hale geldiği ve parsel maliklerinin parsellerinde inşaat yapabileceği anlamına gelmez. Aşağıdaki imar paftasından da görüleceği üzere, imar planı yapıldıktan sonra, imar uygulamaları yapılıncaya kadar bölgedeki (şekilde kırmızı çizgilerle gösterilen) eski kadastral durum devam eder.

³ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 6. maddesine göre mekânsal planlar, kapsadıkları alan ve amaçları açısından "çevre düzeni planları" ve "imar planları" kademelerinden oluşur.

⁴ Sancakdar, Oğuz, *Belediye İmar Planı Yapması, Değiştirmesi ve İptal Davası*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 201

⁵ Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul, Doçentlik Tezi*, İstanbul, 1974, s. 58

⁶ Canbazoglu, Kenan ve Ayaydın, Dilhun, *İmar Planlarının Yargısal Denetimi-1*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 93, 2011, s. 248



Şekil 1. Kadastral Durumun Devam Ettiği Uygulama İmar Planı Örneği

Bir parselde inşaat yapılabilmesi için bazı uygulamaların yapılarak kadastral durum ile imar planının üst üste çakıştırılması ve kadastral parselin imar parseli (arsa) haline getirilmesi gerekmektedir⁷. Bir başka deyişle, kadastral parsellerde inşaat yapılabilmesi için İmar Kanununda öngörülen imar uygulama yöntemlerinden biriyle uygulama yapılarak kadastral parselin imara ve yapılaşmaya uygun arsa haline getirilmesi gerekir⁸. Mevcut durumu ile yapı yapmaya elverişli olmayan binalı ve binasız arazi ve arsaların, planın öngördüğü şekilde yapı yapılabilir duruma ya da planın saptadığı diğer kullanma biçimlerine elverişli duruma getirilmesi için uygulanan araçların tamamına imar planlarının uygulanması (kısaca imar uygulaması) denilmektedir.⁹

İdare hukukumuzda, imar uygulaması kavramı, dar ve geniş manada kullanılabilir. Geniş manada imar uygulaması, imar planının yapılmasından, parselasyon, ifraz/tevhit ve kamulaştırmaya, sonrasında inşaat ruhsatı ve yapı kullanma (iskan) iznine değin uzanan geniş bir süreci kapsar¹⁰. Dar manada ise imar planlarının yapımından parselasyon, ifraz/tevhit ve kamulaştırma yoluyla yapılaşmaya elverişli

⁷ Artukmaç, Sadık, *Türk İmar Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969, s. 269

⁸ Özdemir, Selman, "İmar Kanunu Bağlamında İmar Uygulamalarında Kapanan Kadastral Yollar", *Türk İdare Dergisi*, S. 479, 2013, s. 178

⁹ Gürler, Mehmet, "İmar Planı Uygulama Yöntemleri", *Mülkiyet Dergisi*, S. 16, 1995, s. 251

¹⁰ Özdemir, Selman, "Tapu Kanunu Bağlamında İmar Uygulamalarında Kapanan Kadastral Yollar", *Türk İdare Dergisi*, S. 477, 2013, s. 245

parsel üretim sürecini ifade eder¹¹ ki çalışmamızda da bu manada kullanılacaktır.

Ülkemizde imar planlarının uygulanması için kullanılan en önemli iki uygulama aracı söz konusudur. Bunlar; arazi ve arsa düzenlemesi şeklindeki (İmar Kanunu 18. madde uygulamaları) ve ayırma/birleştirme (ifraz/tevhit) şeklindeki (İmar Kanununun 15. ve 16. maddesi) işlemleridir.¹² Şimdi sırasıyla bu işlemleri açıklayalım.

İmar Kanunu'nun 18. ve 19. maddeleri uygulanarak gerçekleştirilen imar uygulaması işlemlerinde, planda sınırlarının belirlendiği alanda (düzenleme sahası), düzenlemeye giren kadastro parselleri birlikte uygulamaya alınır. Bu parsellerin her birinden, toplam parsellerin büyüklükleriyle doğru orantılı olarak düzenleme ortaklık payı (DOP) adı altında kamuya ayrılması gereken alanlar için eksiltme yapılarak imar adalarında tahsis edilecek parsellerin yeni büyüklük değerleri belirlenir. DOP kavramı, Köktürk ve Köktürk¹³ tarafından "kadastro haritaları ve tapu kütüğü bilgilerinin, uygulama imar planında öngörülen arazi kullanım kararlarına uyarlanarak İmar Kanununa ve yönetmeliklere göre imar parsellerinin oluşturulması, sınırlarının gerek arazide ve gerekse haritada belirlenmesi ve tapu kütüğüne kaydedilmeleri için yapılan ayırma, birleştirme ve yeniden dağıtma işlemleri" olarak tanımlanmıştır.

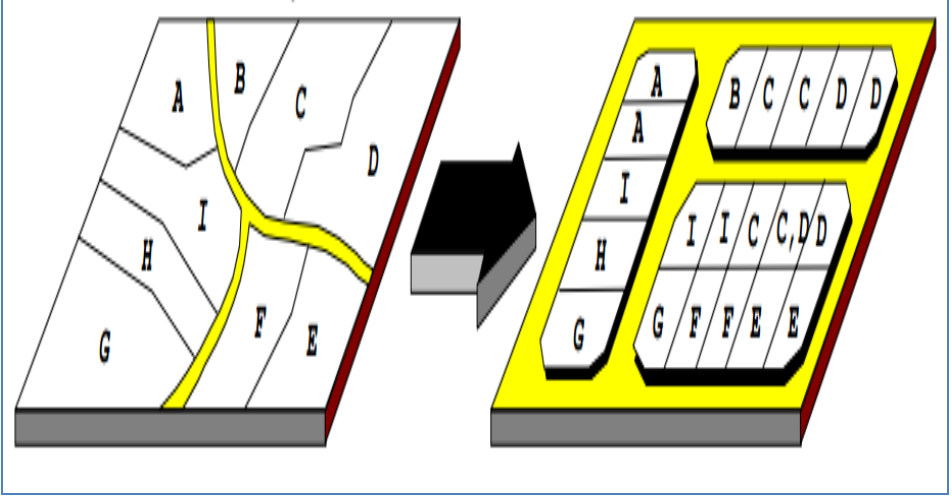
Arazi ve arsa düzenlemesi işlemleri, düzenleme alanına giren kadastral parsellerden, kurallar dâhilinde belirli kesintiler yaptıktan sonra bakiye kalan kısmın yine belirli kurallar dâhilinde ve imar planına göre oluşturulan parselasyon planına uygun olarak dağıtılmasını ve bu şekilde yapılaşmaya elverişli parseller üretilmesini sağlar. Arazi ve arsa düzenlemesi öncesi karmaşık ve düzensiz kadastral durum, parselasyon işlemi ile imar planına uygun ve düzenli hale ve imar durumuna dönüşmektedir. Arazi ve arsa düzenlemesinde, düzenleme öncesi ve düzenleme sonrası durum aşağıdaki şekilde gösterilmiştir:¹⁴

¹¹ Ersoy, Melih, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi" İçinde: Mekan Planlama ve Yargı Denetimi, Der. Ersoy, Melih ve Keskinok, H. Çağatay, Ankara, 2000, s. 7; Köktürk, Erdal, "Arsa Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", Mülkiyet Dergisi, S. 52, 2004, ss. 26-36, s. 26

¹² Bunlara kamulaştırma işlemlerini de eklemek mümkündür; pek çok yazar (örneğin Yakar, 2000) kamulaştırmayı da imar planlarının bir uygulama aracı olarak görmektedir. Ancak şuna dikkat etmek gerekir: Parselasyon ve ifraz/tevhit işlemlerinin esas amacı imar planlarını uygulayarak inşaata elverişli parsel üretmektir. Buna karşılık kamulaştırma işleminin esas amacı inşaata elverişli parsel üretmek değil, imar planı ile öngörülen kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi için gereken arsaların temin edilmesidir. Bundan dolayı, kamulaştırma işlemi, imar uygulaması olarak değerlendirmemek de mümkündür.

¹³ Köktürk Erol ve Erdal Köktürk, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 70, 2007, s. 263

¹⁴ Yomralıoğlu, Tahsin ve Uzun, Bayram, "Land Readjustment Implementations in Turkey", Çevrimiçi: https://www.researchgate.net/publication/242211397_Land_readjustment_implementations_in_Turkey, Erişim Tarihi: 14.05.2020.



Şekil 2. Arazi ve Arsa Düzenlemesi Öncesi ve Sonrası Durum

Arazi ve arsa düzenlemesi yapmaya yetkili idareler (belediyeler, il özel idareleri ve diğer kamu idareleri), imar uygulaması yaparken belirli kısıtlayıcı kurallara uymak zorundadır. Kanun koyucu, İmar Kanunu'nun 18. maddesine koyduğu kısıtlayıcı kurallar ile yetkili idarenin belirli şekilde uygulama yapmasını zorunlu kılacak, arazi ve arsa düzenlemesine ilişkin olarak, yürürlüğe konulan yönetmelikle, parselasyonun yapılış şeklini ve parsellerin dağıtımını belirli kurallara bağlamıştır.

İmar planlarının uygulanması açısından diğer önemli bir araç, İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde düzenlenen ayırma/birleştirme (ifraz/tevhit) ve terk işlemleridir. Ayırma işlemi, imar planı içinde veya dışında bulunan bir parselin, belirli kurallar dâhilinde ve mevzuatta yer alan kısıtlamalara uyulması kaydıyla, birden fazla parsel bölünmesi işlemidir. Birleştirme işlemi ise birbirlerine bitişik olan iki veya daha fazla sayıda parselin birleştirilerek tek bir parsel oluşturulmasıdır. Terk işlemlerinde ise, bir kadastral parselden yol, yeşil alan vb. kamuya ayrılması gereken alanların ana parselden çıkarılarak parselin imara uygun hale, yani arsaya dönüştürülmesi sağlanmış olur.

II- ARAŞTIRMA BULGULARI

A- Araştırma Yöntemi

Hazine taşınmazları açısından imar uygulamalarında yaşanan sorunları tespit edebilmek amacıyla bir anket çalışması hazırlanmıştır. Bu anket çalışması öncesinde Milli Emlak Genel Müdürlüğü taşra teşkilatında görevli Milli Emlak Müdürü, Müdür Yardımcısı, Şehir

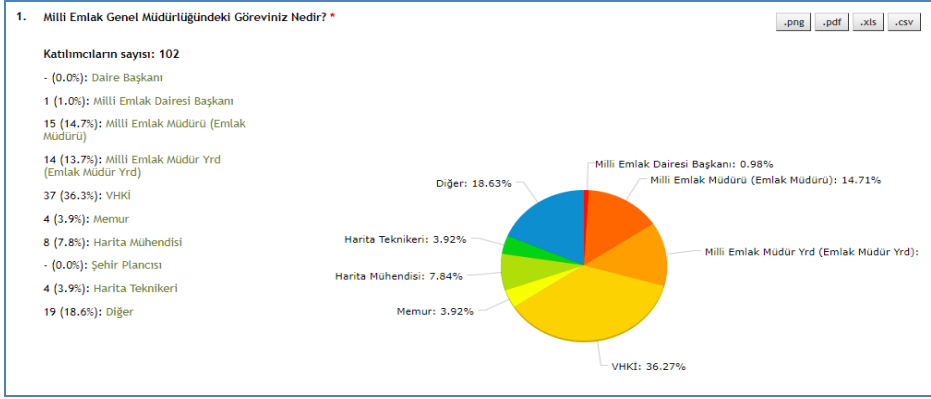
Plancısı ve Harita Mühendisleriyle ön görüşmeler yapılarak anket çalışmasının nasıl olması gerektiği konusunda fikir alışverişinde bulunulmuştur. Sonrasında bir internet sitesi üzerinden online anket hazırlanarak yukarıda bahsedilen kişilerin katılımı talep edilmiştir.¹⁵

B- Araştırma Bulguları

Toplam 346 kişinin katıldığı ankette sadece tüm soruları cevaplayan katılımcıların verdikleri cevaplar dikkate alınmıştır.

1- Katılımcı Profili

Katılımcılara ilk olarak Milli Emlak Genel Müdürlüğü teşkilatı içerisindeki görevlerine ilişkin soru yöneltilmiştir. Verilen cevaplara göre, katılımcıların Milli Emlak Genel Müdürlüğü teşkilatı içerisindeki görevleri aşağıdaki gibidir.

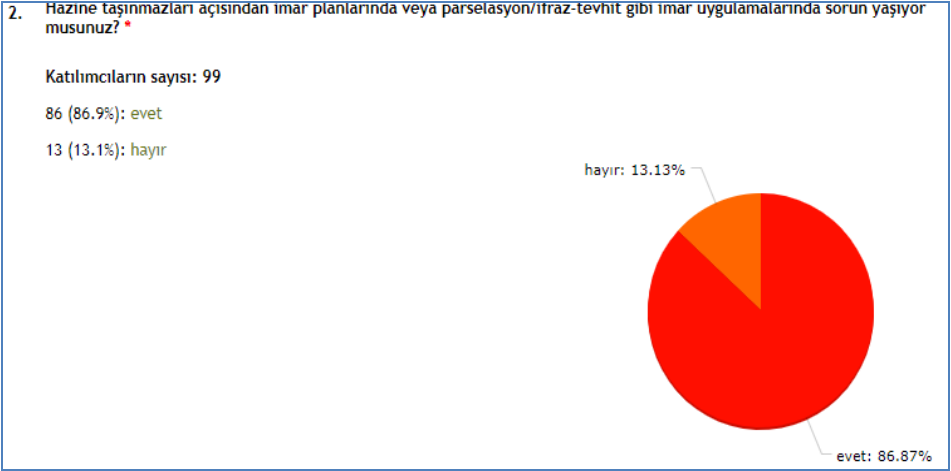


Şekil 3. Anket Sorularını Cevaplayan Katılımcıların Unvanları

2- Bulgular

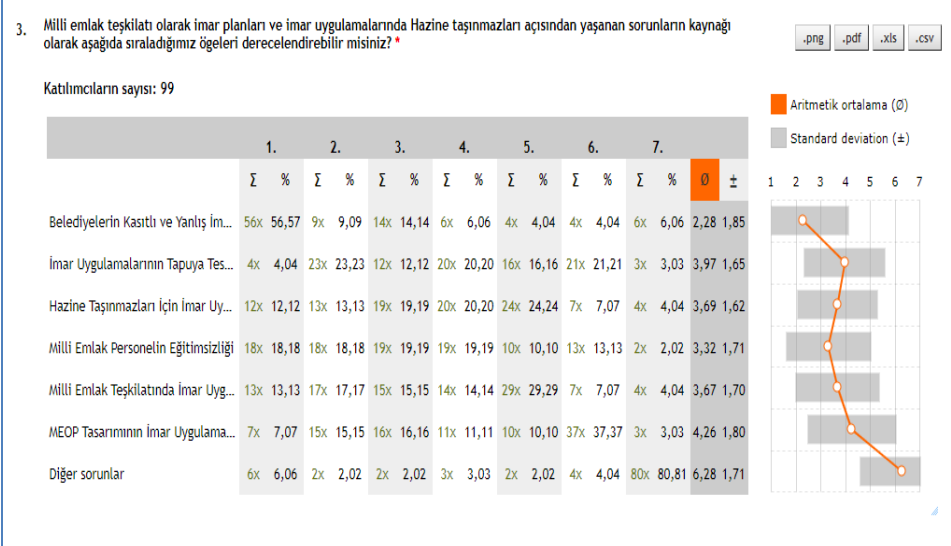
Tez çalışması kapsamında katılımcılara “Hazine taşınmazları açısından imar planlarında veya parselasyon/ifraz-tevhit gibi imar uygulamalarında sorun yaşayıp yaşamadıkları” sorulmuştur. Aşağıdaki grafikten de görüleceği üzere, katılımcıların % 86,87’si bu işlemler sırasında sorun yaşadığını bildirmiştir.

¹⁵ Anket sonuçlarına şu linkten ulaşabilirsiniz:
<https://www.onlineanketler.com/s/0b6a466>



Şekil 4. Milli Emlak Teşkilatının İmar Sorunu Yaşayıp Yaşamadığı

Sonrasında yaşanan sorunların kaynağını belirleme amacıyla kullanıcıya 5 adet kapalı ve bir adet açık uçlu alternatifler verilerek yaşanan sorunlarda, verilen alternatiflerin etki derecesi ölçülmeye çalışılmıştır. Buna göre, Milli Emlak teşkilatının Hazine taşınmazları açısından imar planlarında ve imar uygulamalarında yaşanan sorunların kaynağı olarak önem derecesine göre aşağıdaki hususlar belirtilmiştir.



Şekil 5. Hazine Taşınmazları Açısından İmar Sorunlarının Kaynağı

Bu aşamadan sonra katılımcılardan, Milli Emlak Genel Müdürlüğü taşra teşkilatında görevli personel ile daha önceden yapılan görüşmelerde tespit edilen sorunları, karşılaşıma sıklığına göre

sıralamaları istenmiştir. Ankete göre Milli Emlak personelinin Hazine taşınmazları açısından imar uygulamalarında karşılaştıkları sorunlara ilişkin değerlendirmeleri, karşılaşılan sıralarına göre aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 1. Katılımcıların İmar Uygulamaları Konusundaki Sorunlara İlişkin Sıralamaları

Sorun Konusu	Sıralama
Hazine parsellerinde müstakil parsel verilmemesi, Hazine parsellerinin şahıslarla hisselendirilmesi	1
DOP'tan karşılanması gereken alanların Hazine'den karşılanması	2
Tescil harici alanların Hazine adına tescil edilmemesi	3
İmar Kanunu'nun 11. maddesine göre terk edilen yerlerin plan değişikliği yapılması durumunda Hazine'ye iade edilmemesi	4
Tescil harici alanların DOP hesabında kullanılması veya belediye adına ihdas edilmesi	5
İmar Kanunu'nun 11. maddesine göre terk edilen yerlerin terk amacı dışında kullanılması	6
Hazine parselinin bulunduğu yerden tahsis yapılmaması, değer olarak daha düşük alanlardan tahsis yapılması	7
DOP'tan karşılanıp da Hazine adına tescil edilmesi gereken parsellerin, Hazine adına tescil edilmemesi	8
İmar Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamında Hazine Tarafından Terk Edilen Yolların Hazine Adına İhdas Edilmemesi	9
İmar uygulaması sonucunda, üzerinde şahıslara ait yapılan olan parsellerin Hazine'ye tahsis edilmesi	10
KOP'tan karşılanması gereken alanların, Hazine'den karşılanması	11
Üzerinde yapı bulunan hizmet mallarında başka yerden parsel verilmesi veya bu parsellere şahıs hissesi dahil edilmesi	12
Parselasyonun iptaline ilişkin yargı kararının net olmaması (parsel bazında iptal mi, uygulamanın tamamının iptali mi?)	13
Yolların DOP hesabında değerlendirilmemesi	14
Özel mevzuatı (örneğin 2634/8. madde) gereğince Hazine adına ihdas edilmesi gereken yolların Hazine adına ihdas edilmemesi	15
Parselasyonda düzenleme alanının Hazine parsellerini dışarıda bırakacak şekilde belirlenmesi	16
Hazinenin bilgisi olmadan terk yapılması	17
Hizmet malları, ibadet yerleri gibi parselasyon nedeniyle değer artışı olmayan parsellerden DOP kesintisi yapılması	18
Parselasyonun iptaline ilişkin yargı kararının uygulanmaması	19
Meralar ve sit alanlarında izin alınmaksızın parselasyon	20

yapılması	
Daha önceden kamu hizmeti amacıyla tahsisli olan parsellerin, imar uygulamasında nasıl bir uygulamaya tabi tutulacağına belirlenmemiş olması	21
Meraların Hazine adına tescil edilmemesi	22
Orman, kıyı gibi özel mülkiyete konu olmayacak alanlarda parselasyon yapılması	23
2/B alanlarında zemin değişikliği yapılarak parselin başka alana kaydırılması	24
Sulak alanlar, askeri yasak bölgeler gibi parselasyon yapılmayacak alanlarda parsel oluşturulması	25

III- TARTIŞMA VE DEĞERLENDİRME

Anket çalışmasında, Milli Emlak Genel Müdürlüğü personeli olan katılımcıların büyük bir kısmı (% 86,87'si), imar planları ve imar uygulamalarında Hazine taşınmazları yönünden sıkıntılar yaşadıklarını bildirmişlerdir. Katılımcılara göre sorunların en önemli kaynağı, belediyelerin kasıtlı ve yanlış imar uygulamalarıdır.

Daha önceden de vurguladığımız üzere imar uygulamalarından kastımız, İmar Kanunu'nun 15 ve 16. maddelerine göre yapılan ifraz/tevhit işlemleri ile aynı Kanun'un 18. ve 19. maddelerine göre yapılan arazi ve arsa düzenlemesi işlemleridir. Bu işlemlerde (özellikle de arazi ve arsa düzenlemesi işlemlerinde) parsellerin yeniden dağıtımı aşamasında, parsellerin objektif kriterlere göre değerlendirilememesi, imar uygulamalarının dava konusu edilmesine neden olmaktadır.¹⁶

Bu yayında, Hazine taşınmazlarıyla ilgili olarak ifraz/tevhit ve arazi ve arsa düzenlemesi işlemlerinde yaşanan sorunların bir kısmı ele alınmıştır. Ele alınan kısımda yapılan tespitler, Kanun ve kanunda yapılan değişiklikler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kanunlarda yapılan değişikliklere rağmen sorunların çözümünde yetersiz kaldığı düşünülen hususlar belirlenmiştir. Burada, hala çözüm gerektiren hususlara değinilerek bunların çözüme kavuşturulması amacıyla öneriler getirilmiştir.

A- Hazinesinin Bilgisi Olmadan İmar Kanunu'nun 15. ve 16. Maddelerine Göre Re'sen Terk Yapılması

Uygulamada karşılaşılan en önemli sorun, Hazine taşınmazlarında, Milli Emlak teşkilatının bilgisi olmadan, İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerine göre re'sen terk yapılmasıdır. Oysaki İmar Kanunu'nun bu

¹⁶ Çoruhlu, Y. Emre / Demir, Osman, "Vakıf Taşınmazlarda Arsa ve Arazi Düzenlemesi Sürecinin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 71, S. 2013/3, s. 63

konuda özel hüküm niteliğinde olan 11. maddesine¹⁷ göre, Hazine taşınmazları ancak Çevre ve Şehircilik Bakanlığının izni ile terk edilebilmektedir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 1993/5 sayılı Genelgesi de bu yöndedir.

Daha da vahimi, Hazine taşınmazları üzerinde belediyelerin re'sen ifraz/tevhit yapma yetkilerinin bulunmamasıdır. Her ne kadar, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 16. maddesinde "re'sen veya müracaat üzerine tevhit veya ifraz" ifadesi geçmekte ise de Danıştay, belediyelerin 16. maddeye göre re'sen ifraz/tevhit yapamayacağı görüşündedir.¹⁸ Danıştay kararlarına göre, ayırma yapılabilmesi için malik tarafından bu yönde yapılan bir başvuru şarttır, belediyelerin resen (talep olmadığı halde) kendiliğinden ayırma ve birleştirme yapma yetkileri bulunmamaktadır.¹⁹ Üstelik İmar Kanununun 11. maddesi, Hazine taşınmazlarında terk yapılması belirli kurallara bağlamıştır. Madde hükmüne göre imar planlarında yol, meydan, park gibi fonksiyonlara denk gelen Hazine taşınmazları, ancak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı kararıyla belediyeye terk edilebilir. Dolayısıyla, belediyelerce, İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri kapsamında re'sen ifraz yapılması ve bu ifraz esnasında Hazine taşınmazının bir kısmının terk yapılması, İmar Kanunu'nun 11. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Hazine taşınmazlarında yapılacak ifraz/tevhit işlemlerinde aynı zamanda terk işlemi de gerekmesi durumunda yukarıda sözü edilen

¹⁷ Kamuya ait gayrimenkuller

Madde 11- İmar planlarında; meydan, yol, su yolu, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait gayrimenkuller ile askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile ülke güvenliği ile doğrudan doğruya ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine ait hareket ve savunma amaçlı yerler hariç Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar belediye veya valiliğin teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Ancak, bu yerlerin üzerinde bina bulunduğu takdirde, arsası hariç yalnız binanın halihazır kıymeti için takdir edilecek bedel ödenir. Bedeli ve ödeme şekli taraflarca tespit olunur.

Bu suretle mal edilen arazi ve arsalar belediye veya özel idare tarafından satılamaz ve başka bir maksat için kullanılamaz. Bu hususta tapu kütüğünün beyanlar hanesine gerekli şerh konur.

Bu yerlerin kullanılış şekli, yeni bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerler devir alınan idareye belediye veya özel idarece aynı usulle iade edilir. Buna aykırı davranışı sabit olan ilgililer şahsen sorumludur. Bu terkinler hiçbir şekilde resim, harç ve vergiye tabi değildir.

¹⁸ Örneğin, Danıştay 6. Dairesinin 14.01.2003 tarihli ve E:2001/6965, K:2003/196 sayılı kararında; "4 ayrı parselli ifraz ve tevhit amacını taşıyan işlem parselasyon işlemi niteliğini taşımadığından, parsel maliklerinin muvafakatinin alınması gerekir." ifadesine yer verilmiştir.

¹⁹ Bir istisna olarak Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 7. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde "Mevcut haliyle yapılaşmaya elverişli olmayan parsellere ilişkin olarak, ilgili idarenin tebliğ tarihinden itibaren 3 ay içerisinde parsellerin maliklerinin kendi aralarında anlaşamadığı takdirde resen tevhit ve ifraz yoluyla işlem yapmaya ilgili idare yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

sorunu gidermek için ilgili yasa ve yönetmelik maddelerinde “İmar Kanunu’nun 11. maddesine göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığından izin alınması gerekir” şeklinde bir ilave düzenleme yapılması yeterli olacaktır.

B- İmar Kanunu’nun 11. Maddesine Göre Terk Edilen Yerlerin Terk Amacı Dışında Kullanılması ve Bu Yerlerin Plan Değişikliği Yapılması Durumunda Hazine’ye İade Edilmemesi

İmar Kanununun 11. maddesine göre; imar planlarında; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar belediye veya valiliğin teklifi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Bu yerler terk edildikten sonra tapu kütüğünde parselin malik hanesi kapatılmaktadır. Yani bu taşınmazlar, terk amacıyla kullanılmak üzere kamunun ortak kullanımına terk edilmektedir. Terk yapıldıktan sonra bu taşınmazlar, terk yapılan idarenin (örneğin belediyelerin) tasarrufuna geçmektedir.

Bu şekilde terk edilen taşınmazlarla ilgili en önemli sorun, bu yerlerin imar planı değiştirilerek özel mülkiyete konu olabilecek bir fonksiyona (örneğin konut alanı, ticaret alanı gibi) ayrılması durudur. Bu durumda yaşanan sorun bu yerlerin eski maliki olan Maliye Hazinesi’ne iade edilmemesidir. Her ne kadar 3194 sayılı Kanun’un 11. maddesinde *“Bu yerlerin kullanılış şekli, yeni bir imar planıyla değiştirilip özel mülkiyete konu olabilecek hale getirildiği takdirde, bu yerler devir alınan idareye belediye veya özel idarece aynı usulle iade edilir. Buna aykırı davranışı sabit olan ilgililer şahsen sorumludur.”* hükmü yer almakta ise de uygulamada, Hazine tarafından terk edildikten sonra plan değişikliği ile özel mülkiyete konu olabilecek alan haline gelen parsellerin Hazine’ye iadesinde ciddi sorunlar yaşandığı anlaşılmaktadır. Belediyeler bu taşınmazları, yoldan ihdas gibi göstererek kendi adlarına tescil ettirebilmektedirler.

Hazine (Milli Emlak) tarafından belediyelere terk edilen taşınmazlarla ilgili önemli bir sorun konusu ise bu alanların amaç dışı kullanımıdır. Yol, meydan, park gibi amaçlarla terk edilen bu parseller, belediyelerce ticari amaçlarla kullanılabilen veya kiraya verilebilmektedir. Oysaki kanun koyucu, 11. maddede yer alan bu hükümle, umumi hizmet alanlarının elde edilmesinde, belediye ve valiliklerin kamulaştırma külfetini azaltmayı, bu şekilde de imar planlarının uygulamasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır; kanun koyucunun amacı, belediyelere kaynak sağlamak değildir.²⁰ İmar

²⁰ Yakar, Aytuğ, “İmar Uygulamalarında Tescil Harici Alanların Durumu”, Mülkiyet Dergisi, S. 40, 2001, s. 13

Kanunu'nun 11. maddesinde, terk edilen bu alanların amaç dışı kullanılmayacağı ifade edilmiş ise de söz konusu alanın amaç dışı kullanılması durumunda nasıl bir işlem tesis edilmesi gerektiği konusunda madde metninde herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Amaç dışı kullanımın, kanun metninde bir yaptırımı olmadığı gibi amaç dışı kullanılan taşınmazların geri alınabileceğine dair bir ifade de bulunmamaktadır. Bu durum ise amaç dışı kullanılan taşınmazların Hazine tarafından geri alınması açısından belediyeler ile Milli Emlak teşkilatını karşı karşıya getirmektedir.

Her ne kadar Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinin 4. fıkrasında *"İmar planı bulunan ve arazi ve arsa düzenlemesi yapılacak alanlarda; kadastro yollarının imar adasına denk gelen kısımları, alan kazanmak amacıyla, parselasyon planı yapılmadan önce 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 21 inci maddesi uyarınca ihdas edilemez ya da parselasyon planı ile belediye/köy tüzel kişiliği/Hazine adına ihdas edilerek parselasyon planına alınamaz. Düzenleme sahası içerisindeki kapanan imar ve kadastro yolları varsa, bunlar parselasyon planı yapımı sırasında toplam düzenleme ortaklık payından düşülerek düzenleme ortaklık payı oranı hesaplanır."* şeklinde bir hüküm yer almakta ise de bu hüküm "kadastro yollarının imar adasına denk gelen kısımlarının" (yani özel mülkiyete konu olabilecek kısımların) ihdas edilemeyeceğini öngörmektedir; oysaki İmar Kanunu'nun 11. maddesi, Hazine tarafından terk edilen yerlerin özel mülkiyete konu olabilecek duruma gelmesi halinde tekrar Hazine'ye iadesini düzenlemektedir.

Yönetmeliğin 17. maddesinin 6. fıkrasında da *"Kamuya ait mülkiyetlerde; düzenleme ortaklık payı, terk veya bağış yolu ile umumi ve kamu hizmet alanlarına bırakılan alanların, imar planı değişikliği ile umumi ve kamu hizmet alanları dışında başka bir kullanıma konu edilmesi halinde, bu alanlar kesinti, terk ya da bağış yapılan taşınmazın sahibi kamu kurumu adına tescil edilir."* hükmü yer almakta ise de bu hükmün dahi konuya çözüm getirmekten uzak olduğu değerlendirilmektedir. Zira, Hazine tarafından terk edilen bu yerlerin, plan değişikliğiyle özel mülkiyete konu olabilecek hale gelmesi durumunda eski malike (Hazine'ye) iade edilmesi gerektiği, Kanun'un 11. maddesinde zaten gayet sarih bir şekilde yer almaktadır. Yani sorun bir mevzuat sorunu değil, bir uygulama sorunudur. Dolayısıyla Yönetmelikte bu yönde bir hükme yer verilmiş olması sorunun çözümüne önemli bir katkı sağlamayacaktır.

Bu iki sorunu (terk edilen yerlerin amaç dışı kullanım ve plan değişikliği durumunda eski malike iade edilmemesi) çözmek için uygulanabilecek en uygun yöntem, bu alanların ifrazdan sonra Hazine adına tescil edilmesi ve bu tescilden sonra Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından ilgili belediyeye veya il özel idaresine tahsis edilmesidir. Yani, bu taşınmazların tapudan terkin edilmesi uygulamasından vazgeçilerek tahsis uygulamasına dönülmelidir. Bu şekilde hem plan değişikliği durumunda parselle ilişkin ortaya çıkabilecek mülkiyet sorunlarının önüne geçilmiş olacaktır (çünkü parsel Hazine mülkiyetinden hiç çıkmayacaktır), hem de parselin tahsis amacı dışında kullanılması

durumunda Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından tahsisin kaldırılarak parselin geri alınması söz konusu olabilecektir. Bahsettiğimiz bu düzenlemeyi yapmak için İmar Kanunu'nun 11. maddesinde geçen “bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir” ifadesi, “tahsis edilir” şeklinde değiştirilmelidir.

C- Düzenleme Ortaklık Payından Karşılanması Gereken Alanların Hazine'den Karşılanması

Normal şartlar altında İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi yerlerin DOP'tan oluşturulması gerekir. Uygulamada bazı belediyelerin DOP'tan oluşturulması gereken karakol, ibadet yeri gibi alanları “DOP'un yetmemesini” gerekçe göstererek Hazine parsellerinden karşıladıkları görülmektedir. Bu durum da Hazine taşınmazları açısından ciddi bir sorun teşkil etmektedir.

Burada bahsedilen sorun, uygulama alanındaki taşınmaz maliklerinden yasal oranda DOP alınmasına rağmen, kesinti miktarının DOP ihtiyacını karşılamaması durumunda Hazine parsellerinin tahsis edilmesi değildir. Burada bahsedilen mesele, diğer parsel maliklerinden yasal oranda DOP kesilmeksizin veya hiç DOP kesilmeden, Hazine parsellerinin DOP'tan karşılanması gereken alanlara tahsis edilmesi durumudur.

Oysa bu gibi alanların DOP'tan oluşturulması İmar Kanunu'nun 18. maddesinin amir hükmüdür. DOP ile oluşturulması gereken park alanı, yeşil alan, meydan gibi alanlarda parsel oluşturularak düzenlemeye giren Hazine parsellerinden bu parsel tahsis yapılamaz. Bu yerlerin Hazine parsellerinden karşılanması doğru değildir. Bazı belediyeler uygulamada bu yapılan işlemleri İmar Kanunu'nun 11. maddesine dayandırmakta iseler de 18. madde uygulaması yapılan bir alanda DOP oranı, yasal orandan (% 45) düşük ise (yani taşınmaz maliklerinden kesilebilecek DOP miktarı umumi ve kamu hizmet alanlarını karşılamaya yetiyor ise İmar Kanunu'nun 11. maddesinin uygulanması, 11. maddenin amacına da aykırıdır.²¹ İmar Kanunu'nun 11. maddesi, DOP ihtiyacının yeterli olmadığı durumlarda belediyeleri kamulaştırma külfetinden kurtarmak amacıyla konulmuştur. Oysaki yasal oranda DOP kesilmeden, Hazine taşınmazlarının DOP'tan oluşturulması gereken alanlara tahsis edilmesi Hazine'nin zararına ve parsellasyon alanındaki diğer parsel maliklerinin lehine bir uygulama olmaktadır. Kanun koyucunun 11. madde ile diğer parsel maliklerinin lehine bir uygulama amaçlamadığı aşıkârdır²².

²¹ Yakar, s.14

²² Yakar, s.14

Bununla birlikte, 18. maddede 7181 sayılı Kanunla yapılan değişikliktir²³ sonra, DOP kesintisinin yeterli olmaması durumunda, tescil harici alanların ve Hazine taşınmazlarının DOP için tahsisi esas benimsenmiştir. Bu değişikliğe paralel olarak Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasına göre *“Düzenleme sahasındaki umumi ve kamu hizmet alanları düzenleme ortaklık payından karşılanır. Ancak, düzenleme sahasında düzenleme ortaklık payına konu alanların yüzde kırk beşten (%45) fazla olması durumunda, 14 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen öncelik sırasına göre düzenleme ortaklık payı alındıktan sonra eksik kalan alan; düzenleme sahasındaki tescil harici alanlardan, belediye mülkiyetindeki alanlardan veya muvafakat alınmak kaydıyla; kamuya ait taşınmazlardan ya da hazine mülkiyetindeki taşınmazlardan bedelsiz karşılanır.”*

İmar Kanunu'nun 18. maddesinde yapılan değişikliğin temel amacı, düzenleme alanında bulunan parsel maliklerinden yasal oranda (% 45) DOP kesildikten sonra bile DOP ihtiyacı olması (yani parsel maliklerinden kesilen DOP'un yeterli olmaması) durumunda, tescil harici alanların ve Hazine mülkiyetinde bulunan parsellerin, umumi ve kamu hizmet alanları için tahsis edilmesidir. 18. maddenin 5. fıkrasında geçen *“Düzenleme ortaklık payı için maliklerden alınabilecek tutarın, üçüncü fıkrada sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olması durumunda tescil harici alanlar düzenleme ortaklık payı hesabında değerlendirilir.”* ifadesi de bu izlenimi doğrulamaktadır.

Dolayısıyla Kanun'da yer alan kurala göre, Hazine parsellerinin veya tescil harici alanların DOP için tahsis edilebilmesi için öncelikle yasal oranda DOP kesilmesi gerekir. Bu şekilde bir kesinti yapılmadığı sürece, Hazine parsellerinin veya tescil harici alanların DOP için tahsis edilebilmesi mümkün değildir. DOP'un, Hazine ve belediye taşınmazları da dahil olmak üzere tüm parsel maliklerinden maksimum oranında (Kanunen % 45) alınmış olması, buna rağmen umumi hizmetler için yeniden ayrılması gereken yerlerin alanlarının karşılanamamış olması gerekir. % 45 DOP kesilebilecekken, (örneğin) % 30 oranında alınması ve geriye kalan alanların tescil harici alanlardan karşılanması mümkün değildir.

Ancak Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelikte, bu kural sarıh bir şekilde yer almamıştır. Yönetmeliğe göre, Hazine parsellerinin ve tescil harici alanların DOP için tahsis edilmesi açısından

²³ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasının, 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle değişik son hali şu şekildedir: *“Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, üçüncü fıkrada sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar, tescil harici alanlardan veya muvafakat alınmak kaydıyla; kamuya ait taşınmazlardan ya da Hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanır. Bu yöntemlerle karşılanamaması hâlinde belediye veya valilikçe kamulaştırma yoluyla tamamlanır.”*

tek şart “düzenleme sahasında düzenleme ortaklık payına konu alanların yüzde kırk beşten (%45) fazla olması” olarak durmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Kanun düzeyinde yapılan düzenlemenin amacının, Yönetmeliğe tam olarak yansıtıldığını söylemek oldukça zordur. Bu durumda da arazi ve arsa düzenlemesine tabi tutulan taşınmazlardan yasal oranda DOP kesilmeksizin Hazine taşınmazlarının DOP’tan karşılanması gereken alanlara tahsis edilmesi sorunları gündeme gelebilecektir.

Bu riski ortadan kaldırmak ve belediyeler ile Milli Emlak teşkilatı arasındaki sorunları en aza indirmek amacıyla, Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin, Hazine taşınmazlarının ve tescil harici alanların DOP için tahsis edilmesini düzenleyen 15. maddesinin 1. fıkrasına küçük bir ekleme yapılmalıdır. Önerimiz 15. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin “Ancak, düzenleme sahasında düzenleme ortaklık payına konu alanların yüzde kırk beşten (% 45) fazla olması ve düzenleme alanındaki taşınmazlardan yasal oranda düzenleme ortaklık payı kesilmesine rağmen düzenleme ortaklık payına konu alanların temin edilememesi durumunda” şeklinde değiştirilmesidir. Bu şekilde, Hazine taşınmazlarının ve tescil harici alanların, ancak “düzenleme alanındaki taşınmazlardan yasal oranda DOP kesilmesine rağmen düzenleme ortaklık payına konu alanların temin edilememesi durumunda” DOP için tahsis edilmesi ve böylelikle de belediyeler ile Milli Emlak teşkilatı arasındaki sorunların en aza indirgenmesi söz konusu olabilecektir.

Ç- Hazine Parselinin Bulunduğu Yerden Tahsis Yapılmaması, Değer Olarak Daha Düşük Alanlardan Tahsis Yapılması

Uygulamada karşılaşılan en yaygın sorunlardan bir tanesi, parsellasyon açısından mümkün olduğu halde, Hazine parsellerinin bulunduğu alandan imar parseli tahsis edilmeyip, değer olarak daha düşük alanlardan tahsis yapılmasıdır. Her ne kadar hukuki, fiili ve teknik zorunluluk hallerinde aynı yerden parsel verilmesi mümkün olmamakta ise de Hazine parsellerinde genellikle hukuki, fiili ve teknik herhangi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen aynı yerden parsel verilmediği görülmektedir.

Oysaki 3194 sayılı Kanun’un 18. maddesine 7181 sayılı Kanunla eklenen fıkraya göre, düzenleme sonucu taşınmaz maliklerine verilecek parseller; öncelikle düzenlemeye alınan taşınmazın bulunduğu yerden, mümkün olmuyor ise en yakınındaki eşdeğer alandan verilir. Benzer bir hüküm Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde yer almıştır. Buna göre “Düzenlemeye giren parsellerin tahsisi, uygulama sonucunda mümkün olduğunca düzenleme öncesi parselin bulunduğu yerden yapılır. Düzenlemeye alınan parsellerin imar planında umumi ve kamu hizmet alanlarına denk gelmesi halinde ise, diğer parsellerin bulunduğu yerden tahsisinin yapılmasından sonra, teknik zorunluluklar da dikkate alınarak en yakın ve tahsise uygun olabilecek imar parsellerine tahsisi sağlanır.”

Hem Kanun’un 18. maddesinde 7181 sayılı Kanunla yapılan düzenleme, hem de Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında

Yönetmelikte yer verilen hükümler, aynı yerden parsel verilmesi kuralını, izaha gerek kalmayacak bir açıklıkta ortaya koymuşlardır. Bu düzenlemeler sonrasında da sorunun devam etmesi durumunda, sorunun çözümü için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayımlanacak bir genelge katkı sağlayacaktır.

D- Hazine Parsellerinde Müstakil Parsel Verilmemesi, Hazine Parsellerinin Şahıslarla Hisselendirilmesi

3194 sayılı Kanun'un 18. maddesi belediyelere, imar uygulamasına tabi tuttukları parselleri; "müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre" dağıtma yetkisi vermektedir. Bununla birlikte belediyelerin müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre dağıtma yetkisi sınırsız bir yetki değildir.

Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde *"Taşınmaz sahibine tahsis edilen miktarın asgari imar parsel alanından küçük olması veya diğer teknik ve hukuki nedenlerle müstakil imar parseli verilememesi halinde, bu miktar mümkün mertebe tek bir imar parseline hisselenir."* ifadesi yer almaktadır. Yönetmelik, dolaylı yoldan dahi olsa, müstakil imar parseli tahsisi esasını benimsemiştir. Bu nedenle düzenleme yapılırken mümkün olduğu kadar hisseli taşınmaz oluşturmamaya ve kadastro parselinin bulunduğu yerden imar parseli vermeye dikkat edilmesi gerekmektedir.²⁴

Elbette ki imar uygulamasına alınan her parsel için müstakil bir imar parseli vermek mümkün olmayabilir. Zaten İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasında geçen "müstakil veya hisseli" ibaresi de müstakil parsel verilmesinin her durumda mümkün olmayabileceği dikkate alınarak konulmuştur. Fakat belediyelerin parselleri müstakil veya hisseli dağıtma yetkisi de keyfi bir şekilde kullanılmamalıdır.²⁵ İmar planı notlarına göre bir imar parseli oluşturabilecek boyutlarda olan kadastro parselleri için müstakil imar parseli verilmesi zorunludur.²⁶ Fakat Hazine taşınmazlarının da dahil edildiği uygulamalarda bu zorunluluğa uyulmadığı görülmektedir.

Ancak Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik bu konudaki sorunları çözümlenmek bir yana daha da büyütebilecek hükümler ihtiva etmektedir. Yönetmeliğin 16. maddesine göre *"düzenlemeye tabi tutulan parsellerden, umumi ve kamu hizmet alanlarına denk gelen yerler hariç olmak üzere parselasyon planı yapımı sırasında; üzerindeki yapılar dolayısıyla düzenleme ortaklık payının tamamının ya da bir kısmının alınmadığı ve mevzuata uygun bir imar parselinin oluşturulabildiği hallerde"*

²⁴ Uzun, Bayram, Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Parseli Üretme Yöntemleri ve Sonuçlarının İrdelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon, 1992, s. 35

²⁵ Koçak Hüseyin/ Beyaz, Metin, "Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları", Mülkiyet Dergisi, S. 48, 2003, s. 4

²⁶ Koçak / Beyaz, 6

Hazine parselleri şahıs parselleriyle hisselenirilebilir. Yönetmeliğe göre düzenleme ortaklık payı kesintisi yapılamaması nedeniyle belediye/valilik mülkiyetindeki alanlar veya Hazine taşınmazlarından tahsis yapılmak suretiyle hisselenirilen parsellerdeki kamu hisseleri yapı sahibine rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır.”

Her ne kadar bu hüküm, sadece “üzerindeki yapılar dolayısıyla DOP’un tamamının ya da bir kısmının alınmadığı” durumlarla ilgili ise de uygulamada belediyelerin bu kuralı tüm Hazine parsellerine teşmil eder şekilde uygulamaları söz konusu olabilir. Ayrıca Yönetmelikte, üzerinde yapı bulunmayan parsellere müstakil parsel tahsisi yapılması konusunda açık bir hüküm yer almadığı da dikkate alındığında, Hazine taşınmazlarını da ihtiva eder şekilde, üzerinde yapı bulunmayan parsellere müstakil parsel tahsisi yapılması konusunda açık bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

E- Hizmet Malları, İbadet Yerleri Gibi Parselasyon Nedeniyle Değer Artışı Olmayan Parsellerden DOP Kesintisi Yapılması

Uygulamada karşılaşılan en önemli sorunlardan bir tanesi, uygulama öncesi resmi ya da umumi hizmetler için kullanılan, uygulama sonrasında aynı amaca tahsis edilen ve dolayısıyla parselasyon nedeniyle herhangi bir değer artışı olmayan Hazine taşınmazlarından da DOP kesintisi yapılmasıdır. Oysaki DOP, düzenleme dolayısıyla taşınmazdaki değer artışının karşılığı olarak alınır. 3194 sayılı Kanununun 18. maddesinde DOP’un taşınmazda imar uygulaması sonucu oluşan değer artışının karşılığı olarak alındığı açıkça belirtilmiştir. Bu husus dikkate alındığında, imar uygulaması nedeni ile herhangi bir değer artışı yaşamayan parsellerden DOP alınmaması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Özellikle uygulama öncesinde umumi veya resmi hizmet alanlarına tahsis edilmiş parseller açısından geçerli olan bu durum, bu taşınmazların uygulama sonrasında aynı amaç için kullanılmaları halinde bunlardan DOP alınmamasını gerektirir.²⁷ Danıştay arazi ve arsa düzenlemesi öncesinde resmi hizmet alanı olarak kullanılan ve düzenleme sonrasında da aynı amaca özgülenerek devamı sağlanan taşınmazlarda değer artışı olmayacağını, bu nedenle bu taşınmazlardan DOP alınmayacağı görüşündedir²⁸.

Eski Yönetmelikte bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelikte bu konu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 16. maddesinin 4. fıkrasına göre “*Kamulaştırma yoluyla elde edilen taşınmazlar ile kamu hizmetlerine tahsis edilip imar planında da aynı kullanım amacına ayrılan kamuya ait*

²⁷ Şimşek, Suat, "Kamu Malları Teorisi Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri: Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında Bir Değerlendirme", Adalet Dergisi, S. 46, 2013, s. 48

²⁸ Şimşek, Suat / Hazar, İlhami, *Açıklamalı – İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 2. Baskı, s. 453

taşınmazlardan düzenleme ortaklık payı alınmaz.” Bu düzenlemeye göre, parselasyon öncesinde kamu hizmetlerine tahsis edilip imar planında da aynı kullanım amacına ayrılan kamuya ait taşınmazlardan DOP alınmayacaktır.

F- Yolların DOP Hesabında Değerlendirilmemesi

Arazi ve arsa düzenlemesi işlemlerinde en ihtilaflı konulardan bir tanesi, düzenleme alanında kapanan yolların nasıl değerlendirileceği ve kimin adına tescil edileceğidir. Bu alanların arazi ve arsa düzenlemesi işlemlerinde ihdasen tescil edilip edilmeyeceği, edilecekse tescilin kimin adına yapılacağı konusu idarelerle vatandaşları sürekli karşı karşıya getirmektedir. Öyle ki, Meşhur tarafından yapılan bir çalışmada²⁹, kapanan yolların tescili meselesi, Konya İlinde 1989-2002 yılları arasında yapılan arazi ve arsa düzenlemelerinin idari yargı tarafından iptal edilmesinde kullanılan en önemli gerekçedir. Düzenleme alanındaki yollarla ilgili olarak en yaygın uygulama, bu alanların belediye adına ihdas edilmesi idi. Bu uygulamanın dayanağı olarak da 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesi, en yaygın olarak ileri sürülen delil niteliğinde idi.³⁰

Bu konunun arazi ve arsa düzenlemeleri konusunda önemli sorunlara neden olması, hatta bu maddenin Anayasa'ya aykırılığı hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulması, Anayasa Mahkemesinin bu maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve belediyelerin imar uygulamasında kapanan yolları ihdas edebileceklerine karar vermesi, bu karardan sonra dahi Danıştay'ın ısrarlı bir şekilde kapanan yolların ihdas edilemeyeceğine karar vermesi üzerine, 2020 yılında 7181 sayılı Kanunla, 18. maddede yapılan değişiklik sonucu uygulama alanında kapanan yolların imar uygulamalarında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği, gayet açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Yapılan değişiklikle “Kapanan imar ve kadastro yollarının öncelikle düzenleme ortaklık payına ayrılan toplam alandan düşülmesi esastır.” hükmü getirilmiştir. Yapılan düzenlemelerin, kapanan yolların ihdası konusundaki uygulama sıkıntılarının büyük ölçüde çözümlendiği kanaatindeyiz.

G- İmar Kanunu'nun 11. Maddesi Kapsamında Hazine Tarafından Terk Edilen Yolların Hazine Adına İhdas Edilmemesi

İmar uygulaması esnasında kapanan yolların, imar uygulamasında ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği yukarıda izah etmiştik. Genel olarak kapanan imar ve kadastro yollarının imar uygulaması esnasında

²⁹ Meşhur, Çağlar, "İdari Yargıya Konu Olan 18. Madde Uygulamaları: Konya Kenti Örneği", Planlama Dergisi, S. 4, 2002, s. 59

³⁰ Özdemir, 2013, s. 249

DOP hesabında değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada bir başka soruna değinmek istiyoruz.

İmar Kanunu'nun 11. maddesine veya 3030 sayılı (mülga) Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 7. maddesine göre; imar planlarında; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar belediye veya valiliğin teklifi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Bu şekilde terk edilen alanların, sonradan parselasyona tabi tutulması konusunda bu alanlarla ilgili olarak nasıl işlem tesis edileceği konusunda yakın zamana kadar herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesine göre, imar planı bulunan ve arazi ve arsa düzenlemesi yapılacak alanlarda; kadastro yollarının imar adasına denk gelen kısımları, alan kazanmak amacıyla, parselasyon planı yapılmadan önce 2644 sayılı Tapu Kanununun 21. maddesi uyarınca ihdas edilemez ya da parselasyon planı ile belediye/köy tüzel kişiliği/Hazine adına ihdas edilerek parselasyon planına alınmaz.

Ancak bu hükmün, Hazine tarafından terk edilen parsellere özgü bir hüküm değil, genel olarak kapanan yollara ilişkin bir hüküm olduğu görülmektedir. Zira buradaki asıl amaç belediyeler adına yoldan ihdas ile parsel kazanılmasını engellemektir. Dolayısıyla mevcut durumda da Yönetmelikte, Hazine tarafından, İmar Kanunu'nun 11. maddesine göre terk edilen parsellerin durumuyla ilgili bir düzenleme yer almadığını söylemek mümkündür.

Oysaki bu konuda özel bir düzenlemenin mevcut olmayışı Hazine aleyhine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu konudaki sıkıntıları, Hazine parselinden yapılan terk miktarına göre aşağıdaki şekilde açıklayabiliriz:

a) Hazine parselinden yapılan terk miktarı, sonradan yapılan parselasyon işleminde çıkan DOP oranından az ise fazla bir sıkıntı söz konusu değildir. Terk miktarının DOP miktarına tamamlayan kadar ilave DOP alınabilir.

b) Hazine tarafından yapılan terk miktarı DOP oranından fazla ise daha önce yapılan terk nedeniyle, ilave DOP alınmamaktadır; ancak DOP miktarı ile terk miktarı arasındaki fark tekrar Hazine'ye iade edilmediği için Hazine'nin bu kadar kaybı söz konusudur.

c) Keza, Hazine parselinin tamamı, 11. maddeye göre terk edilmiş ise parselin DOP dışında kalan kısımları Hazine adına ihdas edilmediği için yine Hazine'nin bu kadar kaybı olmaktadır.

Hâlbuki kanun koyucu, 11. maddede yer alan bu hükümle, henüz parselasyon yapılmamış alanlarda umumi hizmet alanlarının elde edilmesinde, belediye ve valiliklerin kamulaştırma külfetini azaltmayı,

bu şekilde de imar planlarının uygulamasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır.³¹ Bu alanların parselasyon yapıldıktan sonra da DOP'tan fazla olan kısımlarının Hazine'ye iade edilmemesi, Hazine'nin zararına ve parselasyon alanındaki diğer parsel maliklerinin lehine bir uygulama olmaktadır. Kanun koyucunun 11. madde ile diğer parsel maliklerinin lehine bir uygulama amaçlamadığı aşikârdır.³²

Bu nedenle, Hazine tarafından terk edilen parsellerin bulunduğu alanların düzenlemeye tabi tutulması durumunda, terk edilen bu kısımların nasıl bir işleme tabi tutulması gerektiği konusunda Yönetmeliğe açık bir hüküm konulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

H- Tescil Harici Alanların DOP Hesabında Kullanılması veya Belediye Adına İhdas Edilmesi

Bir diğer sorun, düzenleme alanındaki tescil harici alanların, Hazine adına ihdas edilmemesidir. Medeni Kanun'un 715. maddesi anlamında tescil harici arazi, üzerinde düzenli bir tarımsal faaliyet yapılmayan, bir tarımsal yararlanma sağlanamayan arazidir. Bu yerler, kural olarak özel mülkiyete konu olabilecek durumda olmakla beraber henüz hiç kimsenin mülkiyetinde olmayan sahipsiz yerlerdir. Tarıma elverişli olmayan tescil harici alanların, arazi ve arsa düzenlemesine tabi tutulması konusunda yaşanan en önemli sıkıntı, bu alanların kimin adına tescil edileceğidir. Bu konuda uygulama birliği bulunmamaktadır. Bazı belediyeler, tescil harici alanları imar uygulamalarında kendi adlarına tescil ettirmektedirler.

Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan bu alanların, kuru mülkiyeti Hazine'ye aittir. Bu taşınmazların uygulama esnasında Kadastro Kanununun 18. maddesi gereğince Hazine adına tescil edilmesi³³ ve Hazine taşınmazı olarak uygulamaya tabi tutulması gerekir. Kadastro Kanununun 18. maddesine göre ekonomik yarar sağlaması muhtemel devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin Hazine adına tescil edilmesi gerekir. İmar uygulamalarında da (imar planında yol, park, yeşil alan gibi alanlara rastlayanlarda dâhil ve DOP hesabında değerlendirilen kısmı hariç olmak üzere) tüm tescil harici alanların Hazine adına tescil edilmesi gerektiği açıktır.

Zaten Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliği 34. maddesine göre düzenlemeye giren tescil harici arazilerin tescili, parselasyon planı ile birlikte aynı anda yapılabilir. İmar planı onayı sürecinde ilgili kurumlardan uygun görüş alınması halinde, kurumlardan tekrar görüş alınmaksızın, parselasyon planıyla birlikte bu arazilerin tescili de Hazine adına gerçekleştirilir. Parselasyon planı ile

³¹ Yakar, s.14

³² Yakar, s.14

³³ Yakar, s. 15

birlikte tescil harici alanların Hazine adına tescil edilmesi durumunda, parselasyon planının onaylanarak askı işlemlerine başlandığına dair Milli Emlak Genel Müdürlüğüne bilgi verilir.

I- Parselasyonun İptaline İlişkin Yargı Kararının Net Olmaması (Parsel Bazında İptal Mi, Uygulamanın Tamamının İptali Mi?)

Arazi ve arsa düzenlemesinin kısmen mi, tamamen mi iptal edildiği sorunu aslında sadece Hazine taşınmazları ile ilgili bir konu değildir, parselasyona dahil edilen tüm parselleri ilgilendirir. Bununla birlikte (genellikle) parselasyon alanındaki taşınmazların büyük bir kısmının Hazine taşınmazları olması, bu konunun Hazine'yi yakından ilgilendirmesi sonucunu doğurmaktadır.

Arsa düzenlemelerinin temelini belediye ve il encümeni kararları oluşturmaktadır.³⁴ Uygulamada parselasyon işlemleri belediyeler (imar müdürlükleri) tarafından hazırlandıktan sonra belediye encümeninin onayıyla yürürlüğe girmektedir. Parsel malikleri ise kendi parselleri ile ilgili olarak, parselasyonun onayına dair encümen kararının iptali istemi ile dava açmaktadırlar. Açılan dava neticesinde idari yargı, encümen kararının iptaline veya iptal isteminin reddine karar vermektedir.

Sorun, encümen kararı hakkında idari yargı verilen iptal kararının sadece iptal davası açılan parsel yönünden mi, yoksa uygulama alanındaki tüm parseller yönünden mi sonuç doğuracağı konusunda bir açıklık (daha doğrusu bir mevzuat hükmünün) bulunmamasıdır. Bu konu içtihat ile çözülmeye çalışılmaktadır. Danıştay 6. Dairesinin 20.03.1997 tarihli ve E:1996/1577, K:1997/1528 sayılı kararında parselasyon işleminin "dava açılan parsel sınırlı olmak üzere" iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık bazı iptal kararları tüm parselleri ilgilendirir.³⁵ Arazi ve arsa düzenlemesindeki hukuki sakatlık, uygulamanın tamamını etkiler nitelikte ise, idari yargı kararı, dava açılın ya da açılmasın tüm parsel maliklerini etkiler; bu durumda encümen kararının tüm parseller yönünden iptal edilmesi gerekir.³⁶ Örneğin DOP oranı yanlış belirlenmiş ise tüm parseller bundan etkileneyeceği için parselasyona ilişkin encümen kararının tüm parseller yönünden iptal edilmesi gerekir. Ancak şunu da vurgulamadan geçmeyelim, bir parsel hakkında verilen iptal kararının dahi tüm parselleri etkilemediğini söylemek olanaksızdır.³⁷

³⁴ Köktürk / Köktürk, s. 265

³⁵ Koçak, Hüseyin / Beyaz, Metin, "Parselasyon İşleminin İptali ve Geri Dönüşüm Cetveli, Mülkiyet Dergisi", S. 55, 2005, s. 3.

³⁶ Köktürk, E., "Arsa Düzenlemeleri ve Yargı İlişkisi (18. Maddenin İdari Yargıda İptali ve Ortaya Çıkan Sorunlar)", *Arsa Düzenlemeleri ve Yargı İlişkisi Semineri*, HKMO Yayınları, İstanbul, 2007s. 234

³⁷ Köktürk, Erdal, "Arsa Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", Mülkiyet Dergisi, S. 53. 2004, ss. 30-38

Ancak buradaki sorun, bu konuyu düzenleyen bir mevzuatın olmamasıdır. Yani parselasyona karşı açılan davalarda encümen kararının ne şekilde iptal edileceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir iptal kararının hangi parselleri etkilediği hususu ise tamamen yargı kararını uygulamakla görevli idarenin inisiyatifine kalmaktadır.

2020 yılında çıkarılan Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmeliğin 37. maddesi parselasyon işlemlerinin yargı kararıyla iptal edilmesi durumunda yapılması gereken işlemleri açıklamıştır. Ancak yapılan bu düzenleme de asıl sorunu çözmekten uzaktır. Çünkü buradaki asıl sorunun, parselasyon işlemine parsel bazında açılan davalarda dahi, parselasyon işlemine onaylanan encümen kararına dava açılması, mahkemelerin de encümen kararının iptaline veya iptal talebinin reddine karar vermesidir. Mahkeme, tek bir parsel için açılan davalarda dahi encümen kararının iptaline karar vermektedir. Bu iptal kararının, sadece dava açılan parseller yönünden mi yoksa tüm parseller yönünden mi sonuç doğuracağı konusu hala çözümlenmiş değildir.

Bu nedenle, İmar Kanunu'nun 18. maddesine, parselasyona ilişkin encümen kararının iptaline ne şekilde karar verileceği, hangi durumda kısmen, hangi durumda tamamen iptal kararı verileceği konusunda bir hükmün konulmasının faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

SONUÇ

Tapu sicilinde Hazine adına tescilli taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri kapsayan Hazine taşınmazlarının imar planı kapsamına alınması ve sonrasında imar uygulamasına tabi tutulması esnasında ortaya çıkan sorunlar, Hazine taşınmazlarını yönetmekle görevli Milli Emlak Genel Müdürlüğü ile belediyeleri karşı karşıya getirmektedir. Bu konuda yapmış olduğumuz anket çalışmasında katılımcıların büyük bir kısmı (% 86,87'si), imar planları ve imar uygulamalarında Hazine taşınmazları yönünden sıkıntılar yaşadıklarını bildirmişlerdir.

Bu sıkıntıların bir kısmı mevzuatın yeterince açık olarak düzenlenmemesinden, bir kısmı ise uygulayıcı idarelerin imar uygulaması yaparken mevzuat hükümlerine yeterince riayet etmemesinden kaynaklanmaktadır.

Bu konuda karşılaşılan en önemli sorun olan Hazine taşınmazlarında, Milli Emlak teşkilatının bilgisi olmadan, İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerine göre re'sen terk yapılması konusunu çözüme kavuşturmak amacıyla, bu konuyla ilgili mevzuata, Hazine taşınmazlarında yapılacak ifraz/tevhit işlemlerinin aynı zamanda terk işlemi de ihtiva etmesi durumunda, İmar Kanunu'nun 11. maddesine göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığından izin alınması gerektiğine dair bir hüküm konulması faydalı olacaktır.

İmar Kanunu'nun 11. maddesine göre terk edilen yerlerin amaç dışı kullanım ve plan değişikliği durumunda eski malike iade

edilmemesi de önemli bir sorun olarak belirtilmiştir. Bu sorunu çözmek için uygulanabilecek en uygun yöntem, bu alanların ifrazdan sonra Hazine adına tescil edilmesi ve bu tescilden sonra Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından ilgili belediyeye veya il özel idaresine tahsis edilmesidir. Yani, bu taşınmazların tapudan terkin edilmesi uygulamasından vazgeçilerek tahsis uygulamasına dönülmelidir.

Bir diğer sorun olarak, tüm taşınmaz maliklerinden yasal oranda DOP kesilmeden, Hazine taşınmazlarının DOP'tan karşılanması gereken alanlara tahsisi konusunda, İmar Kanunu'nun 18. maddesinde yapılan değişiklikler ve Arazi ve Arsa Düzenlemesi Hakkında Yönetmelikle getirilen yenilikler, önemli adımlardır. Bununla birlikte Hazine taşınmazlarının ve tescil harici alanların, ancak "düzenleme alanındaki taşınmazlardan yasal oranda DOP kesilmesine rağmen düzenleme ortaklık payına konu alanların temin edilememesi durumunda" DOP için tahsis edilmesi ve böylelikle de belediyeler ile Milli Emlak teşkilatı arasındaki sorunların en aza indirgenmesi temin etmek ve konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla Yönetmeliğin 15. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin "*Ancak, düzenleme sahasında düzenleme ortaklık payına konu alanların yüzde kırk beşten (%45) fazla olması ve düzenleme alanındaki taşınmazlardan yasal oranda düzenleme ortaklık payı kesilmesine rağmen düzenleme ortaklık payına konu alanların temin edilememesi durumunda*" şeklinde değiştirilmesi faydalı olacaktır.

İmar Kanunu'nun 18. maddesinde yapılan değişiklikler ve Arazi ve Arsa Düzenlemesi Hakkında Yönetmelikle, imar planı gereğince kapanan yolların akıbeti konusu kesin bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bununla birlikte Hazine tarafından terk edilen parsellerin bulunduğu alanların düzenlemeye tabi tutulması durumunda, terk edilen kısmın DOP oranından fazla olması veya parselin tamamının terk edilmiş olması durumunda, bu kısımların nasıl bir işleme tabi tutulması gerektiği konusunda Yönetmeliğe açık bir hüküm konulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Hazine taşınmazının bulunduğu yerden parsel verilmemesi, kamu hizmetine tahsisli parsellerden DOP kesilmesi ve Hazine taşınmazına karşılık müstakil imar parseli verilmemesi de Hazine taşınmazlarıyla ilgili olarak karşılaşılan önemli sorunlardandır. Bu konuda son dönemde yapılan mevzuat çalışmaları önemli ilerleme kaydetmiştir. Bununla birlikte konunun Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayımlanacak bir genelge ile bir kez daha vurgulanması faydalı olacaktır.

Düzenleme alanındaki tescil harici alanların durumu, İmar Kanunu'nun 18. maddesinde yapılan değişiklikler ve Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelikle açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeler, belediyeler ile Hazine arasındaki ihtilafların azalmasına katkı sağlayacaktır.

Parselasyona ilişkin encümen kararının idari yargı tarafından kısmen mi tamamen mi iptal edileceği konusu, sadece Hazine parsellerini ilgilendiren bir konu değildir. Bununla birlikte yargı

kararlarının ne şekilde uygulanacağı konusundaki belirsizlik Hazine taşınmazlarını da etkilemektedir. Her ne kadar Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik ile parselasyon işlemlerinin yargı kararıyla iptal edilmesi durumunda yapılması gereken işlemler açıklanmış ise de bu düzenleme konuyu çözmekten uzaktır. Kanun düzeyinde yapılacak bir düzenleme ile parselasyona ilişkin encümen kararının idari yargı tarafından kısmen mi tamamen mi iptal edileceği hususunun açıklığa kavuşturulması faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Artukmaç, Sadık, *Türk İmar Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969
- Canbazoğlu, Kenan ve Ayaydın, Dilhun, "İmar Planlarının Yargısal Denetimi-1", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 93, 2011, ss. 239-284
- Meşhur, Çağlar, "İdari Yargıya Konu Olan 18. Madde Uygulamaları: Konya Kenti Örneği", *Planlama Dergisi*, S. 4, 2002
- Çoruhlu, Y. Emre / Demir, "Osman, Vakıf Taşınmazlarda Arsa ve Arazi Düzenlemesi Sürecinin İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 71, S. 2013/3, ss.57-83
- Ersoy, Melih, "İmar Planı Uygulamalarında Düzenleme İşlemi" İçinde: *Mekan Planlama ve Yargı Denetimi*, Der. Ersoy, Melih / Keskinok, H. Çağatay, Ankara, 2000.
- Gürler, Mehmet, "İmar Planı Uygulama Yöntemleri", *Mülkiyet Dergisi*, S. 16, 1995
- Koçak, Hüseyin / Beyaz, Metin, "Arazi ve Arsa Düzenleme Esasları", *Mülkiyet Dergisi*, S. 48, 2003, ss. 2-10
- Koçak, Hüseyin / Beyaz, Metin, "Parselasyon İşleminin İptali ve Geri Dönüşüm Cetveli", *Mülkiyet Dergisi*, S. 55, 2005, ss. 2-4
- Köktürk, Erdal, "Arsa Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", *Mülkiyet Dergisi*, S. 53. 2004, ss. 30-38
- Köktürk, Erdal, "Arsa Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", *Mülkiyet Dergisi*, S. 52, 2004, ss. 26-36.
- Köktürk Erol / Erdal Köktürk, "Arsa Düzenlemelerinin Hukuksal Dayanağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 70, 2007, ss. 260-283
- Turan, K. Baykal, *Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altındaki Tescil Harici Alanların Hukuki Durumları ve Bu Alanların İmar Uygulamalarındaki Yeri*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetim Ana Bilim Dalı, Ankara, 2013
- Özdemir, Selman, "Tapu Kanunu Bağlamında İmar Uygulamalarında Kapanan Kadastral Yollar", *Türk İdare Dergisi*, S. 477, 2013, ss. 239-268
- Özdemir, Selman, "İmar Kanunu Bağlamında İmar Uygulamalarında Kapanan Kadastral Yollar", *Türk İdare Dergisi*, S. 479, 2013, ss. 171-211
- Sancakdar, Oğuz, *Belediyenin İmar Planı Yapması, Değiştirmesi ve İptal Davası*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Şimşek, Suat, *İmar Hukuku*, Milli Emlak Kontrolörleri Derneği Yayınları, Ankara, 2010
- Şimşek, Suat, "Kamu Malları Teorisi Açısından Arazi ve Arsa Düzenlemesi İşlemleri: Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, S. 46, 2013

Şimşek, Suat ve Hazar, İlhami, *Açıklamalı – İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 2. Baskı.

Uzun, Bayram, *Kentsel Alan Düzenlemelerinde İmar Parseli Üretim Yöntemleri ve Sonuçlarının İrdelenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, KTÜ Fen Bilimleri Enstitüsü, Trabzon, 1992.

Yakar, Aytuğ, "İmar Uygulamalarında Tescil Harici Alanların Durumu", *Mülkiyet Dergisi*, S. 40, 2001, ss. 11-17

Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul*, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1974

Yomralıoğlu, Tahsin / Uzun, Bayram, "Land Readjustment Implementations in Turkey", Çevrimiçi: https://www.researchgate.net/publication/242211397_Land_readjustment_implementations_in_Turkey, Erişim Tarihi: 14.05.2020.

ASKERİ CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN FİRAR SUÇLARININ OSMANLI'DAN GÜNÜMÜZE TARİHSEL GELİŞİMİ

The Historical Development Of The Crimes Of Desertion In The Military Criminal Law From The Ottoman Empire To Present Day

Doç.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ*
Dr. Alkın KARAKURUMER**

Özet: Ordular insan unsuruna gereksinim duyan mekanizmalardır. Gerek savaşacak insanın eğitilmesi sırasında gerekse de savaş esnasında, askeri personelin istenilen yerde ve zamanda bulunması gereklidir. Bundan dolayı askeri personelin izinsiz olarak görev yerini terk etmesi cezalandırılmıştır. Osmanlı İmparatorluğundan itibaren günümüze kadar firar suçunun askeri ceza kanunlarında cezalandırıldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler diğer mevzuatta yaşanan değişimler, ordunun disiplininin sağlanmasındaki gereklilikler ve uygulamada çıkan sorunlar dikkate alınarak yapılmıştır. Değişiklikleri doğuran ihtiyacın ortaya konması, gelecekte yapılacak kanunlaştırmalar bakımından da önem arz etmektedir. Çalışmada Osmanlı İmparatorluğundan günümüze kadar, askeri ceza kanunlarında yer alan firar suçları incelenmiştir. Söz konusu suçlar incelenirken askeri ceza kanunlarında düzenlenme nedenlerinin yanı sıra tarihsel gelişimi de ortaya konmaya çalışılmıştır. Değişiklerin gerekçeleri kanun tasarılarının gerekçeleri ve kanunlaştırma sırasındaki hazırlık çalışmaları incelenmek suretiyle çalışmaya yansıtılmıştır. Özellikle gerekçelerin yetersiz kaldığı durumlarda, değişikliği doğuran nedenler sosyal, siyasal ve askeri gelişmeler de dikkate alınarak tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Askeri Ceza Kanunları, Askeri Suç, Disiplin, Türk Silahlı Kuvvetleri, Firar Suçu, Tarihsel Gelişim.

Abstract: Armies are mechanisms that need the human element. Military personnel must be present at the desired time and place, both during the training of the person to fight and during the war. For this reason, military personnel were punished to leave their positions without permission. It is seen that the escape crime from the Ottoman Empire until today has been punished in military penal laws. These regulations were made by taking into account the changes in other legislation, the requirements for ensuring the discipline of the army and the problems in practice. The revealing of the need that creates the changes is also important in terms of future legislations. In the study, the crimes of desertion in the military criminal laws from the Ottoman Empire to the present day were examined. While examining the crimes in question, besides the reasons for being regulated in military penal laws, historical development was tried to be revealed. The rationale of the amendments was reflected in the study by examining the rationale of the draft laws and the preparatory work during the enactment. Especially in cases where the reasons are insufficient, the reasons causing the change are tried to be determined by taking into account the social, political and military developments.

Keywords: Military Criminal Codes, Military Crime, Discipline, Turkish Military Forces, The Crime of Desertion, The Historical Development.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, odegirmenci@etu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0700-2549.

** Milli Savunma Üniversitesi, Kara Harp Okulu, akarakurumer@kho.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4415-0719

Makale Geliş Tarihi: 27/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 29/06/2020

Giriş

Devletler, mevcudiyetini korumak ve idame ettirebilmek için savunma olgusuna ihtiyaç duyarlar. Ordular da bu savunma olgusunun teşkilatlı dış görünüş biçimini oluşturur. Ordu işleyişinin hedeflenen şekilde ilerlemesi ancak disiplinle mümkündür. Disiplinin sağlanmasında talim ve terbiye kadar hukuki yaptırımlar da önemli bir yer tutar. Ordudan ayrı düşünölemeyecek disiplin kavramının ve disiplinin sağlanması için uygulanan tedbirlerin tarihsel izleri, kadim devirlere kadar gitmektedir.¹

Ordusu olan her devletin sivil hukuktan ayrı, özel niteliği olan bir askeri ceza hukukuna sahip olduğu söylenebilir.² Askeri Ceza Hukuku, bu özel niteliği itibariyle kapsam olarak askeri suçları ve bu suçlara uygulanacak yaptırımları düzenler.³ Ordu mensuplarına yönelik ayrı bir ceza ve disiplin mevzuatının düzenlenmesinin kadim bir geçmişi vardır.⁴ Uygulamadan doğan ihtiyaca binaen düzenlenen bu mevzuat, ordu mensuplarının yetiştirilmesinde ve harbe hazırlanmasında disiplin yönünden sağlam bir alt yapı oluşturmak için ele alınmıştır.⁵

Sadece asker kişiler tarafından işlenebilen firar suçu, kelime anlamı itibariyle; “Kaçma”, “Asker kişilerin görev yerlerinden izinsiz olarak uzaklaşması veya mazeretsiz olarak izin süresini kasten geçirmesi” olarak tanımlanmaktadır.⁶

Bir ordunun disiplin varlığı, her şeyden önce mensuplarının her daim görev yerinde hazır olmalarına ve amirleri tarafından verilen hizmete müteallik emirleri mutlak itaat ile yerine getirmelerine bağlıdır. Bu aynı zamanda asker kişiler için bir yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde hiçbir ordunun kendisinden beklenen görevi yapamayacağı, ihlal edilen kuralların ordunun disiplinini bozacağı ve cezai sorumluluk gerektireceği açıktır. Bu nedenle devletlerin, ordunun disiplinini korumak amacıyla asker kişiler tarafından işlenen disiplini bozucu nitelikteki fiilleri suç olarak düzenlediği görölmektedir. Bu doğrultuda, ordunun disiplinini ciddi şekilde bozan “firar” fiili de tarihsel süreçteki bütün ordularda suç olarak düzenlenmiş ve ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır.

¹ Karakurumer, Alkın, Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Çankırı, 2018, s. 13-14.

² Işık, İhsan, “Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri”, Askeri Adalet Dergisi, S. 119, 2004, s. 97; Erman, Sahir, *Askeri Yargıtay'ın 80'inci Kuruluş Yılı Sempozyumu*, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1994, s. 45; Karakurumer, s. 14.

³ Demirağ, Fahrettin, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 52; Karakurumer, s. 14.

⁴ Erman, Sahir, *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, Yeniden Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, 7. baskı, s. 2; Karakurumer, s. 14.

⁵ Taşkın, Rifat, *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1943, s. 4-5; Karakurumer, s. 14.

⁶ Bağdatlı, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s. 135.

I. OSMANLI ASKERİ CEZA KANUNLARINDA FİRAR SUÇU

A- 1837 (1253) Tarihli Kanunname-i Ceza-i Askeriyye (Kanunname-i Ceza)

Sultan II. Mahmut devrinde Yeniçeri Ocağı'nın kaldırılması ile birlikte ıslahat hareketleri kapsamında; ilk kez doğrudan askeri suçları esas alan ve “Ceza ve Muhakeme Usulü Kanunu” olarak yayımlanan, 1837 (1253) tarihli “Kanunname-i Ceza-i Askeriyye” yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile suçların şer’i ya da askeri vasfına göre muhakeme etme, sanıkların mahkeme önüne çıkarılması şartıyla duruşmaların aleniliği prensibi, sanığa davasında müdafii ile temsil edilme yetkisinin tanınması, davasını naklettirme hakkının verilmesi, karara karşı itiraz yollarının oluşturulması gibi haklar düzenlenmiştir. Ayrıca bu kanunname ile “suçların kanuniliği” ve “yargılamaların duruşmalı olarak yapılması” ilkeleri doğrultusunda siyaseten katil ve müsadere sona ermiş, bu gelişmeler sonucunda da kul sistemi tarihe karışmıştır.⁷

Kanunname-i Ceza-i Askeriyye’de ilk kez genel yargı - askeri yargı ayırımına gidildiği görülmektedir. Zira Kanunun l’inci bendinin 5’inci maddesinde askerlerin, askeri disiplin ve askeri hizmet kapsamına girmeyen fiillerinden dolayı şer’iye mahkemelerine tabi oldukları hükme bağlanmıştır. Yine 2’nci maddede, askeri suçların bu kanunda yazılı suçlardan oluştuğu düzenlenmiştir.⁸ Söz konusu düzenlemelerin, bulunulan çağa göre üstün özellikler taşıdığı ve hukuki açıdan gelişmiş bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁹

⁷ Ulukanlıgil, Metin, Tanzimat’tan Günümüze Askeri Yargı ve Askeri Temyiz Mahkemesinin Gelişimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncüyıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Van, 2003, s. 14; Ertosun, Orhan, “Askeri Yargıtay’ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri ile Sorunları”, Danıştay Dergisi, S. 11, 1975, s. 56; Orgun, İhsan, *Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihçesi*, K.K.K. Yayınları, Ankara, 1956, s. 7; Değirmenci, Olgun, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, 3. baskı, s. 34; Yolyapan, Aydoğan, “Osmanlı Devletinde Askeri Yargının Gelişimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Dergisi, 1999, s. 159.

(http://www.deu.edu.tr/ataturkilkeleri/pdf/dergi9/c3_s9_aydogan_yolyapan.pdf), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Nisan 2019; Gülhane Hatt-ı Humayunu (1859), Islahat Fermanı (1806), Abdulaziz tarafından cülüsünü müteakip sadarete gönderilen hat (1861) ve Ferman-ı Adalet (1875)’in günümüz Türkçesi metinleri için bkz.: Gözübüyük, Şeref / Kili, Suna, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, AÜSB Yayınları, Ankara, 1982, s. 3-22; Köprü, Orhan, “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, Askeri Adalet Dergisi, S. 89, 1994, s. 2; Karakurumer, s. 86.

⁸ Köprü, s. 4; Ertosun, s. 56; Köprü, Orhan, Türkiye’de Askeri Yargı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 1988, s. 10; Karakurumer, s. 87.

⁹ Köprü, s. 4; Ertosun, s. 56; Köprü, s. 10; Karakurumer, s. 87.

1- Kanunname-i Ceza-i Askeriyye’de Düzenlenen Firar Suçu

Kanunname-i Ceza-i Askeriyye’de firar suçu ve firar suçuna yaptırım olarak uygulanacak cezalar kapsamlı olarak ele alınmıştır. Bu bağlamda; “*Bedel Verilen Askerin Firarlarında Olan Hüküm*” başlıklı beş maddenin yer aldığı 40’ıncı, “*Alay Eminleri Haklarında Cârî Olan Hüküm-i Kanunun*” başlıklı bir maddeden ibaret 41’inci, “*Müteallik Olduğu Sancağı Altında İken Töhmety Zuhur Edenlerin Davaları*” başlıklı yedi maddeden oluşan 42’nci, sekiz fasıl ve bu fasıllarda toplam kırk iki maddenin yer aldığı “*Def-i firar maddesinde icrâsı lazım gelen ahkâma dâir ta’limât*” başlıklı 43’üncü bendlerinde firar suçları ve bunlara uygulanacak cezalar hüküm altına alınmıştır.¹⁰

Bu kanunda firar suçlarının yaptırımı olarak; hapis, prangaya bağlanma, idam gibi cezalar düzenlenmiştir. Cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak da; firar suçunun hizmet esnasında işlenmesi, firar suçunu işlerken askeri eşyanın götürülmesi, tekrar firar edilmesi, ordugâh veya huduttaki bir kaleden firar edilmesi gibi hükümler yer almıştır. Ayrıca firar suçunun faillerinin yargılanması için özel divanı harpler oluşturulmuştur.¹¹

Kanunun firar suçunun düzenleyen, 43’üncü bendinin 1’inci faslının 1’inci maddesinde asker kişilerin; nizam ve kanuna aykırı olarak, subay ve erlerin izinsiz olarak alaylarını terk etmeleri veya izinli olarak gidip bu süre sonuna kadar alayına katılmamaları, acemilerin isyan ile itham olunduktan sonra 24 saate kadar bulunduğu emanetgahı veya bağlı bulunduğu kıtayı terk etmeleri, bedel acemilerin tayin oldukları alaya katılmamaları, sahil koruması görevi bulunan topçu erlerin üstü olan subaydan izin almaksızın bulunduğu yeri değiştirmeleri, karakol hizmetinde ücretle çalışan sivil halktan kimselerin, izinsiz olarak bağlı oldukları alayı terk etmeleri veya kendilerine verilen izin müddetini geçirmeleri, mevcut olarak davaları soruşturulup kovuşturularak hükmolunan cezaları af ile kaldırıldıktan ya da cezalarını çektikten sonra tayin oldukları alaya katılmamaları, ihtiyarların izinsiz veya üstü olan subay tarafından istifası verilmeksizin bağlı olduğu alayı terk etmelerinin firar suçuna vücut vereceği ve bu kanun gereğince cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.¹²

Kanunun 43’üncü bendinin 1’inci faslının 2’nci maddesinde; askeri şahısların savaş esnasında ordudan veya huduttaki bir kaleden 24 saat ve

¹⁰ Akdeniz, Yasin, *Askeri Ceza Hukukunda Firar Suçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2007, s. 4; Topal, Cengiz, *Firar Suçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2013, s. 5; Osmanlıca’dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, Vasfi Raşid, *Askeri Adalet, Birinci Kısım*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955, s. 169-177; Karakurumer, s. 188-197.

¹¹ Topal, s. 5; Akdeniz, s. 4-6; Seviğ, s. 56.

¹² Akdeniz, s. 4-5; Topal, s. 5-6; Osmanlıca’dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, s. 171; Karakurumer, s. 189-190.

diğer yerlerden 48 saat izinsiz ayrılmaları, 4'üncü maddesinde; 6 aydan daha fazla askerlik hizmeti bulunan astsubay ve erlerin barış zamanında ordugâhtan veya huduttaki bir kaleden 3 gün, diğer yerlerden 8 gün ayrılmaları veya izin belgelerinde kayıtlı ve yazılı olan süreyi 15 gün geçirmeleri, 5'inci maddesinde; 6 aydan az askerlik hizmeti bulunan asker kişilerin barış zamanında ordugâhta veya huduttaki bir kaleden 15 gün, diğer yerlerden 30 gün ayrılmalarının firar kapsamında sayılacağı, 6'ncı maddesinde ise; seferberlik esnasında firar edenlerin, barış zamanında hizmette iken veya firar esnasında askeri eşya ve kıyafetini beraberinde götürülenlerin, 6 aydan fazla askerlik hizmeti bulunanlara tanınan izin günlerinden istifade edemeyecekleri düzenlenmiştir.¹³

Kanunda firar suçunun cezasını ağırlaştırıcı haller de düzenlenmiştir. Kanunun 42'nci bendinin 2'nci maddesinde; asker kişilerin itaatsizlik veya firar suçu nedeniyle prangaya bağlanma cezasının infazı sırasında firar etmeleri halinde kaçtıkları günden başlayarak firar süresinin iki katı hapis cezası ile cezalandırılacakları, 3'üncü maddesinde; hapis cezasını infaz ederek cezalarını tamamlayanların yeniden firar etmeleri halinde 10 yıl prangaya bağlanma cezası ile cezalandırılacakları, firar suçundan verilen cezaları tamamlayan veya bu cezadan muaf tutulan astsubay ve erlerin tayin oldukları alaya gitmemeleri veya gittikten sonra yeniden firar etmeleri halinde idam cezası ile cezalandırılacakları, 5'inci maddesinde; firar veya isyan suçlarından şüpheli bulunanlar için tahsis olunan emanetgahlara gönderilen astsubay ve erlerin bu suçların cezasından affedilmeleri veya kurtulduktan sonra tayin edildikleri alaya katılmamaları veya katıldıktan sonra 6 ay içinde yeniden firar etmeleri halinde idam cezası ile cezalandırılacakları, 43'üncü bendin 8'inci fıslının 5'inci maddesinde; firar veya isyan suçları sebebiyle bir alaya veya emanetgaha atananların yeniden tayin oldukları yere katılmamaları veyahut katılmalarını müteakip 6 ay içerisinde yeniden firar etmeleri durumunda idam cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.¹⁴

B- 1869 (1286) Tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu

Yaklaşık yarım yüzyıl yürürlükte kalan Kanunname-i Ceza-i Askeriyye'nin, Tanzimat'tan sonra Osmanlı ordusunda hayata geçirilen ıslahat hareketleri noktasında ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kaldığı değerlendirilmiştir. Bu doğrultuda, Osmanlı ordusunun niteliklerine uygun yeni bir askeri ceza kanunu arayışları baş göstermiştir. Söz konusu arayışlar sonucunda Fransız Askeri Ceza Kanunu'ndan esinlenerek, 1869 (1286) tarihinde iki ana bölüm (bâb) ve 206 maddeden

¹³ Akdeniz, s. 5; Topal, s. 5-6; Osmanlıca'dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, s. 171-172; Karakurumer, s. 191.

¹⁴ Akdeniz, s. 5-6; Osmanlıca'dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, s. 172-173, 177; Karakurumer, s. 190-191, 196.

oluşan “Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu” kabul edilmiş ve 1930 yılına kadar da yürürlükte kalmıştır.¹⁵

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu yürürlüğe girerken, kanunda düzenlenen suçların sivil kişileri de kapsamı sebebiyle kanun maddelerinin sivil ceza kanunları ile uyumlu ve özenli olmasına dikkat edilmiştir. Ayrıca, niteliği ve süresi bakımından ağır cezaların bir kişi yerine divan-ı harpler tarafından verilmesine ve bu cezaların infaz edilebilmesinin Dâr-ı Şûrâ-yı Askeri'nin onayına bağlanmasına karar verilmiştir. Askeri Ceza Kanunname-i Hümayununa dayanılarak tatbik edilen cezalar, dönemin resmi gazetesi olan Takvim-i Vekayi ile on beş günde bir basılan ve çoğunluğu askeri olaylardan oluşan Ceride-i Askeriye’de ilan edilerek duyurulmuştur.¹⁶

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda, Kanunname-i Ceza-i Askeriyye ile getirilen ve günümüz Askeri Ceza Hukuku sistemi ile uyum gösteren birçok madde kaldırılmış, özellikle de savunma hakkına sınırlamalar getirilmiştir. Bu doğrultuda, Kanunname-i Ceza-i Askeriyye’de kabul edilen; duruşmaların aleni olması, sanığa müdafî bulundurma hakkının tanınması, hâkimin reddi müessesesine gidilmesi, davaları nakletme hakkının yer alması ve yargı kararlarına karşı itiraz kapsamında kanun yollarına müracaat hakkının (temyiz) kullanılması gibi haklar yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁷

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu, harp halinde bulunan Türk ordusunun ihtiyaçlarına ve beklentilerine karşılık verememesi üzerine önce değişim geçirmiş ve ardından da 1930 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁸

1- Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda Düzenlenen Firar Suçu

1869 tarihli Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun¹⁹ “Ahkâmı Cezaiye” başlıklı ikinci babının “Cürm-i Firar” başlıklı altıncı faslının

¹⁵ Köprü, s. 12; Taşkın, s. 9; Yolyapan, s. 159; Ulukanlıgil, s. 23; İpeksümeroğlu, Niyazi, “Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 1951, s. 469; Aksu, Cevat, Dar-ı Şûrâ-yı Askeri (Kuruluşundan 1876 Yılına Kadar), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004, s. 107; Kanunun tam metni için bkz.: Sevig, s. 187-234; Karakurumer, s. 235-279.

¹⁶ Aksu, s. 108; Karakurumer, s. 94.

¹⁷ Orgun, s. 9; Köprü, s. 12; Ulukanlıgil, s. 24; Karakurumer, s. 95.

¹⁸ Topal, s. 9; Akdeniz, s. 9; Karakurumer, s. 95-96.

¹⁹ Topal, s. 7; Bu kanun 22.05.1930 tarihinde kabul edilip 15.06.1930 tarihli Resmi Gazetede yayımlandıktan dört ay sonra yürürlüğe giren 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 193’üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. (Bkz.: R.G.: 15.06.1930, S. 1520).

124'üncü ile 151'inci maddeleri arasında firar suçları hüküm altına alınmıştır.²⁰

Bu kanunun 124'üncü maddesinde, izinsiz savuştuklarının tespit edildiği günden sonraki günden itibaren 6 günün sona ermesinden önce gelmeyen ve söz konusu süre dolduktan sonra yakalanan astsubaylar, onbaşılar, erler ile askerlik hizmetinde henüz 6 ayı doldurmamayan acemi erlerden, izinsiz savuştuklarının tespit edildiği günden sonraki günden itibaren 1 ayın bitmesinden önce dönmeyerek aynı biçimde yakalanan erler hakkında barış zamanında 3 ay prangaya vurulma cezasının infaz edileceği; 6 gün ve 1 ay olarak düzenlenen mevcut sürelerin seferberlikte yarıya düşürülerek 5 ay prangaya vurulma cezasının infaz edileceği ve her iki durumda da söz konusu kişilerin yeniden er olarak kayıt olacakları, 126'ncı maddesinde, hizmet sırasında firar edenler hakkında barış zamanında 4 ay, seferberlik halinde ise 6 ay prangaya vurulma cezasının infaz edileceği ve her iki durumda da yeniden er olarak kayıt olacakları; 127'nci maddesinde, bağlı olduğu birlik veya görev mahallinden izin almayarak 6 günden fazla süre ile ayrılan ve izin sürelerini 15 gün aşan üst rütbeli subaylar ile diğer subayların barışta 1 aydan 6 aya kadar hapis, 6 ve 15 gün olarak düzenlenen mevcut sürelerin seferberlikte yarıya düşürülerek 6 aydan 1 seneye kadar hapis cezası ile tard²¹ fer'i cezasının infaz edileceği, 128'inci maddesinde, barışta bağlı olduğu birlik veya görev yerinden izin almayarak 3 aydan fazla süre ile ayrılan üst rütbeli subaylar ile diğer subayların Osmanlı ordusundan tard edilecekleri; 129'uncu maddesinde, izin almayarak Osmanlı toprakları hududunu tecavüz edip veyahut birliği Osmanlı toprakları dışında iken izin almayarak birliğinden uzaklaştığı günün ertesi gününden itibaren 3 gün içinde birliğine dönmeyen astsubay, onbaşı ve erler hakkında; barışta 60 değnek ve 3 ay prangaya bağlanma, seferberlikte 80 değnek ve 4 ay prangaya bağlanma cezasının infaz edileceği ve her iki durumda da yeni baştan askerlik fer'i cezası²² ile

²⁰ Akdeniz, s. 6; Topal, s. 7; Osmanlıca'dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, s. 219 vd; Karakurumer, s. 263-267.

²¹ Akdeniz, s. 7; Topal, s. 7. (Tard; Görevden uzaklaştırma, kovma, kovulma, püskürtme anlamında kullanılmaktadır. 15.06.1930 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda da yerini koruyan tard fer'i cezası, ayrıca bir karar gerekmezsin askeri rütbe, unvan, memuriyet ve hizmet sırasında hak edilen diğer kazanımların ortadan kaldırılmasına neden olur. Ayrıca bu cezayı alan söz konusu kişiler, orduya subay, astsubay ve askeri memur olarak dönemezler.) (bkz.: Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, 6. baskı, s. 753; Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Akademi Matbaası, Ankara, 1985, 3. baskı, s. 695.) 15.06.1930 tarihinde Resmi Gazete'de kabul edilen 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda da düzenlenen tard fer'i cezası, 22.3.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²² Yeni baştan askerlik fer'i cezası 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda da kabul edilmiştir. Buna göre firar suçlarında fail hakkında, asker kişi sıfatını kazandığı tarihten firarın başlangıç tarihine kadar geçen sürede yeni baştan askerlik yapma zorunluluğu uygulanır. (bkz.: Akdeniz, s. 7); 14.6.1989 tarih ve 3574 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile yeni baştan askerlik cezası ile ilgili Askeri Ceza Kanunu'nun 29/C

cezalandırılacakları; 130'uncu maddesinde, yukarıdaki maddede yazılı faillerin hizmet sırasında kaçmaları halinde haklarında; barışta 60 değnek ve 4 ay prangaya bağlanma, seferberlik halinde ise 80 değnek ve 5 ay prangaya bağlanma cezasının infaz edileceği ve her iki durumda da yeni baştan askerlik fer'i cezası ile cezalandırılacakları, 132'nci maddesinde, 129'uncu maddede yer alan yabancı memlekete firar suçunu işleyen üst rütbeli subaylar ile diğer subaylar hakkında, barışta tard ve 3 aydan 6 aya kadar hapis, seferberlik halinde tard ve 1 sene kale içinde yaşamaya mahkum etme cezasının infaz edileceği, Kanununun 133 ve 135'inci maddelerinde, belirli süreler içerisinde kendiliğinden dönenler için cezaların indirileceği; 134'üncü maddesinde, 124 ve 126'ncı maddelerde düzenlenen firariler hakkında söz konusu maddelerde yer alan süreler içinde yakalananların cezalarının yarı oranında düşürüleceği; 136'ncı maddesinde, 124 ve 126'ncı maddelerde düzenlenen firariler hakkında yeniden firar suçunu işlemeleri halinde 1 ay daha fazla prangaya bağlanma cezasının infaz edileceği, 137'nci maddesinde, düşman tarafına firar edenler hakkında idam cezasının infaz edileceği, 138'inci maddesinde, düşman karşısında düşman tarafından başka yere firar eden üst rütbeli subaylar ile diğer subaylar hakkında tard ve geçici süreli olarak kale içinde yaşamaya mahkum etme cezasının infaz edileceği, astsubay, onbaşı ve erler hakkında ise 80 değnek ve 6 aydan 1 seneye kadar prangaya bağlanma ve yeni baştan askerlik fer'i cezasının infaz edileceği; 140, 141, 143 ve 144'üncü maddelerinde ikiden fazla kişinin firar etmeleri halinde bu durumun sözleşerek firar kabul edileceği, sözleşerek firar suçunun düşman karşısında işlenmesi halinde her bir fail hakkında idam cezasının infaz edileceği, sözleşerek firara önyak olan üst rütbeli subaylar ile diğer subaylar hakkında ömür boyu kale içinde yaşamaya mahkum etme cezasının infaz edileceği, diğer asker kişilerin önyak olması halinde ise haklarında 80 değnek ile 9 aydan 1 seneye kadar prangaya bağlanma ve yeni baştan askerlik fer'i cezasının infaz edileceği hüküm altına alınmıştır.²³

Söz konusu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda firar suçu ve firar suçuna yaptırım olarak uygulanacak cezalar detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunname-i Ceza-i Askeriyye'de firar suçları için düzenlenen; hapis, prangaya bağlanma, kale içinde yaşamaya mahkum edilme, değnek, darp ve idam gibi ağır asli cezalar bu kanunda da aynen yer almıştır. Bununla birlikte Kanunname-i Ceza-i Askeriyye'den farklı olarak asli cezaların yanında fer'i cezalar da düzenlenmiş ve bu kapsamda tard ve yeni baştan askerlik fer'i cezaları uygulama kabiliyeti kazanmıştır. Ayrıca; firar suçunun

bendinin 2 numaralı alt bendi, 38'inci maddesi ve 70'inci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan düzenlemelerin mevcudiyetine son verilmiştir.

²³ Topal, s. 7-8; Akdeniz, s. 7-9; Osmanlıca'dan günümüz Türkçesine çevrilmiş metin için bkz.: Seviğ, s. 219-222; Karakurumer, s. 263-266.

seferberlikte, hizmet sırasında, yeniden işlenmesi halinde, sözleşerek firarın düşman karşısında işlenmesi ve sözleşerek firara önyak olunması ile failin üst rütbeli subay ya da diğer subaydan olması halleri cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak düzenlenmiştir.²⁴

II. CUMHURİYET DÖNEMİ ASKERİ CEZA VE DİSİPLİN KANUNLARINDA FİRAR SUÇLARI

A- 1632 SAYILI ASKERİ CEZA KANUNUNDA FİRAR SUÇLARI

1- Genel Olarak

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda²⁵ görev gereği bulunduğu yerden ayrılma veya görevi gereği bulunması gereken yerde bulunmama hareketlerini içeren firar suçları birden fazla maddede düzenlenmiştir. Bundan dolayı "firar suçları" şeklinde çoğun ifade kullanmak doğru bir seçim olacaktır. AsCK'nın, "*Vazife ve memuriyete gitmeyenlerin cezaları*" başlıklı 65'nci maddesi, "*Firar ve cezası*" başlıklı 66'nci maddesi, "*Yabancı memlekete firar edenlerin cezaları*" başlıklı 67'nci maddesi, "*Düşman tarafına, düşman karşısında, mahsur mevkinden kaçanların cezası*" başlıklı 69'ncü maddesi, "*Sözleşerek firar ve cezası*" başlıklı 70'nci maddesi, "*Tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak*" başlıklı 76'nci maddesi ve "*Göz veya oda hapsi ceza yerinden kaçmak, infaz şartlarına uymamak, kaçmaya aracı olmak*" başlıklı 77'nci maddesi, AsCK'da düzenlenen ve görev yerinden ayrılmayı veya görevi gereği bulunması gereken yerde bulunmamayı yaptırım altına alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerden 66'nci maddede yer alan düzenlemeyi "*Genel Firar Suçu*" başlığı altında, diğer düzenlemeleri ise "*Özel Firar Suçları*" başlığı altında inceleyecek ve 1930 yılından itibaren yapılan değişiklikleri, değişiklik ile amaçlanan hususları da ortaya koyarak izah etmeye çalışacağız.

2- Genel Firar Suçu

Genel firar suçunu düzenleyen AsCK'nın 66'nci maddesi, 1632 sayılı AsCK'nın kabul edildiği tarih olan 22 Mayıs 1930 tarihinden itibaren iki kez değişikliğe uğramıştır.²⁶ İlk değişiklik 22 Aralık 1934 tarih

²⁴ Topal, s. 9; Akdeniz, s. 9.

²⁵ 22.05.1930 tarihinde kabul edilmiş olup 15.06.1930 tarih ve 1520 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁶ Maddenin ilk metni şu şekildedir;

Firar ve cezası

Madde 66 – 1) Aşağıda yazılı askerî şahıslar altı aydan üç seneye kadar hapsolunur ve yeniden asker edilir.

a) Kıt' asından veya vazifenin isbatı vücut etmeğe mecbur ettiği mahalden izinsiz altı günden fazla uzaklaşanlar;

ve 2632 sayılı Kanun'un²⁷ l'inci maddesi ile yapılmıştır ve maddenin 2'nci fıkrasının (a) bendi "*Suçlu, silâh, mühimmat ve bunların teçhizat veya nakil vasıtalarından ve hayvanlardan birini veya ordu hizmetlerine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmüş ise*" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik sadece terimsel bir değişiklik olarak kalmamış, nitelikli hâlin kapsamı genişletilmiştir. Nitekim bu kapsamda; "*araba*", "*nakil vasıtasına*"; "*levazımdan*" bir şey ise "*ordu hizmetine tahsis edilmiş herhangi bir şeyi*" ifadesine dönüştürülmüştür.²⁸

Maddeye son şekli ise 14 Haziran 1989 tarih ve 3574 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile verilmiştir. Söz konusu değişiklikle maddenin l'inci fıkrasında yer alan "*ve yeniden asker edilir.*" ifadesi madde metninden çıkarılmıştır. Değişikliğe gerekçe olarak, yeniden asker etme uygulaması ile beraber kıt'aların disiplin kabul etmez kişilerle uğraşması sonucu askerî disiplinin bozulduğu gösterilmiştir.²⁹ Kanunun gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla kanun metninin uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar esas alınarak, bozulan disiplinin tesisi amacıyla kanun değişikliğine gidilmiştir. Askerî Ceza Kanunu'nun uygulamasında fer'i ceza olarak kabul edilen "*yeniden asker etme*" uygulamasının, Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere şerefli bir vatan görevi olarak kabul edilen askerliğin ve Peygamber ocağı olarak kabul edilen kıt'alardaki görevlerin bir ceza olarak uygulanması amaca aykırı olacaktır. Nitekim Milli Savunma Komisyonu da, 01 Mart 1989 tarih ve 19 numaralı Kararında; "*Biz Türkler için kutsal bir vatan görevi olarak kabul ettiğimiz askerliğin bir ceza olarak uygulanamayacağı görüşüne katılan Komisyonumuz yaptığı müzakereler sonucu teklifin tümünü prensip olarak kabul ederek*

b) İzin müddetini mazeretsiz altı gün geçirenler;

2) Aşağıda yazılı hâllerde hapis cezası bir seneden aşağı olmaz;

a) Suçlu, silah, mühimmat ve bunların teçhizatından, araba ve hayvanlarla levazımdan bir şeyi de beraberinde götürmüş ise;

b) Suçlu hizmet yaparken kaçmış ise;

c) Suçlu mükerrir ise;

3) Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir.

²⁷ 27 Aralık 1934 tarih ve 2891 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁸ Bkz.: Degirmenci, s. 271; Demirağ, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, s. 208; Demirağ, Fahrettin, *Askerî Ceza Kanunu*, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000, s. 66, 67.

²⁹ "1. 1632 Sayılı Askerî Ceza Kanunu, kotasından firar edenler veya mazeretsiz olarak izin müddetini 6 günden fazla geçirenlere kademeli olarak hapis cezası tertip etmektedir. Firar ve izin tecavüzü suçlarında ayrıca firar ve izin tecavüzünde bulunduğu tarihe kadar ki yapmış olduğu askerliğin sayılmayarak, 'yeni baştan askerlik' fer'i cezası uygulanmaktadır.

2. Bu katı ve çağdaş olmayan ceza sistemi, kendiliğinden 'kronik firariler' doğurmuş; bu sistemle kıtalar, iflah olmaz bir şekilde, marazi, yaşlı, çok defa diğer suçlarla irtibatlı, disiplin kabul etmez 'hasta' tiplerle uğraşır olmuştur. 'Nasıl olsa bu askerlik bitmez' anlayışı ile mükerrir firarlarla askerî makamlar yıllardır meşgul olagelmışlerdir. Bu tipler gayet doğal olarak askerî disiplini de bozmaktadır." (14 Haziran 1989 tarih ve 3574 sayılı Kanun Gerekçesi, bkz.: Demirağ, *Askerî Ceza Kanunu*, s. 328).

*maddelerin görüşmesine geçmiştir.*³⁰ demek suretiyle, bu hususa vurgu yapmıştır. Askerlik mesleğinin kutsallığına vurgu yapan bir rasyonelleştirmeyi, Belçika, İtalya ve İspanya'nın, disiplin yaptırımı olarak para cezası uygulamamasında da görmekteyiz. Nitekim bu ülkelerde, askerlik mesleğinin asli motivasyonunun para kazanma olmadığından hareketle, para cezası uygulamasının disiplin yaptırımı olarak anlamsızlığı vurgulanmaktadır.³¹

3574 sayılı Kanun ile suçun basit şekli için ceza alt sınırı altı aydan bir seneye çıkarılmıştır. Kanun gerekçesinden anlaşıldığı itibari ile değişikliğin nedeni, *'yeni baştan askerlik'* ferî cezasının kaldırılmasıdır. Ayrıca Adalet Komisyonu tarafından, Kanun Teklifi ile kanunlaştırılmak istenen *"altı gün veya daha fazla"* ibaresi, *"altı günden"* şeklinde değiştirilmiştir. Adalet Komisyonu tarafından yapılan bu değişiklikle anlaşılan, Kanun Koyucunun firar suçunun oluşumu bakımından *"altı gün"* uzaklaşmayı kabul etmediği, uzaklaşmanın *"altı günden fazla"* olması gerektiğidir. Adalet Komisyonunda yapılan bu değişiklik, firar suçu bakımından askeri mahkemeler uygulamasını da etkilemiş ve görev yerinden uzaklaşmada, suçun oluşabilmesi için 6 gün + 24 saatin geçmesi aranmıştır.

Genel firar suçuna ilişkin uygulamaya bakıldığında, özellikle askeri mahkemeler ve kapatılan Askerî Yargıtay'ın uygulamaları ile firar suçunun şekillendiği görülmektedir. Firar suçunu düzenleyen 66'ncı maddeye göre firar iki şekilde oluşur; kişinin kıt'asından veya görevi gereği bulunmak zorunda olduğu yerden uzaklaşması suretiyle veya usulüne uygun olarak ayrılmış olduğu izin, istirahat veya dava değişiminden dönmek suretiyle. Askerî Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, asker kişinin kıt'asından veya görevi gereği bulunmak zorunda olduğu yerden uzaklaşmasının firar; usulüne uygun olarak ayrılmış olduğu izin, istirahat veya hava değişiminden dönmemesinin ise izin tecavüzü olarak isimlendirildiği görülmektedir.³² Kanunda böyle

³⁰ Demirağ, *Askerî Ceza Kanunu*, s. 329.

³¹ Nolte, Georg / Krieger, Heike, *Comparison of European Military Law Systems*, in: *European Military Law Systems*, Edited by Georg Nolte, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, s. 138.

³² "...günlük çarşı izinleri sonunda birliğine katılması gereken ancak katılmayan asker kişilerin eylemlerinin "Firar" suçunu oluşturduğu, Askerî Yargıtay'ın yerleşmiş kararları ile kabul edildiğinden (As. Yrg. Drl. Krl. 22.2.1990 gün ve E. 33, K. 31, As. Yrg. İçt. Brl. Krl.nun 16.12.1949 gün E. 1112, K. 2331), ayrıca; firar suçu mazeret kabul etmeyen suçlardan olduğundan, Sanığın sübuta eren eylemini firar suçu olarak niteleyen ve unsurları itibari ile oluştuğunu kabul eden yerel mahkeme hükmünde isabet görülmüştür." (As. Yrg. Drl. Krl., 13.4.2000, 86/81).

"Evcî izni; yasadâ öngörülen anlamda bir izin olmayıp, ilgililerin aynı garnizonda bulunan yakınlarının yanına yatıya çıkmalarını temine matuf bir nev'î müsaade olup, Gölcük ile İstanbul'un aynı garnizon içinde mütalaa edildiği, şimdiye kadar ki uygulamanın da bu merkezde olduğu gerçeği karşısında, evcî izin belgesi ile Gölcük'teki görevli bulunduğu gemiden İstanbul'a evcî iznine gönderilen sanığın bu zinden zamanında gemisine dönmemesi izin tecavüzü olmayıp, firardır". (As. Yrg. Drl. Krl., 01.12.1988, 201/157)

bir ayırım olmamasına rağmen Askeri Yargıtay tarafından uygulama kolaylığı olduğundan dolayı böyle bir tasnif yapıldığı düşünülmektedir.

Firar suçunun oluşması için AsCK m. 66/1-a bakımından 7 tam gün, AsCK m. 66/2-a bakımından ise 6 tam günün geçmesi gereklidir. Öğretide mehil süresi olarak da isimlendirilen³³ bu sürenin tamamlanmaması durumunda, AsCK m. 68 uygulama alanı bulmaktadır. Öncelikle belirtelim ki, Askeri Yargıtay'ın 03.03.1971 tarih ve 1971/1-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre gün unsuru, kıtasından ayrılma anından veya dönmesi gereken zamandan itibaren 24 saat sonunda oluşacaktır. Dolayısıyla 24 saate kadar kıtasından ayrılma veya görev yerine dönülmemesi durumunda tipik eylem oluşmayacaktır. 24 saatin geçmesinden veya başka bir anlatımla gün unsurunun oluşmasından itibaren mehil süresi içerisinde yakalanma durumunda AsCK m. 68, kendiliğinden gelme durumunda ise disiplin hükümleri uygulanacaktır.

Firar suçu, Askeri Yargıtay uygulamalarında haklı olarak mütemadi suç olarak değerlendirilmiştir. Nitekim mehil süresinin dolması üzerine (6 veya 7 tam gün) suç oluşmakta, ancak kişi yakalanana veya kendiliğinden gelene kadar suç oluşturan hareket devam etmektedir. Mütemadi suçta, haksızlık belli ve makul bir zaman aralığından, failin iradesiyle devam etmektedir.³⁴ Her suçta bir neticenin bulunduğu kabulünden hareket eden yazarlar, mütemadi suçta neticenin veya hareket ile birlikte neticenin devam ettiği görüşündedirler.³⁵ Özellikle final hareket teorisini benimseyen ve her suçta zorunlu bir neticenin olduğunu kabul etmeyen yazarlar ise mütemadi suçta devam edenin netice değil, suçun kanuni tanımında gösterilen hareket olduğunu savunmaktadırlar.³⁶ 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasanın 145'nci maddesinin ilga edilmiş olması karşısında görevine son verilen askeri yargının görev alanına giren suçlara adli yargının bakmasından sonra, firar suçunun mütemadi değil ani bir suç olduğuna ilişkin görüş ağırlık kazanmıştır.³⁷

³³ Duran, Gökhan Yaşar, "Askeri Ceza Kanununda Firar ve İzin Tecavüzü Suçları (AsCK m. 66)", BÜHFD, C. 14, 2019, s. 529 vd.

³⁴ Yerdelen, Erdal, "Mütemadi Suç", TAAD, S. 18, 2014, s. 117.

³⁵ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, Der Yayıncılık, İstanbul, 1997, 14. baskı, s. 519; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 3. baskı, s. 255.

³⁶ Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 12. baskı, s. 123.

³⁷ "Askeri Ceza Kanununun 66. maddesinde düzenlenen firar suçunun temadi eden suçlardan olmayıp, ani suç olduğuna ve birliğe dönülmesi gereken tarihten itibaren 6 gün sonra bu suçun oluştuğuna ilişkin Yargıtay'ın yerleşik görüşü doğrultusunda..." Y7CD, 20.02.2007, 2006/6137, 2007/917; benzer şekilde Y19CD, 28.01.2016, 113/824. Bölge Adliye Mahkemeleri de aynı doğrultuda kararlar vermiştir. "Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında firar suçunun, mütemadi bir suç olmayıp, ani bir suç olarak kabul edildiği..." Erzurum BAM 5CD, 10.07.2018, 3098/1267. Bununla birlikte Bölge Adliye Mahkemelerinden farklı kararlar da çıkmaktadır; "... izin tecavüzü suçunun mütemadi bir suç olmasına rağmen..." İzmir BAM 11CD, 10.05.2018, 2480/1328.

Mehil içinde yakalanma durumunun düzenlendiği AsCK m. 68, ilk bakışta bağımsız bir suç gibi görünmese de, unsurları incelendiğinde, AsCK m. 67 ve 68'den farklı ve bağımsız bir suç olduğu anlaşılmaktadır.³⁸ Mehil içinde yakalanma suçu olarak isimlendirdiğimizden dolayı AsCK m. 68'in tarihsel gelişimi de incelenmelidir.

AsCK m. 68'in, 1632 sayılı Kanunun ilk metninde tek fıkra halinde düzenlendiği görülmektedir. “*Mehil içinde yakalananların veya kendiliğinden gelenlerin cezaları*” başlıklı maddenin metni şu şekildedir; “66, 67 maddelerde yazılı olan mehiller içinde yakalanan askeri şahıslar üç aya kadar hapis ve kendiliğinden gelenler kısa hapis cezası ile cezalandırılırlar”. Maddede öncelikle zımni bir ilga yapılmıştır. Nitekim 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Yargılama Usulleri, Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un³⁹ 64'üncü maddesi uyarınca; “*Askeri Ceza Kanununun bu kanunun cezalandırdığı suçlara ait hükümleri ve diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri disiplin mahkemelerinin kurulup fiilen göreve başladıkları tarihte yürürlükten kalkacaktır*”. Bu kapsamda, 477 sayılı Kanun'un 50'nci maddesi ile kotasından veya görev yerinden kaçanlardan altı gün içinde kendiliğinden gelenler ve izin süresini özürsüz olarak altı güne kadar geçirenlerin eylemi disiplin suçu haline getirildiğinden dolayı, AsCK m. 68'de yer alan “*ve kendiliğinden gelenler*” ibaresi, 477 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi uyarınca zımnen ilga olmuştur.

Maddede yapılan ikinci değişiklik 22 Mart 2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun⁴⁰ ile olmuştur. Kanun'un 13'ncü maddesi ile AsCK m. 68'de yer alan ceza artırılmış, madde metnine eklenen fıkrada yer alan nitelikli hallerden birinin varlığı halinde gün unsurunun aranmayacağı ifade edilmiştir. Değişikliğin nedenine baktığımızda, Kanun'un gerekçesinde sadece ceza miktarının artırılmasının gerekçesinin verildiğini görmekteyiz. Buna göre üç aya kadar hapis cezası, alt sınırı belirtilmiş ve üst sınırı altı aya çıkarılarak, eylemin karşılığında iki aydan altı aya kadar hapis cezası belirlenmiştir. Cezanın artırılmasının nedeni olarak, AsCK m. 66 ve 67'de yer alan suçların cezalarında yapılan artış gösterilmiştir. AsCK'nın 68'nci maddesine, 4551 sayılı Kanunla eklenen alt sınırın nedeni ise Genel Gerekçede gösterilmiştir. Buna göre; “*1930'lu yılların geleneği gereği, cezaların sadece üst sınırı tayin edilmiş ve alt sınırı gösterilmemiştir. Mahkemelerin temel cezayı tayinde takdir hakları bulunmakla beraber, bu takdir Askerî Yargıtay denetimine tabi kalmakta ve asgari hadd*

³⁸ Duran, s. 534; Değirmenci, s. 282 vd.; Demirağ, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu*, s. 225.

³⁹ 16 Haziran 1964 tarihinde kabul edilmiş olup, 26.6.1964 tarih ve 11738 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁰ 4551 sayılı Kanun 21.08.1992 tarihinde Başbakan Süleyman Demirel, 31.05.1996 tarihinde Başbakan Mesut Yılmaz tarafından tasarı olarak TBMM'ne sevk edilmiş ancak her iki tasarı da Meclis gündemine alınmadığından dolayı kadük olmuştur. Bunun üzerine aynı tasarı 22.06.1999 tarihinde Başbakan Bülent Ecevit tarafından yenilenmiş ve kanunlaşmıştır.

*uzaklaşma hali çoğu kez bozma sebebi olmaktadır. Dolayısıyla hüküm mahkemeleri üç veya beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçtan ötürü yedi gün hapis cezası tayin etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalmakta ve uygulama bu yolda gerçekleşmektedir.*⁴¹

“Gün unsuru aranmaz” ibaresinin eklenmesinin gerekçesi Tasarıda yer almamaktadır. Bununla birlikte Askeri Yargıtay’ın 03.03.1971 tarih ve 1971/1-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile AsCK m. 68’de yer alan mehil içinde yakalanma suçunun oluşabilmesi için uzaklaşma anından itibaren en az 24 saatin geçmesi gerektiğinin aranması, birliğinden kaçtıktan sonra 24 saat içinde yakalanan ve askeri disiplini ciddi şekilde bozan kişilerin eyleminin disiplin hukukunun sınırları içinde kalmasına neden olmaktadır. Bundan dolayı maddeye “gün unsuru aranmaz” hükmü eklenmek suretiyle, Kanun’un 2’nci fıkrasında yer alan seçimlik olarak düzenlenen iki nitelikli halden birinin varlığı durumunda, kaçma anından itibaren 24 saat içinde yakalanmış olsa bile eylem askeri suç teşkil edecektir. Kanun’un 2’nci fıkrasında yer alan iki nitelikli halin madde metnine eklenmesinin nedeni olarak, her iki halin askeri hizmetin devamı bakımından daha büyük tehlike yaratması ihtimali olduğunu düşünmekteyiz.

3- Özel Firar Suçları

a- Yurtdışına Firar (AsCK m. 67)

Askeri Ceza Kanunu’nun 67’nci maddesinde “*Yabancı memlekete firar edenlerin cezaları*” başlığı altında özel bir firar suçu düzenlenmiştir.⁴²

⁴¹ <https://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0378.pdf>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 01 Mart 2020.

⁴² Yabancı memlekete firar edenlerin cezaları:

Madde 67 – 1- Aşağıda yazılı askerî şahıslar, yabancı memlekete kaçmış sayılarak iki seneden beş seneye kadar hapsolunurlar ve yeniden asker edilirler;

A) İzinsiz vatan hudutlarından dışarı çıkan askerî şahıslar gaybubetleri gününden üç gün sonra,

B) Esaret hali bittikten sonra kasten veya ihmal ile bir kıt’aya veya bir askerî makama hemen müracaat etmeyenler,

C) Vatan hudutları dışarısında bir gemiden, bir tayyareden ayrı düşüp te bir türk harp gemisine veya en yakın Türkiye Konsolosluğuna veya müttefik bir hükûmet makamlarına kasten veya ihmal ile müracaat etmeyenler,

2 – Seferberlikte (A) fıkrasındaki mehil bir güne iner.

3 – Aşağıda yazılı hallerde yabancı memlekete firar cezası beş seneden az olmamak üzere on seneye kadar artırılır.

A) Suçlu; silâh, mühimmat, teçhizat, araba ve hayvanları ile bunların levazımından bir şeyi beraberinde götürmüş ise,

B) Suçlu hizmet yaparken kaçmış ise;

C) Mükerrir ise;

D) Suçlu seferberlikte kaçmış ise;

AsCK m. 67'de düzenlenen suç ilk kez 22 Aralık 1934 tarih ve 2632 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Maddenin, nitelikli hâlini düzenleyen 3'üncü fıkrasında değişikliğe gidilmiştir. 3'üncü fıkranın (A) bendinde yer alan, “Suçlu; silâh, mühimmat, teçhizat, araba ve hayvanları ile bunların levazımından bir şeyi beraberinde götürmüş ise” düzenlemesi, “Suçlu; silah, mühimmat ve bunların teçhizat veya nakil vasıtalarından ve hayvanlardan birini veya ordu hizmetlerine tahsis edilen herhangi bir şeyi beraberinde götürmüş ise” şekline çevrilmiştir. 2632 sayılı Kanun, aynı zamanda AsCK m. 66'da da değişiklik yaptığından dolayı bir üst başlık altında yaptığımız açıklamaları tekrar etmekle yetineceğiz.

Maddede ikinci değişiklik 14 Haziran 1989 tarih ve 3574 sayılı Kanun ile yapılmıştır.⁴³ Değişiklik ile suçun basit şekli için öngörülen iki seneden beş seneye kadar hapis cezasının alt sınırı üç seneye çıkarılmıştır. Ayrıca “yeniden asker edilme” hususu madde metninden çıkarılmıştır. 3574 sayılı Kanun ile maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekilde olmuştur; “Aşağıda yazılı askeri şahıslar, yabancı memlekete kaçmış sayılarak üç yıldan beş yıla kadar hapsolünurlar.”

22 Mart 2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun ile madde metni üç fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir.⁴⁴ 4551 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesi ile AsCK m. 67 değiştirilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçelerine yukarıda yer verdiğimizden tekrar etmeyeceğiz. Bununla birlikte gerekçede yer almayan veya değinilmesi ihmal edilen değişikliklerin de yapıldığı görülmektedir.

4 – Üçüncü fıkrada yazılı suçlu subay ve askerî memur ise cezanın azamî haddi verilir. (Madde metninde yer alan imla hataları ve yazım yanlışları Resmî Gazete'de yayımlanan hali muhafaza edilmek istendiğinden düzeltilmemiştir.)

⁴³ 14 Haziran 1989 tarihinde kabul edilmiş, 17 Haziran 1989 tarih ve 20198 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁴ Madde 67. - Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

A) Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler,

B) Ülke sınırları dışındaki bir askerî birlik veya görev yerinden, deniz veya hava aracından kaçıp da bu durumda üç günü geçirenler,

C) Ülke sınırları dışındaki bir askerî birlikten, deniz veya hava aracından herhangi bir nedenle ayrı düşüp de askerî veya sivil bir Türk resmî makamına veya müttefik devlet makamlarına özürsüz olarak müracaat etmeksizin üç günü geçirenler,

D) Harp esiri iken serbest bırakılıp da askerî veya sivil bir Türk resmî makamına veya müttefik devlet makamlarına teslim olmak üzere harekete geçme imkânı doğduğu halde, özürsüz olarak hareketsiz kalan ve bu durumda üç günü geçirenler.

Aşağıda yazılı hallerde beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir.

A) Fail beraberinde silah, mühimmat, savaş araç veya gerecini götürmüş ise,

B) Fail hizmet yaparken kaçmış ise,

C) Fail mükerrir ise.

Seferberlik ve savaş halinde, bu maddede yazılı mehil bir güne iner. Bu maddedeki suçtu seferberlikte işleyenlere yedi seneden, savaş halinde işleyenlere ise on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Öncelikle l'inci fıkrada yer alan seçimlik hareketlerden birinde değişiklik yapılmıştır. Birinci fıkrada yer alan ilk seçimlik hareket, ülke sınırları dışına izinsiz çıkılması ve 3'üncü günün dolmasından itibaren suçu oluşturmaktaydı. Ancak 4551 sayılı Kanun ile “*yabancı ülkeye gitme müsaade belgesi bulunması*” tipik hareket olmaktan çıkarılmıştır. Madde ilk okunduğunda, izinli olsa dahi ibaresinin arkasından yabancı ülkeye gitme müsaade belgesinin bulunmamasının getirilmesinin anlamsız olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte buradaki düzenleme TSK'nın izin sistemi ile uyumlu bir ifadedir. Nitekim izin belgesi kişinin ülke sınırları içinde iznini geçirmesi için düzenlenmesi gerekli bir belge iken ülke sınırları dışına çıkmak isteyenler bakımından “*yabancı ülkeye gitme müsaade belgesi*” bulunması gereklidir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonra iptal edilecek düzenlemeye göre, ülke sınırları içerisinde kişi izinli olsa dahi, ülke dışına çıkması için ayrı bir müsaade belgesi yoksa diğer şartların da varlığı hâlinde AsCK m.67'de yer alan suç oluşabilecektir.

AsCK m. 67, ülke içinde bulunan bir kişinin müsaade belgesi olmaksızın ülke sınırları dışına çıkarak üç günü geçirmesini suç olarak düzenlemiştir. Ancak ülke sınırları dışında bir görev yerinde olan kişinin görev yeri sınırları dışına çıkması hâli, AsCK m. 67'de düzenlenmediğinden dolayı, AsCK m. 66'daki düzenlemeye tabi olmaktaydı. Bu boşluğun doldurulması için ülke sınırları dışındaki bir askeri birlikten, deniz veya hava aracından veya görev yerinden kaçarak üç günü geçirme hareketi de, AsCK m. 67'ye seçimlik bir hareket olarak eklenmiştir. Belirtilen hareketi gerçekleştiren asker kişinin, birliğinden, deniz veya hava aracından ayrıldıktan sonra Türk sınırlarından Türkiye'ye giriş yapması suçun nevinin değiştirmeyeceği⁴⁵ gibi, yurt dışında birliğinin bulunduğu yerde üç günlük süreyi geçirmesi durumunda da suç oluşacaktır.⁴⁶

⁴⁵ “Yurtdışında bulunan askerî birlikten, deniz veya hava ulaşım aracından firar edilmesinin birliğin dayanışma, muharebe, moral ve motivasyon gücünü olumsuz bir biçimde etkileyebileceğini öngören Kanun Koyucu, bu yönde ortaya çıkabilecek eğilimleri ve yasal boşlukları dikkate alarak, ülke sınırları dışındaki askeri birlik ya da görev yerinden, deniz veya hava aracından firar edilmesini, yurt dışına firar suçunun özel bir işleniş biçimi olarak düzenlemiştir.

AsCK'nın 67/1-B maddesi, ülke sınırları dışındaki askerî birlikten ya da görev yerinden firar edilerek, bu durumda üç günün geçirilmesini yabancı ülkeye firar suçunun oluşumu için yeterli gördüğünden, firar eden asker kişinin vatanına ya da bir başka ülkeye gitmek amacıyla hareket edip, etmediği hususunun suçun teşekkülüne herhangi bir tesiri bulunmamaktadır...

İncelenen dosyaya göre, Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup bir asker olması sebebiyle Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde konuşlandırılan bir askerî birlikte görev yapan sanık P.Er E.A.'nın 30.05.2007 tarihinde birliğini izinsiz terk edip, üçüncü günün bitiminde kıtasına geri dönmeyerek AsCK'nın 67/1-B maddesinin belirlediği anlamda yurt dışına firar suçunu işlediğinin kabulü gerekmektedir.” (As.Yrg.Drl.Krl., 14.05.2009, 79/68; Yayınlanmamıştır).

⁴⁶ “Yabancı memlekete firar suçunun özel bir işleniş biçimi olarak düzenlenen AsCK'nın 67/1-B maddesine göre, ülke sınırları dışındaki askerî birlikten ya da görev

4551 sayılı Kanun ile AsCK m. 67'de yer alan iki seçimlik hareket bakımından suçun oluşması için mehil (3 gün) eklenmiştir. 4551 sayılı Kanun değişikliğinden önce “*Esaret hali bittikten sonra kasten veya ihmâl ile bir kıt'aya veya bir askerî makama hemen müracaat etmeyenler*” ve “*Vatan hudutları dışarısında bir gemiden, bir tayyareden ayrı düşüp te bir türk harp gemisine veya en yakın Türkiye Konsolosluğuna veya müttefik bir hükümet makamlarına kasten veya ihmâl ile müracaat etmeyenler*” bakımından bir süre şartı yoktu. 4551 sayılı Kanun ile “ülke sınırları dışındaki bir askeri birlikte, deniz veya hava aracından herhangi bir nedenle ayrı düşenler” ve “harp esiri iken serbest bırakılanların” müracaat etmesi gereken süre 3 gün olarak belirlenmiş, 3 günün geçirilmesi durumunda eylem AsCK m. 67 kapsamında değerlendirilmiştir.

Son olarak 4551 sayılı Kanun ile failin subay ve askeri memur olması durumunda cezanın artırılmasına ilişkin nitelikli hal madde metninden çıkarılmıştır.

AsCK m. 67, firar suçunu düzenleyen AsCK m. 66'ye göre bağımsız bir suç olmasına rağmen, her iki suç bakımından korunan hukuki yararın benzerliği göz önüne alındığında, eylemlerin karşılığı olan yaptırımlar arasındaki orantısızlık göze çarpmaktadır. Nitekim AsCK m. 66'da yer alan firar suçunun temel şeklinin cezası 1 yıldan üç yıla kadar hapis iken, AsCK m. 67 soyut cezanın hem alt hem de üst sınırını artırmak suretiyle, cezayı üç yıldan beş yıla kadar hapis şeklinde belirlemiştir. Düzenleme somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, AsCK m. 67'nin birinci fıkrasının (A) bendinin, suç olarak kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı gerekçesi ile iptaline karar vermiştir.⁴⁷ Anayasa

yerinden firar edilerek, bu durumda üç günün geçirilmesi yabancı ülkeye firar suçunun oluşumu için yeterli olup, firar eden asker kişinin vatanına ya da bir başka ülkeye gitmesinin suçun oluşumuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, KKTC'deki birliğinden 31.08.2009 günü gönderildiği çarşı izninden dönmeyerek firar eden sanığın, 10.09.2009 tarihine kadar Kıbrıs'ta kaldıktan sonra birliğine teslim olması şeklindeki eyleminin, yabancı memlekete firar suçu olarak vasıflandırılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” (As.Yrg.3.D., 25.01.2011, 69/69; Askeri Yargıtay Dergisi, S.: 25, Y.: 2011, s. 76-77).

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 05.04.2005 tarih ve E. 2004/100, K. 2005/16; 18.11.2005 tarih ve 25997 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. “V - ESASIN İNCELENMESİ Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A - İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde firar suçu, kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak olarak tanımlanmış, 5080 sayılı Yasa ile değişik 67. maddesinin birinci fıkrasında da “Aşağıda yazılı fiilleri işleyen asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar” denildikten sonra yabancı ülkeye kaçma eylemleri A-D bentlerinde düzenlenmiştir. Bunlardan itiraz konusu (A) bendinde herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı

ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenlerin eylemleri, yabancı memlekete firar sayılmıştır. Askeri Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde ise firar, izin tecavüzü, yabancı memlekete firar ve sözleşerek firar suçlarını işleyenler hakkında kaçak, kaçtığından altı hafta içinde kendiliğinden geri gelirse bu suçlardan verilecek cezaların yarısına kadar indirileceği öngörülmüştür. Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, "İzinsiz vatan hudutlarından dışarı çıkan askeri şahıslar gaybubetleri gününden üç gün sonra" biçiminde iken 4551 sayılı Yasa ile birinci fıkrada öngörülen unsurlarda ve ceza süresinde bir değişiklik yapılmaksızın "Herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenler" şeklinde değiştirilmiştir. Bu kurala yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin, 21.01.2004 tarihli ve E: 2002/166, K: 2004/3 sayılı kararıyla Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi, suç olarak kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve iptal edilen kuralın Anayasa'nın 13. ve 23. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir. Bu karar Resmî Gazete'de yayımlanmadan önce Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendini değiştiren ve yürürlüğe giren 5080 sayılı Yasa ile, suçun unsurlarında bir değişiklik yapılmadan yurt dışına firar suçuna uygulanacak hapis cezasının alt sınırı üç yıldan bir yıla indirilmiştir. Bu suretle, yasanın genel ve madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, yabancı memlekete firar suçundan mahkum olanların ceza mahkumiyetinin sonucu olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası ile cezalandırılmaları önlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre de, yabancı memlekete firar suçunun maddi unsuru, izinli veya raporlu olursa dahi yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yasal veya yasa dışı yollarla yurt dışına çıkma ve yurt dışında üç gün geçirmedir. Suçun manevi unsuru ise, yurt dışına çıkma için ayrı bir izin alınması gerektiği bilindiği halde bu izin alınmadan bilerek ve isteyerek yurt dışına çıkma iradesidir. Bu unsurun oluşup oluşmadığının her olayda yargılamayı yapan mahkemece değerlendirileceği açıktır.

B - Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerde, seyahat hürriyetinin temel hak ve özgürlüklerden birisi olarak düzenlendiği, temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama sebeplerinin Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kaldırılmış olması nedeniyle, Anayasa'nın 23. maddesinde düzenlenen seyahat hürriyetinin ancak özel sınırlama sebepleriyle sınırlanabileceği, bu maddede özel sınırlama sebepleri olarak sadece vatandaşlık ödevi, ceza soruşturması ve kovuşturmasının öngörüldüğü, Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının özel konumlarının söz konusu olduğu durumlarda Anayasa'nın 67., 76., 129. ve 137. maddelerinde olduğu gibi özel düzenlemelerin yapıldığı, Anayasa'nın 23. maddesinde asker kişilere ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığı ve asker kişiler açısından ek olarak herhangi bir sınırlama getirilmediği, bu nedenlerle seyahat hürriyetine asker kişiler açısından ek kısıtlama getiren itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararname ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verilebileceğinden itiraz konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlanabileceği, 23. maddesinin beşinci fıkrasında vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle

Mahkemesi'nin 21.01.2004 tarih ve E. 2002/166, K. 2004/3 sayılı kararı, Resmi Gazete'de yayımlanmadan önce 22 Ocak 2004 tarih ve 5080 sayılı Kanun ile AsCK'nın 67'nci maddesi değiştirilerek, suçun cezası bir seneden beş seneye kadar hapis şeklinde düzenlenmiştir.

Seyahat maksadıyla yabancı ülkeye gitmek isteyen askerî personel müsaade belgesi almak zorundadır. Müsaade belgesi almaksızın ülke sınırları dışına çıkan ve bu durumda üç günü geçiren askerî personel yabancı ülkeye firar suçunu işlemiş olacaktır. Asker kişilerin, izinde buldukları zamanda ülke sınırlarını terk etmesi ve ülke sınırları dışında üç günü geçirmesi durumunda AsCK m. 67'de belirtilen yurt dışına firar suçunun oluşup oluşmayacağı konusunda Askerî Yargıtay daireleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır.⁴⁸

sınırlanabileceği öngörülmüş, 38. maddesinde de suç ve cezalara ilişkin esaslar belirlenmiştir.

Serbestçe yer değiştirme olarak nitelendirilebilecek seyahat hürriyeti yurt içi ve yurt dışı seyahati kapsamaktadır. Mevzuatımızda yurt dışına çıkma ve yurda girme işlemleri 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan Yasa'nın 2. maddesine göre, Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş ve çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar. Bu zorunluluk, seyahat özgürlüğünün kullanımında evrensel bir şekil şartı olduğu gibi, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplini ve askerlik hizmetlerinin gerekleri yurt dışına çıkmak isteyen asker kişiler için buna ek olarak bazı esaslar tespit edilmesini zorunlu kılabılır. İdarenin, savunma hizmetlerinin planlanması ve yürütülmesi için ne kadar askerî personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunu bilmesi gerekebilir. Nitekim, 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 127. maddesinde yurt dışı izinlerinin esasları düzenlenmiş ve bu izni vermeye yetkili makamlar belirlenmiştir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında sivil vatandaşların yerine getirmek zorunda oldukları şekil şartlarına ek olarak, mevzuatta belirtilen bazı biçimsel şartları yerine getirmek zorunda olmaları farklı hukuksal konularının sonucudur.

Asker kişilerin yurt dışına çıkışta izin rejimine tabi olmaları ve bu kurala aykırı davranarak yurt dışına çıkan ve orada üç gün geçirenlerin eylemleri itiraz konusu kuralla yaptırıma bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisini haizdir. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğinin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir.

Bu nedenle itiraz konusu kuralı ihlal eden failerin eylemleri için ceza yaptırımını öngörülmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 23. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.”

⁴⁸ Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, önceki tarihli bir kararında yıllık izinde olsa dahi, yurt dışına çıkma müsaade belgesi bulunmaksızın ülke sınırlarının geçilmesi durumunda AsCK m. 67'de yer alan suçun oluşacağı düşüncesindedir. Buna karşılık Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesi, özellikle 2010 Anayasa değişikliğinden sonra AsCK'nın 67/1-A bendininin Anayasaya aykırı olduğundan zımnen ilga olduğunu savunmaktadır.

“AsCK’nın 67/1-A maddesinde tanımlanan yabancı ülkeye firar suçunun maddi unsuru, yurt dışına çıkış izni bulunmaksızın vatan hudutlarından dışarı çıkmak ve orada en az üç günlük süreyi geçirmiş olmaktır. Dolayısıyla, suçun maddi unsuru açısından, hiç izin almadan kıtasından yurt dışına çıkmakla, yurt içinde kullanmak amacıyla izin alıp bu iznini yurt dışında geçirmek arasında fark bulunmamaktadır. Yurt dışına çıkış müsaade belgesi olmadan, ister yurt içi izin almak, isterse kıtasından izinsiz ayrılmak suretiyle yasal (pasaportla) veya yasa dışı yollardan yurt dışına çıkan ve yasanın öngördüğü süreden fazla yurt dışında kalan asker kişi, sınıfı ve rütbesi ne olursa olsun, yabancı ülkeye kaçmış sayılır...”

Bütün bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, sanığın görev yaptığı Birliğinden 21-25 Mayıs 2009 tarihleri arasında yıllık ve hafta sonu iznine ayrıldığı, iznini yurt dışında geçirmek üzere izin almadığı halde 21.5.2009 tarihinde yurt dışına çıkarak, 24.5.2009 tarihinde yurda döndüğü, 21.5.2009 (saat 13.12) – 24.5.2009 (saat 18.06) tarihleri arasında yurt dışında kaldığı dosya kapsamından mevcut delillerden anlaşıldığından, atılı suçun oluşması için AsCK’nın 67/1-A maddesinde öngörülen maddi kurucu süre unsurunun gerçekleştiği hususunda duraksama bulunmamaktadır.” (As.Yrg.Drl.Krl., 20.12.2012, 135/132; Yayımlanmamıştır).

Buna karşılık Askerî Yargıtay 4’üncü Dairesi, özellikle 2010 Anayasa değişikliğinden sonra AsCK’nın 67/1-A bendinin Anayasaya aykırı olduğundan zımnen ilga olduğunu savunmaktadır; “Sanığın, Birlik Komutanlığınca 2.6.2011 tarihinde İstanbul’a 3 gün süreli kanuni izne gönderildiği, yurt dışına çıkış izni almaksızın 2.6.2011 tarihinde saat 8.55’te İstanbul Atatürk Havalimanından uçakla ayrılıp St. Petersburg’a gittiği, 5.6.2011 tarihinde saat 23.00’da Atatürk Havalimanından yurda giriş yaptığı, dosya kapsamında bulunan delillerden anlaşılmaktadır.

Askerî Mahkemece, sanığın yabancı memlekete firar suçunu işlediği kabul edilerek yazılı olduğu şekilde mahkûmiyetine karar verilmiş ise de;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 23’üncü maddesinin son fıkrasında öngörülen, ‘Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabilir.’ şeklindeki hüküm, 12.9.2010 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilen ve Yüksek Seçim Kurulunun kararı ile 23.9.2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 7.5.2010 tarihli 5982 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesiyle, “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması ve kovuşturması sebebi ile hakim kararına bağlı olarak sınırlanabilir” şeklinde değiştirilmiş ve yurt dışına çıkmanın vatandaşlık ödevi çerçevesinde de sınırlanmasına ön alınmıştır.

Bahse konu hüküm, seyahat özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumları açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlediğinden genel nitelikte değildir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 11’inci maddesinin birinci fıkrasında, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” hükmü, 177’nci maddesinin (e) bendinde de, “Anayasa’nın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlik yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasa’nın 11’inci maddesi gereğince uygulanır” hükmü öngörülmüştür.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 23’üncü maddesinin son fıkrasında, 7.5.2010 tarihli Kanun ile yapılan değişikliğin, AsCK’nın 67’nci maddesinden sonra yürürlüğe girmiş olduğu dikkate alındığında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 23’üncü maddesinin son fıkrasında öngörülen hükmün öncelikle uygulanması gerektiği, bu hususun ayrıca gereklilik olduğu kabul edilmiştir.

Somut olayda, sanığın yurt dışında bulunduğu 2.6.2011 – 5.6.2011 tarihleri arasında, yurt dışı için alınmış olmasa da, usulü dairesince izinli olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Görüş ayrılıklarının nedeni, Anayasanın 23'üncü maddesinde yapılan değişikliktir. Nitekim AsCK'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan suçun anayasal zeminini Anayasa'nın 23'üncü maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu madde uyarınca herkes seyahat hürriyetine sahiptir ki, söz konusu maddenin kapsamına askerî personelin de girdiği izahatın varestedir. Anayasa'nın 23'üncü maddesinde yer alan hakkın sınırlanması, Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca ancak ilgili maddede yer alan sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılabilir.

Anayasa'nın 23'üncü maddesinde, 2010 değişikliğinden önce yurt dışına çıkma hürriyetinin “vatandaşlık ödevi” nedeniyle sınırlandırılabilirdiği yer almaktaydı. Bununla birlikte 7 Temmuz 2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonucu “vatandaşlık ödevi” sınırlama nedeni Anayasa metninden kaldırılmıştır. Bu bağlamda vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetinin idarenin iznine tabi kılınması mümkün değildir.

AsCK 67/1-a'da suçun oluşabilmesi için yurt dışına çıkmanın “yabancı ülkeye gitme müsaade belgesi bulunmaksızın” gerçekleştirilmesi gereklidir. Söz konusu müsaade belgesi ilgili makamlar tarafından verilen, kişinin yurt dışına çıkışına rıza gösterildiği beyanını içeren bir belgedir.⁴⁹ Söz konusu işlemin yapılmaması asker kişinin yurt dışına çıkışına müsaade edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan, asker kişinin yurt dışına çıkış işleminin izne tabi kılınması ile yurt dışına çıkışına sınırlama getirildiği açıktır. Söz konusu sınırlamanın da, Anayasa'nın 23'üncü maddesine aykırılık teşkil ettiği ve 2010 değişikliği ile Anayasa koyucunun, söz konusu hüküm ile çelişik tüm düzenlemeleri zımnen ilga ettiği kanaatindeyiz.⁵⁰

Yurt dışına çıkabilmeyi ayrıca izne (idari işleme) bağlayan ve herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçirenleri firari olarak niteleyen AsCK'nın 67'nci maddesinin (A) bendi, “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması ve kovuşturması sebebi ile hakim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.” şeklindeki Anayasa hükmüne aykırı olduğundan, AsCK'nın 67'nci maddesinin (A) bendinin zımnen ilga edilmiş olduğu, dolayısıyla, hakkında yurt dışına çıkmasının sınırlandırılmasına yönelik hakim kararı bulunmayan sanığın eyleminin, izin aşımı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Sanığın, birliğinden izinli olarak ayrılmış olduğu ve izin süresi içinde yurt dışına çıkıp, yine izin süresini geçirmeden birliğine geri dönmüş olduğu dikkate alındığında, eyleminin herhangi bir suça vücut vermeyeceği değerlendirilmiş ve mahkûmiyetine dair hükmün bozulmasına karar verilmiştir.” (As.Yrg.4.D., 10.7.2013, 1036/1021; Yayınlanmamıştır; aynı dairenin 10.7.2013, 1034/1019 sayılı ilamı da aynı yöndedir).

⁴⁹ Bu konuda Türk Silahlı Kuvvetleri İzin Yönetmeliği'nin 15'nci maddesine bakınız.

⁵⁰ Anayasalar, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile söz konusu hak ve özgürlüklerin sınırlanma koşullarını düzenlemektedir. Anayasalarda yaratılan hak ve özgürlükler, ceza kanunları ile koruma altına alınırlar. Anayasada hak olarak düzenlenen ve sınırlama sebebi gösterilmeyen bir durum, ceza kanununda suç olarak tanımlanamaz. Üst norm (lex superior) olan Anayasanın, bu konuda alt normu (lex inferiori) değiştirdiğini kabul etmekteyiz. Bu kapsamda, 2010 Anayasa değişikliği sonrasında,

Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda ifade edilen *"bir konunun Anayasada genel ve soyut bir şekilde düzenlenmesi, kendisinden önceki bir kanundaki özel ve somut bir düzenlemeyi zımnen yürürlükten kaldırması için yeterli olmayıp, konunun doğrudan, ayrıntılı, açık ve somut bir şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. / Anayasanın 23'üncü maddesinde yapılan değişiklik de, sadece vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin soyut ve genel bir düzenleme olup, ASCK'nın 67/1-A maddesinde düzenlenen yabancı memlekete firar suçuna ilişkin doğrudan, ayrıntılı, açık ve somut bir düzenlemenin varlığından söz etmek mümkün değildir."*⁵¹ şeklindeki düşüncelere de bu kapsamda katılmamakta olduğumuzu başka bir çalışmada ifade ettik. Gözden kaçırılmıştır ki Anayasalar, ilgili ülkenin pozitif hukuk sisteminin temellerinin yer aldığı felsefi zemini oluştururlar. Bu bağlamda toplumsal mutabakat metinleri olan Anayasalar, ayrıntılı, açık ve somut bir düzenleme yapmazlar. Ancak Anayasanın vatandaşlarına hak olarak tanıdığı ve sınırlama sebebi göstermediği bir durumda, kanun koyucu tarafından daha önce var olan sınırlama sebebine dayanarak yapmış olduğu işlemler zımnen ilga olmuş sayılır. Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, konuyu ceza kanunlarının zaman bakımından uygulama sorunu gibi ele almış, üst norm – alt norm ilişkisi temelinde konuya yaklaşmamıştır. Kanaatimizce Kurulun konuya yaklaşımı noktasındaki ikinci hatası yurt dışına çıkma hürriyetinin, negatif statü hakkı olduğu hususunun gözden kaçırılmış olmasıdır. Dolayısıyla söz konusu Anayasal hürriyetin kanunla engellenmesi mümkün değildir.

Anayasa değişikliğinden sonra Askeri Yargıtay daireleri arasında da görüş ayrılığına sebep olan düzenleme Donanma Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, 14 Temmuz 2016 tarih ve 2016/11 Esas 2016/132 Karar sayılı kararı ile *"Bu itibarla askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin, salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle yurt dışında üç günü geçirmelerinin itiraz konusu kuralla yabancı memlekete firar suçu olarak nitelendirilmesi ve bu eylemleri gerçekleştiren asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları hukuk devletinin gereği olan "adalet" ve "hakkaniyet" ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır."* gerekçesine dayanarak, AsCK m. 67'nin 1'nci fıkrasının (a) bendini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve yasama organına düzenleme yapma fırsatı

AsCK'nın 67/1-a maddesinin, izinli olunan sırada yurt dışına çıkma ihtimalini suç olarak düzenleyen hükmünün ilga olduğunu düşünmekteyiz. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ergül, Ozan, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir", Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, *Yıldırım Uler'e Armağan*, Lefkoşa, 2014, s. 65 – 86.

⁵¹ As.Yrg.Drl.Krl., 03.10.2013, 99/91; Yayımlanmamıştır.

tanyarak, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır.⁵²

Bunun üzerine öncelikle 05.06.2017 tarih ve 691 sayılı KHK’nın 3’üncü maddesi ile 1’nci fıkranın (a) bendi “*İzinli olduğu durumlar hariç, ülke sınırları dışında üç günü geçirenler*” şeklinde değiştirilmiştir. KHK ile getirilen bu düzenleme 31 Ocak 2018 tarih ve 7069 sayılı Kanun’un 3’ncü maddesi ile kanunlaşmıştır.

b- Vazife ve Memuriyete Gitmeme Suçu (AsCK m. 65)

Vazife ve memuriyete gitmeme suçu, AsCK’nın “*Yoklama kaçağı, bakaya, saklı, firar*” başlıklı Üçüncü Faslında düzenlenmiştir.⁵³ Söz konusu

⁵² “17. İtiraz konusu kuralla asker kişilerin yurt içinde izinli olsalar bile yetkili makamlardan yurt dışına çıkma izni almadan yurt dışına çıkarak yabancı memlekette üç günden fazla bulunma eylemi yaptırma bağlanmış olup kuralın bu haliyle kişinin seyahat hürriyetine sınırlama getirdiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralda korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, söz konusu sınırlamanın amacının, askeri disiplinin sağlanması ve askeri hizmete bağlı olan kamusal menfaatin korunması olduğu anlaşılmaktadır.

18. Silahlı kuvvetler, yurt savunması gibi önemli bir görevi ifayla yükümlüdür. Milli savunma hizmetinin planlanması ve yürütülmesi bakımından ne kadar askeri personelin görev başında, ne kadarının izinde ve ne kadarının da yurt dışında olduğunun bilinmesi gerekebilir. Kanun koyucu, askeri disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla asker kişilerin yurt dışına çıkışlarında belirli yükümlülükleri yerine getirmeleri konusunda takdir yetkisine sahiptir. Asker kişilerin yurt dışına çıkışlarının “izin koşuluna” bağlanması da bu kapsamdadır.

19. Diğer taraftan bir hukuk devletinde kanun koyucu, ceza alanında herhangi bir eylemi suç olarak belirlerken, bu suçu işleme kastı olanlarla olmayanları ayırt etmeye elverişli düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralda düzenlenen yabancı memlekete firar suçunu oluşturan eylem, herhangi bir nedenle yurt içinde izinli olursa dahi, yabancı ülkeye gitme izni bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günden fazla süre geçirilmesidir. Bu kapsamda suçun işlenmesi bakımından hiçbir şekilde izinli olmaksızın üç günden daha uzun bir süreyle ülke sınırları dışında geçiren askerler ile izinli olmakla birlikte yurt dışına çıkış izni bulunmayan ve söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçiren askerlerin hukuki durumlarındaki farklılık gözetilmeksizin aynı yaptırma tâbi kılınmışlardır.

20. Silahlı kuvvetlerin iç düzeninin sağlanması amacıyla askeri hizmetin gerekleri gözetilerek yabancı memlekete firar suçunu işleme kastı olmayan izinli asker kişilerin yurt dışına çıkış izni bulunmaksızın söz konusu izinlerini ülke sınırları dışında geçirme biçimindeki eylemlerinin disiplin hukuku kapsamında bir disiplin ihlali olarak nitelendirilmesi ve bu ihlali gerçekleştiren asker kişilere disiplin yaptırımı öngörülmesi mümkündür.

21. Bu itibarla askerlikten kaçma kastı olmadığı açık olan izinli asker kişilerin, salt yurt dışı izni almadıkları veya alamadıkları gerekçesiyle yurt dışında üç gün geçirmelerinin itiraz konusu kuralla yabancı memlekete firar suçu olarak nitelendirilmesi ve bu eylemleri gerçekleştiren asker kişilerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaları hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi kuralla seyahat özgürlüğüne getirilen bu sınırlama demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşan ölçülü bir sınırlama niteliği de taşımamaktadır.” (Karar 23 Eylül 2016 tarih ve 29386 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.)

⁵³ Maddenin ilk metni şu şekildedir. (bkz.: Demirağ, *Askeri Ceza Kanunu*, s. 63)

suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun oluşması için madde metninde yer alan seçimlik hareketlerden birisinin icrası yeterlidir. İlk seçimlik hareket olarak, tayin emrinin tebliğinden itibaren mazeretsiz olarak barışta 15 gün ve seferberlikte 6 gün içinde yeni birliğine hareket etmemek bu suçu oluşturmaktadır. Suçu oluşturan ikinci hareket ise eski birliğinden ayrıldıktan sonra, verilen yol müddeti hariç olarak barışta 7 gün, seferberlikte ise 3 günden fazla süreyi yolda geçirmektir.

Madde, Kanun'un kabul tarihinden günümüze kadar iki kere değişime uğramıştır. Maddenin ilk hâlinde, atama görülen yeni görev yerine hareketin barışta 12 ve seferberlikte ise 4 gün içinde yapılması gerektiği düzenlenmişti. Yolda geçirilecek süre ise belirtilen sürelerin yarısı şeklinde düzenlenmişti. Ayrıca maddenin ilk halinde fail, sadece subaylar ve askerî memurlardı. 11 Aralık 1935 tarih ve 2862 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile mezkûr maddeye ikinci fıkrası eklenmiştir.

Madde son şeklini 25 Ocak 1957 tarih ve 6889 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi ile almıştır. 6889 sayılı Kanun ile maddeye astsubaylar da eklenerek, AsCK m. 65'in faili olmaları sağlanmıştır.⁵⁴ Ayrıca yeni görev yerine hareket için öngörülen süre barışta 15 ve seferberlikte ise 6 güne çıkarılmıştır. Kanun gerekçesinden anlaşıldığı kadarı ile maddede öngörülen sürelerin yükseltilmesi suretiyle, devlet memurları ile paralel bir düzenleme getirilmesi amaçlanmıştır.⁵⁵

c- Düşman Tarafında, Düşman Karşısında, Mahsur Mevkiden Kaçma Suçu (AsCK m. 69)

Bu suç özel bir tehlikelilik haline ilişkin bir suçtur. AsCK m. 69'da yer alan düşman karşısı, AsCK m. 9'da tanımlanmıştır. Buna göre *"Seferberlikte düşman ile müsademeyi intizaren emniyet hizmetleri tatbik ve ifa olunmağa başlandığı zamandan itibaren bu müsademeye memur kıt'a, gemi, tayyare düşman karşısında sayılır."* Düşman tarafına ilişkin bir tanımlanma

Vazife ve memuriyete gitmeyenlerin cezaları:

Madde 65 – Tayin olunduğu vazife ve memuriyet emrinin tebliği anından itibaren mazeretsiz 12 ve seferberlikte 4 gün içinde hareket etmeyen veya yol müddeti hariç olarak bu müddetlerin yarısından fazla bir müddet yolda geçirecek vazife ve memuriyetlerine iltihak etmeyen zabitelerle askerî memurlar üç aya kadar seferberlikte üç aydan beş aya kadar hapsolunurlar. Tekerrür halinde ilk fiil hizada ise altı ay ve seferberlikte ise sekiz ay ve her iki fiil seferberlikte ise bir sene hapsolunurlar.

54¹⁶³² sayılı Askerî Ceza Kanununun meriyete girdiği sırada, erat sınıfından sayılmakta olan astsubayların, 5802 sayılı Kanunla erat sınıfından çıkarılarak müstakil bir sınıf haline getirilmelerine, subaylar gibi özlük haklarından faydalanmalarına, nakil ve tâyinleri yapıp harcırah almalarına mukâbil, tâyin oldukları vazife ve memuriyete hareket tarihleri bakımından, Askerî Ceza Kanununun 65'nci maddesinin şümulü dışında kaldıklarından, bu tefriki de bertaraf etmek lüzumlu ve yerinde olduğu gibi..." (Adliye Encümeni Mazbatası, 24 Aralık 1956, E. 1/533, K. 16; Bkz. Demirağ, Askerî Ceza Kanunu, s. 275-277).

⁵⁵ Değişiklikler için bkz.: Demirağ, *Askerî Ceza Kanunu*, s. 63.

yapılmamasına rağmen, düşmanın varlığı için bir savaş halinin ilanı gereklidir. Bu durumda, düşman bölgesi olarak tanımlanan bölgeye, katılma niyetiyle gitme düşman tarafına kaçmadır. Bununla birlikte AsCK m. 10, düşman kavramını genişletmiş ve silahlı eşkıyanın da düşman sayılacağını ifade etmiştir.

AsCK'nın ilk metninde yer alan maddede, günümüze kadar değişiklik yapılmamıştır. AsCK'nın metninde herhangi bir değişiklik yapılmadığından dolayı ölüm cezasının Kanun metninde yer aldığı görülmektedir. Ancak 1982 Anayasası'nda ölüm cezası⁵⁶ kaldırıldığından ve Anayasa'nın 38'inci maddesinde açık bir şekilde "ölüm cezası"nın verilemeyeceğinin düzenlenmesinden dolayı askerî suçlar için de ölüm cezası verilebilmesi mümkün değildir.

ç- Sözleşerek Firar Suçu (AsCK m. 70)

Sözleşerek firar suçu da⁵⁷, genel firar suçunun özel düzenlemelerinden biridir. Maddede, kabul edildiği tarihten itibaren tek değişiklik yapılmıştır. 14 Haziran 1989 tarih ve 3574 sayılı Kanun ile "yeni baştan askerlik" fer'i cezasını düzenleyen 6'ncı fıkra madde metninden çıkarılmıştır.

Sözleşerek firar suçunu, diğer firar suçlarından ayıran düzenleme, zorunlu çok failli suçlardan olmasıdır. Buna göre sözleşerek firar suçunun oluşması için en az üç kişinin önceden kaçma konusunda anlaşarak, topluca kaçmaları gerekmektedir. Maddede ayrıca gün unsurunu arayacak şekilde mehil de düzenlenmediğinden, kaçma anından itibaren süreye bakmaksızın suçun oluşacağı ifade edilmelidir.

⁵⁶ Türk hukukunda ölüm cezası ile ilgili olarak bkz.: Demirel, Hakkı, "Ölüm Cezası", AÜHFD, C. 12, S. 1-2, 1955, s. 152 vd.; Feyzioğlu, Metin, "Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2002, s. 13 vd.; Gemalmaz, Semih, "The Death Penalty in Turkey (1920 – 2001): Facts, Truths and Illusions", Criminal Law Forum 13, 2002, s. 91-122.

⁵⁷ Sözleşerek firar ve cezası

Madde 70 – 1) İki'den ziyade askerî şahıslar önceden kararlaştırarak topluca kaçarlarsa sözleşerek firar sayılır.

2) Suçlular yabancı memlekete kaçmışlar ise ön ayak olanlar beş seneden yedi seneye kadar; ön ayak olanlar subay veya askerî memur ise beş seneden on seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.

3) Suçlular vatan içine kaçmışlarsa ön ayak olanlar iki seneden beş seneye kadar, ön ayak olan subay veya askerî memur ise beş seneden yedi seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

4) Sözleşerek kaçan diğer suçlular bir seneden üç seneye kadar hapsolunur. Firar yabancı memlekete ise ceza bir kat arttırılır.

5) Seferberlikte sözleşerek firara ön ayak olanlar ölüm cezasıyla cezalandırılırlar, diğer suçluların cezaları muayyen cezanın yarısı kadar arttırılır.

6) (Mülga: 14.5.1989 - 3574/m.1)

d- Tutukevi veya Cezaevinden Kaçmak veya Kaçmaya Aracı Olmak (AsCK m. 76)

Askeri tutukevi veya cezaevinden kaçma eylemi AsCK'da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. AsCK'nın ilk metninde madde başlığı ve metni farklı şekilde düzenlenmiştir.⁵⁸ Belli bir odada geçirilen disiplin cezası, oda hapsi cezasıdır. Oda hapsi cezasını, AsCK'nın ilk metnine göre askeri kabahat durumlarında askeri mahkemeler veya disiplin amirleri verebilir.

Madde metninde nöbetçinin kandırılmasından, dalgınlığından veya yerinde olmamasından bahsedildiğine göre oda hapsinin icrası sırasında hapis odasının kapısında nöbetçi bulundurulması gereklidir. AsCK m. 25'e göre sadece efrata (erbaş veya erler) verilen oda hapsi cezalarında, hapis odasının kapısında nöbetçi bulundurulması gereklidir. Dolayısıyla maddenin ilk haline göre fail sadece efrat olabilecektir.

Maddede 27.06.1932 tarihinde 2034 sayılı Kanun ile madde yeniden düzenlenmiştir.⁵⁹ Değişiklikle 1'nci fıkradaki tipik eylemin unsurları değiştirilmiştir. Madde metninden anlaşıldığı kadarı ile düzenleme artık disiplin cezası alanlarını değil hükümlü ve tutukluları kapsamaktadır. Maddede yapılan değişikliğin gerekçesi de aslında varmış olduğumuz kanıyı doğrular niteliktedir.⁶⁰

⁵⁸ AsCK'nın ilk metninde madde şu şekildedir;

Disiplin cezalarında hapis odalarından çıkanların cezası:

Madde 76 – Nöbetçiyi kandırarak veya dalgınlığından veya yerinde olmamasından istifade ederek hapis odalarından çıkanlar, üç aya kadar hapsolunurlar.

⁵⁹ Mahpus ve mevküflardan kaçanların cezası:

Madde 76 – Mahpuslardan nöbetçiye veya muhafazasına memur olanları kandırarak veya dalgınlığından yahut yerinde bulunmamasından istifade ederek kaçanlara geri kalan mahkumiyetlerinin yarısı nispetinde ceza verilir. Herhalde bu ceza bir aydan aşağı olamaz.

Bu suretle kaçan mevküfler da altı aya kadar hapisle cezalandırılır.

⁶⁰ “Göz ve oda hapis cezalarının zabitlerle askeri memurlar hakkında mahiyetini ve neticelerini ve icrasının şeklini tarif ve tayin eden Askeri Ceza Kanununun 24'üncü maddesinin B fıkrasının 4 numaralı bendinde (hapis odasının kapısında bir nöbetçi bulundurulması) kanun layihasında tasrif olunmuş ve layihada (şahsi serbestisi salahiyyetler olanlar tarafından kanunen refedilmiş iken kendiliğinden bu serbestiyi iade eden firar kastıyla daha ağır cezaya istihkak kesbetmemişse altı aya kadar hapis olunur) tarzında yazılmış olan 87'nci maddenin Âli askerî şûrada müzakeresi sırasında bu maddenin böyle yazılmasının esasen gerek göz hapsinde ve gerek oda hapsinde nöbetçi bulunmamasından mütevellit bulunduğu ve halbuki zabitan ve askeri memurlara ve hem efrada şamil olduğu mevzubahis edilerek bu madde şimdi Kanunun 76 ncı maddesinde olduğu veçhile nöbetçiyi kandırılarak veya dalgınlığından veya yerinde olmamasından istifade edilerek hapis odalarından çıkanlar şeklinde yazılmıştır.

Meclisi Âlice 24 ncü maddenin B fıkrasının 4 numaralı bendinde hapis odalarının kapısında nöbetçi bulundurmalarını tazammun eden 4 numaralı bendi kaldırılmış ve yerine C fıkrası olarak (kısa hapis cezalarında maaş ve tahsisat tam olarak verilir) ibaresi konulmuştur. Milli Müdafaa encümeni mazbatasının buna müteallik fıkrasında 24 ncü maddenin B fıkrasının dört rakamlı hükmü çıkarıldı. Esas (göz hapsi) gibi bir

4551 sayılı Kanun ile maddeye son şekli verilmiştir.⁶¹ Bu kapsamda askeri tutukevi veya cezaevinden kaçanlar veya kaçmaya aracı olanlar bakımından bağımsız ceza düzenlenmesi uygulamasından vazgeçilmiş ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıf (TCK m. 292 – 294) yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bununla birlikte kaçma fiilinin 6 gün veya daha fazla sürmesi durumunda verilecek ceza bir yıldan fazla olamaz denilmek suretiyle, AsCK m. 66 ile de paralellik kurulmuştur. Bu düzenleme olmasa idi, ceza ve tutukevinden kaçan asker kişi 6 günü geçirse bile cezası 6 aydan 1 yıla kadar hapis olacakken, ceza veya tutukevinde olmayan ancak birliğinden kaçan kişinin cezası 1 yıldan üç yıla kadar hapis olacaktı. Bu durum da fiil ile ceza arasındaki dengeyi bozacaktı.

AsCK m. 76'yı yeniden düzenleyen 4551 sayılı Kanun'un 17'nci maddesi, anamuhalefet partisinin açmış olduğu iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesince incelenmiş ve Anayasa'nın mülga 145'nci maddesine aykırı olmadığına karar verilmiştir.⁶²

disiplin cezasını gören bir zabitin başında bir nöbetçi bulundurmak bahusus ki o nöbetçi, zabitin kıtasından olacak disipline muğayir bulunmuştur denilmektedir.

Hakikat halde layihada göz hapsi cezasında nöbetçi bulundurulması zaten kabul edilmemiş, layihanın 24 üncü maddesinin 4 numaralı fıkrasındaki hapis odasının kapısında nöbetçi bulundurulması oda hapis cezasına müteallik ve münhasır bulunmuştur. Bu fıkra kaldırılınca layihanın tanziminde hem zabıtana hem de efrada şamil olarak kabul edilmiş olan kanunun 76 ncı maddesinin tereddüt ve istibaha mahal kalmamak üzere yalnız efrada ait olduğunu teşrih etmek suretiyle maddeyi (nöbetçiyi kandırarak veya dalgınlığından veya yerinde olmamasından istifade ederek hapis odasından çıkan efrat) şeklinde tasrif eylemek icap eylemiştir.” Demirağ, Askeri Ceza Kanunu, s. 146, 147 (İmla hataları ve yazım yanlışları muhafaza edilmiştir).

⁶¹ “Tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak

Madde 76 – (Değişik : 22/3/2000-4551/17 md.) Askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır.

Ancak, askeri ceza ve tutukevlerinden altı gün veya daha fazla süre ile kaçan asker kişilere verilecek hapis cezası veya asıl cezaya ilave olunacak hürriyeti bağlayıcı ceza bir yıldan az olamaz.”

⁶² “D - Yasa'nın 17. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, T.C. Anayasasının 145. maddesi ile askerî mahkemelerin görev alanının belirlendiği, Askerî Ceza Kanunu'nun 4551 sayılı Yasanın iptali istenilen 17. maddesiyle değişik 76. maddesiyle, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan suçlardan sadece “ceza ve tutukevinden kaçmak” ve “kaçmaya aracı olmak” suçlarına atıf yapıldığı; buna karşılık bu faslında yer alan örneğin, “taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek” suçunu düzenleyen 303. maddesine atıf yapılmadığı, sözü edilen faslında yer alan kimi suçlara atıf yapılmamış olması nedeniyle askerî mahkemelerde yargılanması gereken kimi suçların işlense bile cezalandırılmayacağı, bunun da Anayasa'nın 145. maddesine aykırı olacağı ileri sürülmektedir.

Yasa'nın dava konusu 17. maddesi ile değiştirilen 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde “Askerî tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçmaya aracı olmak suçlarını işleyen asker kişiler hakkında, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Dördüncü Bab Yedinci Faslında yer alan hükümler uygulanır. “ denilmiştir.

e- Göz veya Oda Hapsi Ceza Yerinden Kaçmak, İnfaz Şartlarına Uymamak, Kaçmaya Aracı Olmak Suçu (AsCK m. 77)

Askeri Ceza Kanunu'nun ilk şeklinde, 76'ncı madde oda hapsi ceza yerinden ayrılmayı düzenlemekteyken, 77'nci madde göz hapsi ceza yerinden ayrılmayı yaptırım altına almaktaydı. AsCK'nın ilk metninde inceleme konumuz olan madde "*Göz hapislerinde ceza mevkilerini terkedenlerin cezası*" başlığıyla şu şekilde düzenlenmiştir; "*Göz hapsi cezasını çekmekte iken salâhiyetli olanlardan müsaade almaksızın ceza mevkiini terkeden veya ziyaret kabul eden subaylar ve askeri memurlar bir aya kadar hapsolunur./ Oda hapsini çekmekte iken mevkiini terkeden subaylarla askeri memurlar hakkında da aynı ceza tatbik olunur.*"

Maddede ilk değişiklik 27.06.1932 tarih ve 2034 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile yapılmıştır: Maddeye ikinci fıkra eklenmiştir. Maddeye ikinci fıkra eklenmesinin nedeni, AsCK m. 24 gereğince subaylarla, askeri memurların oda hapsi sırasında kapısında nöbetçi bulundurulmamasından dolayı AsCK m. 76'nın onlar için uygulanamamasıdır. Bu durumda oda hapsi ceza yerinden ayrılan subaylar ve askeri memurlarının eylemini yaptırım altına almak için 2'nci fıkra madde metnine eklenmiştir.

Madde nihai şeklini 4551 sayılı Kanun'un 18'nci maddesiyle almıştır.⁶³ Madde gerekçesi olarak boşlukların giderilmesi gösterilmiştir. Özellikle 477 sayılı Kanunla disiplin mahkemelerinin kurulması, disiplin

Anayasa'nın 145. maddesinde askeri mahkemelerin görev alanı belirlenmiştir.

Dava dilekçesinde, Askerî Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde TCK.nun 303. maddesindeki taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçuna atf yapılmadığı ileri sürülmekte ise de, 76. maddede askeri tutukevi veya cezaevinden kaçmak veya kaçırmaya aracı olmak suçları bir suç tipi olarak belirtilip bu konuda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının Dördüncü Bab'ının "tevkifhane ve hapisnedenen firar ve firara vesatât" başlığını taşıyan ve 298 ila 308. maddelerinde kapsayan Yedinci Fasılın tek tek maddelerine değil tümüne göndermede bulunduğundan bu fasıl içerisindeki diğer maddelerle birlikte taksirle tutuklunun kaçmasına sebebiyet vermek suçunu düzenleyen 303. maddeye de atf yapıldığının kabulü gerekir.

Bu durumda, söz konusu yedinci fasıldaki bazı suçlara atf yapılmadığından askeri mahkemelerde yargılanması gereken kimi suçluların cezalandırılmayacakları yolundaki savın dayanağı bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 4551 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 17. maddesi Anayasa'nın 145. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." Anayasa Mahkemesi, 25.11.2005, 2000/34, 2005/191.

⁶³ Göz veya oda hapsi ceza yerinden kaçmak, infaz şartlarına uymamak, kaçmaya aracı olmak (2)

Madde 77 - (Değişik : 22/3/2000-4551/18 md.) Disiplin mahkemeleri ile disiplin amirleri tarafından verilen göz veya oda hapsi cezalarının çekildiği yeri terk edenlere veya cezanın diğer infaz şartlarını yerine getirmeyenlere, bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

Göz veya oda hapsi ceza yerinden kaçanlara, aracı olanlara veya ihmal yahut kayıtsızlıkları ile kaçmalarına sebebiyet verenlere de aynı ceza uygulanır.

Göz veya oda hapsini çekmekte olduğu yeri terk fiili, altı gün veya daha fazla devam etmiş ise, verilecek hapis cezası bir yıldan az olamaz.

mahkemeleri tarafından da oda veya göz hapsi verilebilmesi, askeri kabahatlerin çoğunlukla disiplin suçuna dönüştürülmesinden dolayı askeri mahkemelerinin oda veya göz hapsi verme yetkisinin neredeyse ortadan kaldırılması, disiplin amirleri tarafından verilen oda veya göz hapsi cezalarına da madde metninde açıkça yer verme isteği, Kanun'un genel gerekçesinde kısaca boşluk diye geçiştirilen nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır.

B- DİSİPLİN KANUNLARINDA YER ALAN FİRAR EYLEMLERİ

I- Kısa Süreli Kaçma ve İzin Süresini Geçirme Disiplin Suçu (477 sayılı Kanun m. 50)

TSK'da disiplin amirinin disiplin cezası verme yetkisi 1930 tarihli 1632 sayılı AsCK'nın, 6413 sayılı Kanun ile mülga olan 162 ila 191'inci maddeleri arasında düzenlenmişti. AsCK'nın 162'nci maddesinin başlığı "*Disiplin tecavüzü ve kabahat*" şeklinde olup, madde metninde disiplin tecavüzleri ve kabahatlerinin tanımlarına yer verilmişti. 477 sayılı Kanun'un kabulüne kadar olan dönemde disiplinsizlikler; disiplin tecavüzleri ve disiplin kabahatleri şeklinde iki başlık altında düzenlenmiştir. Disiplin tecavüzleri; "*askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan fiiller ve tekasüller*" olarak tanımlanmıştır. 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile disipline aykırı eylemlere üçüncü bir eylem grubu daha eklenmiştir. Kanun 47 ila 61-A maddeleri arasında tanımlanan 16 adet eylemi disiplin suçu olarak nitelemiş ve disiplin amirlerine söz konusu eylemleri cezalandırma veya disiplin mahkemesine sevk etme yetkisi vermiştir (m. 7, 14).⁶⁴

477 sayılı Kanun'un 64'üncü maddesi ile 477 sayılı Kanun'un cezalandırdığı eylemler bakımından, AsCK'nın uygulanması olanağı kalmamıştır. Çalışmamızla ilgili olarak 477 sayılı Kanun'un 50'nci maddesinde yer alan düzenleme önem taşımaktadır. Kısa süreli kaçmayı düzenleyen 477 sayılı Kanun'un 50'nci maddesi⁶⁵, 4895 sayılı Kanun'un⁶⁶

⁶⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Değirmenci, Olgun, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Takdir Yetkisinin Sınırları", Ceza Hukuku Dergisi, S. 29, 2015, s. 7 vd.

⁶⁵ Maddenin ilk metni şu şekildedir;

Kısa süreli kaçma ve izin süresini geçirme

Madde 50 – A) Kıtasından veya görev yerinden kaçanlardan altı gün içinde kendiliğinden gelenler on günden bir aya kadar oda hapsi ile cezalandırılır. Bu eylem görevli iken işlenmiş veya silah, mühimmat, donatım veya bir askeri taşıma aracı birlikte götürülmüş ise yirmi günden iki aya kadar oda hapsi cezası verilir.

b) İzin süresini özürsüz altı güne kadar geçirenler yedi günden bir aya kadar oda veya göz hapsi ile cezalandırılırlar.

⁶⁶ 12 Haziran 2003 tarihinde kabul edilmiş olup, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

11'inci maddesi ile değişikliğe uğramıştır.⁶⁷ Değişiklikle 1'inci fıkranın 1'inci cümlesindeki nitelikli haller arasına failin “*mükerrir*” olması eklenmiş, 2'nci fıkrasında ise failin “*mükerrir*” olması yeni bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

477 sayılı Kanun'un hâlihazırda yürürlükte olup olmadığı ile ilgili kısa bir açıklama yapmak gereklidir. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 45'inci maddesi ile 477 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklik ile “*savaş zamanında*” ibaresi eklenmek suretiyle, disiplin mahkemeleri savaş zamanında görev yapacak mahkemeler şekline dönüştürülmüştür. Belirtelim ki, 477 sayılı Kanun'da sadece disiplin mahkemeleri düzenlenmemekteydi. Aynı zamanda disiplin suçları (m. 47 – 61/A) ve disiplin amirinin de disiplin suçları için cezalandırma yetkisine yer verilmişti (m. 7-14). Kanaatimizce 477 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde yapılan değişiklikle disiplin mahkemeleri sadece savaş zamanında kurulan mahkemeler haline dönüştürülmesine karşılık, 477 sayılı Kanun geçici kanun haline dönüştürülemedi. Bu durumda 6413 sayılı Kanun'da yer alan disiplinsizliğe ilişkin düzenlemelerin, 477 sayılı Kanun'un ilgili maddelerini zımnen ilga ettiğini kabul etmek gereklidir.

2. 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununda Yer Alan Görev Yerinden Uzaklaşmayı Düzenleyen Disiplinsizlikler

31 Ocak 2013 tarihinde kabul edilen 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu⁶⁸ ile çalışma konumuz olan görev yerinden uzaklaşmayı yaptırım altına alan bazı disiplinsizliklerin düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda iki disiplinsizlik üzerinde durulacaktır.

Kanun'un 17'nci maddesinde hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren, “*görev yerini izinsiz terk etmek*” disiplinsizliği, kişinin kıtasından veya görev yerinden yirmi dört saati geçmeyecek şekilde kaçmak veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın mesaiye bir tam mesai günü gelmemek olarak tanımlanmıştır. 6413 sayılı Kanundan önce söz konusu eylem, AsCK m.68/2 kapsamına girmiyorsa, disiplin tecavüzü olarak nitelendirilmekteydi ve disiplin amiri tarafından cezalandırılabilmekteydi. 6413 sayılı Kanun söz konusu disiplinsizliği tanımlamış ve cezasını da belirlemiştir.

⁶⁷ Değişiklik şu şekildedir;

Madde 50. - Kıt'asından veya görev yerinden kaçanlardan altı gün içinde kendiliğinden gelenler on günden bir aya kadar oda hapsi cezası ile cezalandırılır. Bu eylem görevli iken işlenmiş veya silâh, mühimmat, donatım veya bir askerî taşıma aracı birlikte götürülmüş yahut mükerrir olarak işlenmiş ise yirmi günden iki aya kadar oda hapsi cezası verilir.

İzin süresini özürsüz altı güne kadar geçirenler yedi günden bir aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılır. Bu eylem mükerrir olarak işlenmiş ise yirmi günden iki aya kadar oda hapsi veya göz hapsi cezası verilir.

⁶⁸ 16 Şubat 2013 tarih ve 28561 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun "hizmet yerini terk etmeme" cezasını gerektiren disiplinsizliklerin düzenlendiği 19'uncu maddesinde, 477 sayılı Kanun'un 50'nci maddesinde yer alan kısa süreli kaçma disiplin suçunun 19'ncu maddenin 1/b bendinde, izin süresini geçirme disiplin suçunun ise 19'uncu maddenin 1/c bendinde düzenlendiği görülmektedir. Düzenleme incelendiğinde, AsCK m. 66 ile boşluk yaratmayacak şekilde düzenlendiği anlaşılmaktadır.⁶⁹

Sonuç

Orduların asli unsurlarından birisi de insan unsurudur. Başarılı bir ordunun, yetişmiş insan gücünü istenilen zamanda istenilen yerde bulundurması hayati bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Askeri ceza kanunları incelendiğinde, ilk orduların görülmeye başlandığı zamanlardan itibaren görevi gereği bulunması gereken yerde bulunmamayı başka bir anlatımla firar fiilini cezalandırdığı görülmektedir.

Milletiyle ayrılmaz bir bütün oluşturan, Başkomutan Mustafa Kemal Atatürk'ün de ifade ettiği gibi "zaferlerle beraber medeniyet nurlarını taşıyan" Türk Silahlı Kuvvetleri bakımından da, görev yerinde bulunma büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmamızda 1837 tarihli Kanunname-i Ceza-i Askeriyye'den itibaren günümüze kadar, askeri mevzuatta yer alan firar suçları ve yapılan değişiklikler incelenmiştir.

Yapılan değişikliklerde, kanun koyucuyu söz konusu değişikliğe götüren neden mümkün olduğu ölçüde gerekçelerden tespit edilerek çalışmaya yansıtılmıştır. Bununla birlikte gerekçelerde yer almayan hususlarda ise değişikliğin öncesi ve sonrasındaki gelişmeler analiz edilerek, değişiklik gerekçelendirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın nihai amacı firar suçları konusunda tarihe not düşecek bir belirleme yapmak ve bizden sonra gelecek araştırmacılarının işini kolaylaştırmaktır. Bu yüzden çalışma çok temel olarak iki bölüme ayrılarak yapılmıştır: Osmanlı Askeri Ceza Kanunlarında Firar Suçu ve Cumhuriyet Döneminde Mevzuattaki Firar Suçu.

Böyle bir çalışmayı yaparken sadece ceza hukuku alanına giren eylemlerle ilgilenme şeklinde bir yöntem bilim takip edilebilirdi. Ancak böyle bir tercih kanaatimizce tüm resmi bütünüyle görmeyi engeller, yerine oturmayan bir parçanın eksikliği her zaman hissedilirdi. Bundan dolayı tamamlayıcı bir parça olarak disiplin hukukundaki görev yerinden ayrılma suçları da çalışmaya dâhil edilmiştir.

Çalışma firar suçlarını öğretici ve yargı kararları ışığında unsurlarına ayırarak incelemeyi içermemektedir. Böyle bir niyetle de çalışmaya başlanmamıştır. Ancak bazı durumlarda uygulamanın bakışına yer

⁶⁹ Geniş bilgi için bkz.: Değirmenci, Olgun / Tanrıverdi, Battalgazi, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 3. baskı, s. 288 vd.

vermek ve özellikle Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımını da ortaya koymak gerekli oldu. Bundan sonraki çalışmalar bakımından, ordunun insan unsurunu istenilen zamanda elde bulundurmaya amaçlayan firar suçundaki değişikliklerin, toplumsal, ekonomik ve siyasal tercihlere göre incelenmesi ve özellikle askere alma sistemi ile firar suçunun incelenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Akdeniz, Yasin, Askeri Ceza Hukukunda Firar Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2007.

Aksu, Cevat, Dar-ı Şura-yı Askeri (Kuruluşundan 1876 Yılına Kadar), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Ankara, 2004.

Bağdatlı, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, Der Yayınları, İstanbul, 1997.

Değirmenci, Olgun, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, 3. Baskı.

Değirmenci, Olgun, “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Takdir Yetkisinin Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 29, 2015, ss.7-37.

Değirmenci, Olgun / Tanrıverdi, Battalgazi, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, 3. Baskı.

Demirağ, Fahrettin, *Askeri Ceza Kanunu*, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000.

Demirağ, Fahrettin, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Demirel, Hakkı, “Ölüm Cezası”, *AÜHFD*, C. 12, S. 1-2, 1955, ss. 152-171.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 1, Der Yayıncılık, İstanbul, 1997, 14. Baskı.

Duran, Gökhan Yaşar, “Askerî Ceza Kanununda Firar ve İzin Tecavüzü Suçları (AsCK m. 66)”, *BÜHFD*, C. 14, 2019, ss.529-601.

Ergül, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir”, *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yıldırım Uler’e Armağan*, Lefkoşa, 2014, ss. 65-86.

Erman, Sahir, *Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul*, Yeniden Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, 7. Baskı.

Erman, Sahir, *Askeri Yargıtay’ın 80’inci Kuruluş Yılı Sempozyumu*, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 1994.

Ertosun, Orhan, “Askeri Yargıtay’ın Tarihçesi, Görev ve Yetkileri ile Sorunları”, *Danıştay Dergisi*, S. 11, 1975, ss.56-60.

Feyzioğlu, Metin, “Ölüm Cezası Üzerine Düşünceler ve Anayasa Değişikliği ile 4771 Sayılı Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 4, 2002, ss.13-35.

Gemalmaz, Semih, “*The Death Penalty in Turkey (1920 – 2001): Facts, Truths and Illusions*”, *Criminal Law Forum* 13, 2002, ss. 91-122.

Gözübüyük, Şeref / Kili, Suna, *Türk Anayasa Metinleri (1839-1980)*, AÜSB Yayınları, Ankara, 1982.

Işık, İhsan, “Karşılaştırmalı Askeri Yargı Sistemleri”, *Askeri Adalet Dergisi*, S. 119, 2004, ss. 97-135.

İpeksümeroğlu, Niyazi, “Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 1951, ss. 466-494.

Karakurumer, Alkın, *Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Çankırı, 2018.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 12. Baskı.

Köprü, Orhan, *Türkiye’de Askeri Yargı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 1988.

Köprü, Orhan, “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, *Askeri Adalet Dergisi*, S. 89, 1994, ss.1-13.

Nolte, Georg / Krieger, Heike, *Comparison of European Military Law Systems*, in: *European Military Law Systems*, Edited by Georg Nolte, De Gruyter Recht, Berlin, 2003.

Orgun, İhsan, *Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihiçesi*, K.K.K. Yayınları, Ankara, 1956.

Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, 6. Baskı.

Seviğ, Vasfi Raşid, *Askeri Adalet*, Birinci Kısım, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1955.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, 3. Baskı.

Taşkın, Rifat, *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Harp Okulu Basımevi, Ankara, 1943.

Topal, Cengiz, *Firar Suçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, 2013.

Ulukanlıgil, Metin, *Tanzimat’tan Günümüze Askeri Yargı ve Askeri Temyiz Mahkemesinin Gelişimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüzüncüyıl Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Ana Bilim Dalı, Van, 2003.

Yerdelen, Erdal, “Mütemadi Suç”, *TAAD*, S. 18, 2014, ss. 113-152.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Akademi Matbaası, Ankara, 1985, 3. Baskı.

Yolyapan, Aydoğan, “Osmanlı Devletinde Askeri Yargının Gelişimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Dergisi*, 1999, s. 159,

(http://www.deu.edu.tr/ataturkilkeleri/pdf/dergi9/c3_s9_aydogan_yolyapan.pdf), Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Nisan 2019, ss.145-168.

OLASI KAST – BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMINDA İÇTİHAH DEĞİŞİKLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

The Assesment Of Change in Judicial Opinion About The Division of Oblique Intent and Recklessness

Doç. Dr. Koray DOĞAN*

Özet: *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.06.2019 tarih ve 2018/545 E., 2019/504 K. sayılı kararı*, hem muhakeme hem de maddi ceza hukukuna ilişkin, iki ayrı önemli tartışmayı konu alır. Muhakeme hukukundaki tartışma, temyiz kanun yolunun denetleme kapsamına, maddi ceza hukukundaki tartışma ise olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrıma ilişkindir. Yargıtay, benzer sayılabilecek trafik kazalarına ilişkin önceki kararlarında bilinçli taksirin varlığını kabul ederken, ölüm neticeli trafik kazalarına ilişkin bu ve beş gün sonra verdiği diğer bir kararında olası kastın varlığını kabul etmiştir. Aşağıda söz konusu karar, Yargıtay'ın diğer kararları ile karşılaştırılarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Temyiz, Olası Kast, Bilinçli Taksir, Trafik Kazası, Taksirle Öldürme

Abstract: 27.06.2019 dated 2018/545, 2019/504 numbered decision of the Court of Cassation Assembly of Criminal Chamber, addresses two different important issues, concerning both substantial criminal law and criminal procedure law. While the dispute arising from procedural law concerns with the scope of appeal, the dispute arising from substantial criminal law pertains to the distinction between indirect/oblique intent and recklessness. Even though Court of Cassation, in its previous decisions on similar traffic accidents accepted the existence of recklessness, in this and another decision, that was given five days after, accepted the existence of indirect intent. In this article this decision is analysed in comparison with the previous case law of the Court of Cassation.

Key Words: Appeal, Oblique Intent, Recklessness, Traffic Accident, Manslaughter

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
koraydgn@gmail.com ORCID No: 0000-0001-8656-0882
Makale Geliş Tarihi: 27/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 02/07/2020

GİRİŞ

Maddi ceza hukukunun en tartışmalı konularından birisi, bilinçli taksir ile olası (gayri muayyen, belirli olmayan, dolaylı) kast arasındaki ayırım konusu olmuştur. 5237 sayılı TCK'nın bilinçli taksir ve olası kastı tanımlama tercihleri¹, Yargıtay tarafından da atıf yapılan madde gerekçesindeki örnekler bu tartışmayı daha da derinleştirmiştir². Kast ve taksir hukuki nitelik ve doğaları gereği haksızlığın tamamen farklı gerçekleştirme şekilleri olmalarına rağmen, olası kast ve bilinçli taksir kavramları, iki fenomeni birbirine yakınlaştırır. Tartışmanın en fazla yoğunlaştığı örnek modelleri de trafik kazalarına ilişkin olanlardır. Nitekim TCK madde 21'in gerekçesinde de kanun koyucunun olası kastı açıklamak için verdiği örneklerden birisi ışık ihlali yapan bir otobüs sürücüsünün neden olduğu bir trafik kazasına ilişkindir. Buna göre *“Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir.”* Ancak bu örnekte sürücünün neticeyi kabullendiği sonucuna ne şekilde ulaşıldığı izah edilmediğinden eleştirilebilir³. Bu çalışmada incelenen kararın⁴ da konusu, hız ihlalleri yapan, alkollü bir sürücünün tehlikeli bir şekilde araç kullanırken kaza yapması sonucunda neden olduğu ölüm ve yaralanma neticelerine ilişkindir. Sanığın kazada olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket

¹ Tanımların yasaya eklenme süreci ve yasama faaliyeti hakkında bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s.249 vd.

² Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s.328; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2015, s.263; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.406, dpn.201; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s.374; Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Koray, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s.266; Ünver, Yener, *YTCK'da Kusurluluk*, CHD, Y.1,S.1, s.50; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s.160; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s.234.

³ Ünver, s.51; Dülger, Murat Volkan, "5237 Sayılı YTCK'da Kastın Unsurları ve Türleri – Özellikle Olası Kastın Değerlendirilmesi", *Hukuk ve Adalet*, Y.2, S.5, 2005, s.94; Benzer örneğin "Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü trafik lambasının yeşil yandığı diğer yönden bir aracın gelmekte olduğunu görür, fakat buna rağmen kavşaktan geçmeye karar verir." bilgisinin de dahil edildiği versiyonu (örnek için bkz. Özgenç, s.247) olası kasta daha yakındır.

⁴ YCGK 27.06.2019 tarih ve 2018/545 E., 2019/504 K., www.karararama.yargitay.gov.tr

ettiği hususunda yerel mahkeme, BAM, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki görüş ayrılığı, nihai olarak YCGK tarafından sanığın olası kastla hareket ettiği yönünde oyçokluğuyla karara bağlanmıştır. Bu karar YCGK'nun trafik kazasında olası kastın varlığını kabul ettiği ender kararlardan birisi olması nedeniyle inceleme konusu yapılmıştır. Ceza Genel Kurulu bu kararından kısa bir süre sonra yine bir trafik kazası ile ilgili olayda⁵ sanığın olası kast ile hareket ettiğini kabul etmiştir. Bu nedenle söz konusu iki kararın, CGK kabul etmese dahi⁶ önemli bir içtihat değişikliğinin habercisi olduğu söylenebilir.

İnceleme konusu yaptığımız 2019 tarihli CGK kararında bu tartışma dışında kanun yollarına ilişkin bir diğer hukuki sorun da tartışma konusu yapılmıştır. Ön mesele olarak temyiz incelemesinde Yargıtay'ın tarafların ileri sürdükleri temyiz nedenleri ile bağılılığı, maddi mesele – hukuki mesele ayrımı inceleme konusu yapılmış, sonrasında işin esasına girilerek karara konu olaydaki sanığın olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket ettiği hususunda karar verilmiştir. Karar incelemesinin başlığını belirlerken bu iki husustan, daha esaslı olması nedeniyle, olası kast-bilinçli taksir ayrımı tercih edilmekle birlikte aşağıda değerlendirme kısmında muhakeme hukukuna ilişkin soruna dair görüşümüzü de ortaya koymaya çalıştık.

A. OLAYIN ÖZETİ

Sanığın 25.12.2016 tarihinde yanında ölenler (A) ve (B) ile tanıklar (C) ve (D) olduğu hâlde alkollü içki satın aldıktan sonra Adıyaman il merkezinde bulunan Kent Sinemasına giderek burada ölen (A) haricindekilerle birlikte alkol almaya başladığı, alkol aldıkları sırada sanığın öğleden akşama kadar alkol alabileceğini ve alkolün kendisini etkilemeyeceğini söylediği, buradan ayrıldıkları ve hep birlikte sanığın kullandığı araca bindikleri, sanığın saat 23.20 sıralarında, Atatürk Bulvarı üzerinde, alkollü vaziyette, açık havada, aydınlatmanın olduğu, asfalt kaplamalı, ıslak ve nemli, 2 şeritli, 5 metre genişliğindeki bölünmüş devlet kara yolunda, sevk ve idare ettiği aracı ile hız limitinin çok üzerinde, yaklaşık 140 km/saat hızla, trafik ışıklarına riayet etmeksizin kırmızı ışık ihlalleri yapmak ve önünde seyir hâlinde bulunan araçlara makas atmak suretiyle seyir hâlinde bulunduğu, kırmızı ışık ihlali yaptığı bir esnada "*Kırmızı ışıklara karşı takıntım var, durmuyorum.*" şeklinde sözler söylediği, araçta bulunanların kendisinden yavaşlamasını istemesine rağmen uyarıları duymamak için müziğin sesini sonuna kadar açıp

⁵ YCGK, 02.07.2019 tarih ve 2019/121 E., 2019/518 K., www.karararama.yargitay.gov.tr

⁶ "Ceza Genel Kurulunca kast-taksir kombinasyonuna ilişkin kararlardaki uygulama istikrarlı bir şekilde sürdürülmekte olup yukarıda belirtilen ve açıklanan özellikleri nedeniyle birbirinden farklı olan olaylarda farklı sonuçlara ulaşılması içtihat değişikliği anlamına gelmemektedir." YCGK, 02.07.2019 tarih ve 2019/121 E., 2019/518 K., www.karararama.yargitay.gov.tr

seyrine devam ettiği, sanığın yaklaşmakta olduğu ışık kontrollü kavşakta kırmızı ışıkta bekleyen araçların yeşil ışığın yanmasıyla harekete geçtikleri, sanığın buna rağmen hızını azaltmayıp henüz hareket etmeye başlayan araçların arasından makas atmaya devam ederek tanıklar (E) ve (F)'nin araçlarını da makas atmak suretiyle solladıktan sonra mağdurun aracının sol arka kısmına çarptığı, sonrasında savrularak orta refüjde bulunan demir korkuluklara çarptığı, bu esnada aracının arka koltuğunda bulunan (A)'nın araçtan fırlayıp yola düştüğü, seyrine devam eden sanığın tanıkların (A)'nın araçta olmadığını söylemeleri üzerine çarpma noktasından yaklaşık 450 metre ileride durduğu, meydana gelen olay sonucunda sanığın aracında yolcu olarak bulunan (B)'nin genel beden travmasına bağlı çoklu kafatası, ekstremit ve pelvis kırıkları ile birlikte beyin kanaması ve iç organ yaralanması sonucu vefat ettiği, yine sanığın aracında yolcu olarak bulunan (B)'nin yaralı olarak kaldırıldığı hastanede yapılan müdahaleye ve tedavisine rağmen 02.01.2017 tarihinde genel beden travmasına bağlı çoklu kafatası, yüz ve ekstremit kemik kırıkları ile birlikte beyin kanaması, beyin doku harabiyeti ve gelişen komplikasyonlar sonucu vefat ettiği, sanığın çarptığı araçta bulunan mağdurun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, olaydan yaklaşık bir saat sonra 26.12.2016 tarihinde saat 00.24'te yapılan alkol ölçümünde sanıkta, 1,12 promil alkol tespit edildiği kabul edilmektedir.

B. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ SORUNLAR

1. Temyiz İncelemesinin Kapsamına İlişkin Sorun (Ön Mesele)

Ceza Genel Kurulu maddi ceza hukukuna ilişkin asıl tartışmalı noktaya geçmeden önce, Yargıtay Ceza Dairesi'nce temyiz incelemesinin usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığını karara bağlama gereği duymuştur. Zira CGK'nda yapılan inceleme sırasında tarafların temyiz dilekçelerinde suç vasfına yönelik bir temyiz nedeninin bulunmadığı fark edilmiş ve bu durumda Dairece, sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğundan bahisle bozma kararı verilip verilemeyeceğinin tartışılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle öncelikli hukuki sorun temyizde inceleme kapsamının sınırlarının ne olacağı, Dairenin tarafların talepleri ile ne şekilde bağlı olduğu ve Dairenin temyiz gerekçesi olarak gösterilmeyen bir hususta inceleme yapıp yapamayacağı sorunudur.

2. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayırımına İlişkin Sorun (Esas İlişkin Mesele)

İkinci çözümlenmesi gereken hukuki sorun ise suçta manevi unsurun belirlenmesine ilişkindir. Nitekim sanığın trafikte ölüm ve yaralama neticelerine olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi neden

olduğu hususunda Yerel Mahkeme, BAM, Yargıtay Ceza Dairesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Sanığın olaydaki neticelere olası kast ile mi yoksa bilinçli taksirle mi neden olduğu çözümlenmesi gereken ikinci hukuki sorundur.

C. MERCİLERİN KARAR ve GÖRÜŞLERİ

1. İlk Derece Mahkemesi'nin Kararı

Sanık hakkında bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan açılan kamu davasında yapılan yargılama sonucunda **Adıyaman 2. Ağır Ceza Mahkemesince** verilen 18.09.2017 tarihli ve 90-160 sayılı hükmü ile sanığın bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan TCK'nın 85/2, 22/3, 62/1, 63 ve 53/6. maddeleri uyarınca 6 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, mahsuba ve sürücü belgesinin 1 yıl süreyle geri alınmasına karar vermiştir.

2. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi'nin Kararı

Bölge Adliye Mahkemesi 16. Ceza Dairesince 17.01.2018 tarih ve 3650-146 sayı ile CMK'nın 280/1-a maddesi gereğince istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiştir.

3. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin Kararı:

a. Daire Çoğunluk Görüşü

Ceza Dairesi 13.06.2018 tarih ve 3564-6753 sayı ile oyçokluğu ile olayda eylemin bilinçli taksirle değil **olası kastla** gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Bu kararını da şu şekilde gerekçelendirmiştir. "...Yasada, taksirin bir türü olarak düzenlenmiş bulunan bilinçli taksir esas itibarıyla olası kastın sınırlarını daraltıcı bir işlev görmektedir. Bu nedenle, olası kastın anlamı ve sınırları belirlenmeden, bilinçli taksirin kapsamının tayini mümkün değildir. Olası kast ve bilinçli taksir öngörme unsuru itibarıyla örtüşmesine rağmen, isteme unsuru bakımından ayrılmaktadır. Olası kastı bilinçli taksirden ayıran özellik, mümkün ya da muhtemel olarak öngörülen neticenin kabullenilmesi, failin öngördüğü tipik neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik bir güveni olmadan hareket etmesidir. Başka bir anlatımla, fail öyle ya da böyle her hâlde hareketi gerçekleştirirdim diyorsa olası kast, neticenin gerçekleşeceğini bilseydim hareketi gerçekleştirmezdim, diyorsa bilinçli taksir söz konusudur.

Somut olaya gelince; ... tanık beyanları itibarıyla sanığın kullandığı aracın ibresinin 140 kilometreyi gösterdiği, kendisiyle aynı istikamette bulunan ve kırmızı ışıktaki bekleyen fakat sanığın geçişi esnasında yeşil

ışık yanması üzerine hareket eden araçların arasından birden fazla defa makas atmak suretiyle geçtiği anlaşılacakla, kendisine yapılan uyarılara rağmen sanığın eylemine devam edip seyrini sürdürmekle meydana gelecek neticeyi kabullendiği anlaşılacakla, **sanığın eylemini olası kast ile işlediği ve olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle cezalandırılması yerine suç vasfında yanılığa düşülerek, bilinçli taksir hükümleri uygulanmak suretiyle, mahkûmiyetine karar verilmesi**” hukuka aykırı bulunmuştur.

b. Dairede Azınlık Görüşü

Daire başkan vekili ile bir üye, "Eylemin olası kastla işlendiğinin kabulü için öngörme ve kabullenme unsurunun bulunması gerekir. Öngörme tali neticenin gerçekleşmesinin ihtimal dâhilinde olduğunun tahmin edilmesini ifade eder. Kabullenme ise netice açısından öngörüp kayıtsız kalma hâlidir. Bilinçli taksirle olası kastın ayırımını irdeleyecek olursak: Olası kastla bilinçli taksirin iki müşterek bir de farklı yönleri bulunmaktadır. Ortak yönlerden ilki failin neticeyi öngörerek hareket etmesidir. Diğer bir ortak yön öngörülen neticenin olasılık boyutunda olmasıdır. Aralarındaki farkı ise neticeye yönelik düşünce oluşturmaktadır. Olası kastta fail gerçekleşme olasılığını öngördüğü neticeyi göze almakta, kabullenmektedir. Bilinçli taksirde ise failin neticeye yönelik iradesi istememe şeklindedir.

Olası kastta fail amacı dışındaki neticenin meydana gelebileceğini öngörmekte fakat amacına ulaşmak onun için çok önemli olduğundan olursa olsun diyerek tali neticenin oluşmasını kabullenmektedir. Neticenin gerçekleşmeyeceğine dair salt şansına güvenme veya boş bir ümit veya inanç içinde olmak kastı, taksire dönüştürmeyecektir. Buna karşın failin öngördüğü muhtemel neticenin somut olaydaki kimi etkenler dolayısıyla meydana gelmeyeceği kanaatiyle veya fiili icra sırasında göstereceği maharet ya da çaba ile neticenin doğumunu önleyeceği inancıyla hareket etmesi durumunda bilinçli taksirden söz etmek gerekir. 'Failin psişik durumu neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin boş ve dayanaksız bir ümitten ibaret olmayıp olgu veya olasılığa dayanan kanaat mahiyetindedir. Başka bir anlatımla "neticenin kesin olarak meydana geleceğini bilseydi bu fiili işlemezd" denilebilirse failin bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmelidir.' (Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1992 Sayfa:320.)

Mevcut olayımızı irdelediğimizde sanık olayda birden fazla ihlal içeren hareketiyle kaza yapabileceğini öngörmüş ve kabullenmiştir. Ancak meydana gelen netice açısından ölüm olayının meydana geleceğini öngörüp kabullenmesinden söz edilemez. Yukarıda da değinildiği üzere ölüm olayının meydana geleceğini bilmesi hâlinde icrai hareketlerine devam edeceği yönünde bir durum söz konusu değildir, çünkü kendi aracı içinde bulunan kişiler arkadaşlarıdır.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 16.10.2008 tarihli, 5343/11133 sayılı benzer nitelikteki olayla ilgili içtihadında da eylemin bilinçli taksirle

gerçekleştiği şeklindeki kararı mevcuttur. Tüm bu açıklamalar ışığında meydana gelen olayla ilgili olarak sanığın bilinçli taksir ile eylemi gerçekleştirdiği şeklindeki **Yerel Mahkemenin suçun sübutunu kabul ve vasıflandırması usul ve yasaya uygun olduğundan kararın onanması kanaatiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.**" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

4. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı

Başsavcılık ise olayda bilinçli taksirin söz konusu olduğu kanaatiyle Başsavcılık İtiraz Yetkisini kullanmıştır. Bunun gerekçesini de şu şekilde izah etmektedir: "Maddi olayda, ... tanık beyanları itibarıyla sanığın kullandığı aracın ibresinin 140 kilometreyi gösterdiği, kendisiyle aynı istikamette bulunan ve kırmızı ışıkta bekleyen fakat sanığın geçişi esnasında yeşil ışık yanması üzerine hareket eden araçların arasından birden fazla defa makas atmak suretiyle geçtiği ve pek çok kural ihlali yaptığı ve tam ve asli kusurlu olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Sanığın, meydana gelen trafik kazasına yönelik neticenin meydana gelmesini istememesine rağmen, objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı neticenin meydana gelmesini engelleyemediği, Sanık suç tarihinde 19 yaşında olup gençlik enerjisi içinde ve aldığı alkolün etkisiyle, aracın içinde bulunan kız arkadaşlarına beceri derecesi yüksek bir biçimde araç sürebilme yeteneğini gösterme amacıyla hareket ettiği ve araçta bulunanların sanığın yakın arkadaşları olduğu, sanığın şoförlük yeteneğine, aynı yönde araç kullananların kendilerini koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvendiği, neticeyi öngörmüş olmasına karşın, neticenin gerçekleşmesini istemediği ve bilinçli taksirle hareket ettiği kabul edilmelidir. Sanığın, eylemini gerçekleştirdiği sırada, neticeyi öngörmesine rağmen umursamadığı ve olursa olsun düşüncesiyle hareket ederek icrai hareketlerine devam ettiği konusunda dosya kapsamında bir tespitin bulunmadığı ve sanığın suça konu eylemini, olası kasıtlı işlediğinin kabul edilemeyeceği, Sanığın TCK'nın 85/2. maddesinde yazılı suçu objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı neticenin meydana gelmesini engelleyemediği ve neticenin gerçekleşmesini istemediği ve **eylemi bilinçli taksirle işlediği,**" kabul edilmelidir.

5. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Kararı

a. Temyiz İncelemesinin Kapsamına İlişkin Sorun (Ön Mesele)

aa. Ön Meselede Kurul Çoğunluk Görüşü

Bahsi geçen ön mesele açısından Ceza Genel Kurulu'nda çoğunluk, açıkça temyiz dilekçelerinde belirtilmemiş dahi olsa, Yargıtay'ın eylemin

olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi gerçekleştirildiği hususunda inceleme yapabileceği yönünde kanaat bildirmiştir.

Bu hususta Kurul gerekçesini şu şekilde izah etmektedir:

“07.10.2004 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 25 ve geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan bölge adliye mahkemeleri, 07.11.2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmî Gazete’de ilan edildiği üzere 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlamıştır. Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte istinaf kanun yolu uygulamaya girmiş, böylece ülkemizde fiilen üç dereceli yargı sistemine geçilmiştir. **İstinaf**, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş hükümlerinin hem maddi hem de hukuki yönden denetlenmesi için kabul edilmiş olan olağan bir kanun yolu olup ikinci derecedir. 5235 sayılı Kanun’un 3. maddesinde de istinaf incelemesi yapacak olan bölge adliye mahkemelerinin “adli yargı ikinci derece mahkemeleri” olduğu açıkça belirtilmiştir. İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesinin hükmü, hem delillerin tespiti, değerlendirilmesi ve sübut konusundaki hatalar yönünden hem de sabit kabul edilen olaylara hukuk normları uygulanırken hata yapıp yapılmadığı yönünden incelenir. **Temyiz ise** kural olarak bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen hükümlerle, bu dairelerin hükme esas teşkil eden ara kararlarına ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca iade taleplerine ilişkin ağır ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı başvurulmuş bir olağan kanun yoludur. Bu kanun yoluna başvurulduğunda uyuşmazlığa hüküm mahkemesinden başka bir yargı mercisi bakar. Temyizde hükümler hukuki yönden, yani fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, fiilin hangi suçu oluşturduğu, nasıl yargılama yapıldığı, delillerin nasıl değerlendirildiği, gerekçenin dosya kapsamına uygun olup olmadığı, hükmün doğru oluşturulup oluşturulmadığı ve diğer hukuka aykırılık hâllerinin mevcut olup olmadığı yönlerinden incelenir. Temyiz kanun yolu hukuki meseleye ilişkin hukuka aykırılıkları çözmek için kabul edildiğinden hukuki derece yoludur.

İstinaf mahkemelerinin Türk yargı sistemine dâhil olmasıyla kanun yolu yargılamasında yeni bir anlayışı benimseyen kanun koyucu, istinaf başvurusunda Cumhuriyet savcısı dışındaki diğer kişiler bakımından sebep gösterme zorunluluğu öngörmezken, temyiz kanun yolunda, mülga 1412 sayılı CMUK’dan farklı şekilde, resen temyiz tercihinden vazgeçmiş ve CMK’nın “Temyiz başvurusunun içeriği” başlıklı 294. maddesinde, **temyiz edenin, temyiz başvurusunda hükmün hangi nedenden dolayı bozulmasını istediğini, diğer bir deyişle temyiz sebeplerini göstermek zorunda olduğunu**, temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceğini belirtmiş, CMK’nın “Temyiz gerekçesi” başlıklı 295. maddesinin birinci fıkrasında da, temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunan bölge adliye

mahkemesine bu nedenleri içeren ek bir dilekçe verilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Gerekçeli temyiz dilekçesi, (ek dilekçe, temyiz layihası) temyiz nedenlerinin gösterildiği dilekçedir. Temyiz dilekçesinde ya da daha sonradan verilen ek temyiz dilekçesinde temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından hangi hukuka aykırılıklara dayanıldığına anlaşılır bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Temyiz dilekçesinin, örneğin; "Hükmü temyiz ediyorum." şeklindeki bir açıklamadan ibaret olup herhangi bir temyiz sebebi içermemesi durumunda, tıpkı başvurunun süresi içinde yapılmaması, hükmün temyiz edilemez olması ya da temyiz edenin buna hakkının bulunmaması hâllerinde olduğu üzere usulüne uygun açılmış bir temyiz davasından bahsedilemeyeceğinden CMK'nın 298. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddi gerekir. Mülga 1412 sayılı CMUK'nın "Temyiz sebebi" başlığını taşıyan 307. maddesi; "Temyiz ancak hükmün kanuna muhalif olması sebebine müstenit olur. Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir." düzenlemesini taşımakta iken, 5271 sayılı CMK'nın "Temyiz nedenleri" başlıklı 288. maddesi; "*1-Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. 2- Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.*" şeklinde düzenlenmiş olup, maddenin Hükümet Tasarısı'ndaki gerekçesinde de; "*Madde, 1412 sayılı Kanun'dan ayrılarak 'kanuna aykırılık' yerine daha geniş anlamı ve amaca uygun olan 'hukuka aykırılık' sözcüklerine yer vermiştir. Yargılamanın konusunu oluşturan cezai uyumsuzluk çözüldükten ve maddi gerçeğe ulaşıldıktan sonra ilgili hukuk kuralının eksik veya yanlış uygulanması veya hiç uygulanmaması hukuka aykırılığı oluşturur. Hukuk kuralı deyimi, temel hukuk ilkelerini, yazılı olan veya olmayan hukuk kurallarını, yargılama hukukuna ilişkin kurallarla maddi hukuka ilişkin kuralların tümünü kapsar. Temyiz başvurusunun, hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayandırılması gerekir. Delillerin yanlış değerlendirilmesi, kuralların yorumunu ve eylemin gerçek niteliğinin saptanmasını etkilediğinde elbette ki hukuka aykırılık oluşturur.*" açıklamalarına yer verilmiştir. Mülga 1412 sayılı CMUK'da temyiz sebebi "kanuna aykırılık" olarak belirlenirken, 5271 sayılı CMK'da "hukuka aykırılık" olarak belirlenmiştir. Ancak her iki Kanun'a bakıldığında bu iki farklı kavramın aynı şekilde anlaşılmasının istendiği sonucuna varılmaktadır. Zira her iki Kanun'un ilgili hükümlerinde bu kavramlar, "bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması" şeklinde tanımlanmış olup öğretilerde de geçmişten bu yana kanuna aykırılık kavramı geniş yorumlanmış ve bu ifadenin yazılı hukukla sınırlı anlaşılmaması gerektiği, bu nedenle yazılı hukuka ek olarak; içtihadı aykırılık, tecrübe ve mantık kurallarına aykırılık, öğretiyeye aykırılık, maruf ve meşhur olan şahsi bilgilerdeki hataların da kanuna aykırılık kapsamında denetlenebileceği, ayrıca uluslararası hukuka ve evrensel hukuki değerlere aykırılığın da temyiz nedeni olarak ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Temyiz nedenleri bakımından iki Kanun arasındaki esas

farklılık, 5271 sayılı CMK'nın temyiz başvurusunun içeriği başlıklı 294. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Mülga 1412 sayılı CMUK'nın "Temyiz istidası ve ihtiva edeceği noktalar" başlığını taşıyan 313. maddesi; *"Temyiz eden taraf hükmün hangi cihetine itiraz ve neden dolayı bozulmasını talep etmekte olduğunu temyiz istidasında veya beyanında veyahut layihasında gösterir. Temyiz için istinad edilen sebeplerde muhakeme usulüne müteallik hukuki bir kaideye mi yoksa kanuni diğer hükümlere mi, muhalefet etmiş olmasından dolayı itiraz bulunduğu gösterilir. Birinci hâlde kanuna muhalif olan vak'alar izah olunur."* şeklinde düzenlenmiş iken, 5271 sayılı CMK'nın "Temyiz başvurusunun içeriği" başlığını taşıyan 294. maddesi;

"1-Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.

2-Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir." şeklinde düzenlenmiştir.

1412 sayılı CMUK'nın 313. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 294. maddesinin ilk fıkraları temyiz sebeplerinin gösterilmesi hususuna ilişkindir ve arada ciddi bir fark yoktur. Oysa her iki maddenin ikinci fıkraları birbirinden tamamen farklıdır. 5271 sayılı Kanun'un 294. maddesinin ikinci fıkrasında temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği açıkça belirlenmiştir. Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği maddi sorunu oluştururken sanık tarafından gerçekleştirilmiş fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, suç oluşturduğu kabul edilen fiile hangi cezanın verilmesi gerektiği, delillerin nasıl değerlendirildiği, nasıl yargılama yapıldığı, gerekçenin dosya kapsamına uygun olup olmadığı, hükmün doğru oluşturulup oluşturulmadığı gibi hususlar ise hukuki sorunu oluşturur. Sübut da denilen maddi mesele, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin sözlülük ve doğrudan doğrualık ilkelerini uygulayarak eylemi öğrenmesidir. Hukuki mesele ise olayın hukuk karşısındaki durumunu tespit etmek anlamına gelir.

Temyiz nedeni olan hukuka aykırılık, muhakeme hukuku normunun ihlali (Örneğin, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanığa bu hakkının hatırlatılmaması, hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verilmemesi gibi.) ya da maddi hukuk normunun ihlali (Örneğin, sanığın eylemi suç teşkil etmediği hâlde mahkûmiyet hükmü kurulması, suçun niteliğinin hatalı belirlenmesi, eksik araştırmaya dayalı olarak karar verilmesi gibi.) şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi hukuk normunun ihlâli hâlinde temyiz edenin sıfatı da dikkate alınarak kararın bozulması gerekmekte ise de muhakeme hukuku normlarının ihlallerinde, ihlalin hükmü etkileyip etkilemediği gözetilmelidir.

Bu kapsamda, muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz nedeni olarak açıkça ileri sürülmesi gerekmektedir. Muhakeme hukukuna aykırılık iddiasına dayanan temyiz taleplerinde Yargıtay hem muhakeme normunun doğru uygulanıp uygulanmadığını hem de ilk derece veya bölge adliye mahkemelerince muhakeme normunun uygulandığı olayın doğru tespit edilip edilmediğini denetleyecektir.

Temyiz dilekçesinde muhakeme hukukuna aykırılık iddiasının temyiz sebebi olarak gösterilmemesi ya da gösterilmekle birlikte hükme etki edecek nitelikte olmadığına anlaşılması durumunda usul hükümlerine uygunluk bakımından sadece 5271 sayılı CMK'nın 289. maddesi kapsamında hukuka kesin aykırılık hâlleriyle sınırlı bir temyiz incelemesi yapılacak, inceleme sırasında tespit edilen ancak hükmü etkilemeyen muhakeme hukukuna aykırılıklar Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmayarak kararda işaret edilmekle yetinilecektir. Temyiz nedeninin, maddi hukuk kurallarına aykırılık iddiasına dayanması hâlinde ise maddi hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle hükmün temyiz edilmesi yeterli olup cezaî yaptırımların kişiler üzerindeki telafisi mümkün olmayan ağır sonuçları da gözetilerek somut olayda adaleti gerçekleştirme ve doğru bir hüküm oluşturma ile yükümlü olan Yargıtayca dosyaya yansıyan tüm maddi hukuk kurallarına aykırılıklar tespit edilip temyiz edenin sıfatı da dikkate alınmak suretiyle bozma nedeni yapılması gerekecektir.

Nitekim, 5271 sayılı CMK'nın 301. maddesinin Hükümet Tasarısı'ndaki gerekçesinde; *"Yargıtay, yalnız temyiz dilekçesi veya beyanında maddi hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle ileri sürülen hususlarla, temyiz istemi yargılama hukukuna ilişkin kuralların uygulanmaması veya eksik veya yanlış uygulanmasından dolayı yapılmışsa bu olgular hakkında inceleme yapar."* açıklamalarına yer verilerek temyiz sebebinin hangi hukuka aykırılık iddiasına dayandırıldığına gösterilmesi; muhakeme hukukuna aykırılık iddiasına ilişkin temyiz taleplerinde, hiç uygulanmayan, eksik veya yanlış uygulanan usul kuralları ile buna dayanan maddi olguların ileri sürülmesi gerektiği vurgulanmıştır. Öğretide de, temyiz sebeplerinin muhakeme hukukuna ve maddi hukuka ilişkin olarak ileri sürülmesi bakımından; "Maddi hukuk normlarına ilişkin temyiz başvurularında sebep gösterilmesi zorunluluğunun Yargıtay incelemesinde önemli bir sınırlama içermediği, muhakeme hukukuna aykırılık nedeniyle hüküm temyiz ediliyorsa hükmü temyiz edenin, bu aykırılığa temel oluşturan maddi olguları göstermek zorunda iken maddi hukuka aykırılıkta, maddi hukuka aykırılıktan dolayı hükmün temyiz edildiğinin belirtilmesinin yeterli olduğu, Yargıtayın maddi hukuk normlarının tümünü göz önünde tutup inceleme yapması gerektiği,"; (Serap Keskin Kızıroğlu, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Yasa Yoluna İlişkin Değişikliklere Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kasım-Aralık, 2017, s.182 vd.) "5271 sayılı CMK'nın 288. maddesi uyarınca temyiz sebebi olarak belirtilenler dışında kalan muhakeme hukukuna ilişkin diğer hukuka aykırılıklar bakımından Yargıtayın karar vermesine olanak bulunmadığı, buna karşılık, kararın hukuka aykırı olduğu ve bozulması gerektiği yönünde bir irade ortaya konulduğu sürece incelemenin maddi hukuka ilişkin tüm hukuka aykırılıklar yönünden yapılabileceği, bu bağlamda, Yargıtayın olayda meşru savunma koşullarının gerçekleştiği gerekçesiyle yapılan bir temyiz istemi karşısında bu istemi yerinde bulmasa bile haksız tahrikin koşullarının gerçekleştiği ve bu nedenle de cezanın

indirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozabileceği,” (Mustafa Ruhan Erdem, Cihan Kavlak, Ceza Muhakemesinde Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Yargıtay Dergisi, Ekim 2018, Sayı: 4, s. 1434-1472.) şeklinde görüşler ileri sürülmüştür.

Bu aşamada, bölge adliye mahkemelerince verilen kararların temyizi üzerine temyiz denetiminin ne şekilde yapılacağına da değinilmelidir.

5271 sayılı CMK'nın “Temyizde incelenecek hususlar” başlıklı 301. maddesi;

“1-Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında inceleme yapar.” biçiminde düzenlenmiştir.

Doktrinde, temyiz denetiminin kapsamının belirlenmesi bakımından; “Yargıtay hukuksal incelemesine önündeki hüküm bakımından ispat konularının sübuta erdiği varsayımından başlar. Temyiz mahkemesi yalnızca hâkimin delilleri değerlendirmesinde hukuksal hata yapıp yapmadığını değerlendirebilir. Delillerin değerlendirilmesi ve ispat açısından vicdani kanıyı olay hâkiminin oluşturması gerekir. Ancak bunun için de yerel mahkeme kararının gerekçesi ve dayanaklarının, sanığın tüm sorgu tutanaklarının, temyiz mahkemesine sunulması gerekir.” (Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, Ankara 2017, s.778 vd.); “Yargıtay, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek eylemin varlığı veya yokluğu, kanıtların inandırıcılığı ya da kesinliği gibi yargılarda bulunamaz, ancak maddi olayların gerekçede yeterince yansıtılıp yansıtılmadığı, yansıtılan maddi olaylara ilişkin kanıtların tartışılıp tartışılmadığı, bu tartışma yapılırken doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uyulup uyulmadığı yönlerinden hükmü inceleyerek olay yargılamasını sınırlı bir şekilde denetleyebilir.” (Sami Selçuk, Temyiz Denetiminin Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s.336); “Temyiz kanun yolunda maddi mesele incelenemez. Ancak kanun koyucu sanığa gerçekçi bir hukuki koruma sağlamayı amaçladığı için aradan geçmiş olan zamanın olumsuz etkilemediği oranda maddi mesele incelenebilmelidir. Burada esas mahkemesindeki hâkimin doğrudan doğruyalık ilkesinden kaynaklanan maddi meseleyi takdir etme yetkisi ortadan kaldırılmadan, dosyaya girdiği oranda maddi meseleyi inceleyen, bu istisna dışında sadece hukuki mesele ile ilgilenen bir temyiz incelemesi yapılmalıdır. Yargıtay maddi meseleyi sadece hükmün gerekçelerine dayanarak incelemelidir.” (Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s.1234.); “Tamamen maddi soruna ilişkin olan aykırılıkların temyiz kanun yolunda denetlenmesi mümkün değildir. Ancak, mahkemenin, elindeki maddi olguları hukuk kurallarına uygun olarak değerlendirip değerlendirmedeği ve hükme esas alırken hukuk kurallarına bağlı kalıp kalmadığı Yargıtay tarafından incelenmek zorundadır. Aynı şekilde hukuka aykırılığın, yargılama kurallarının doğru uygulanmaması nedenine dayandığının ileri sürülmesi hâlinde de

Yargıtay hem yargılama kurallarına uyulup uyulmadığına hem de bu kuralların uygulanmasına esas teşkil eden ve daha önce mahkemece tespit edilmiş olan maddi vakıaların doğru değerlendirilip değerlendirilmediğini inceleyebilecektir." (Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İzmir, 2017, s.856.); "Temyiz kanun yolunda temyiz mahkemesi, sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkelerini uygulayarak geçmişte olan bir olayın nasıl meydana geldiğini ortaya çıkaran olay hâkiminin tespitleriyle bağlıdır. Bununla birlikte olay mahkemesinin tespitleri belirsiz, eksik, çelişkili, mantık veya deneyim kurallarıyla çatışıyor ise olay mahkemesinin tespitleriyle bağlılık ortadan kalkar. Yargıtayın, bölge adliye mahkemesi incelemesinden geçmiş bir karar ile ilgili yapacağı denetimin, verilen kararın hukuksal yönüyle sınırlı olması hâli, Yargıtayca hiçbir zaman maddi olay denetimi yapılamayacağı anlamına gelmez. İlk derece veya bölge adliye mahkemelerinin kararlarında bilimin yerleşmiş ilkelerine, genel yaşam deneyimlerine, mantık kurallarına aykırılıklar varsa, ulaşılan sonuç ve gerekçe arasında birbiriyle açıkça çelişen tespitler bulunuyorsa, maddi olay açık, kesin ve tam olarak belirlenememiş ise ve bu nedenlerle kararın hukuksal yönden denetimine olanak yoksa Yargıtay maddi olay denetimi yapabilir." (Erdem-Kavlak, s.1424-1460.); "Bir olayı tespit ederken ilk derece mahkemesi hâkimi delilleri serbestçe takdir eder. Ancak bu tespitin eksiksiz olması ve hâkimin kanaatinin objektif dayanaklarının hükümden anlaşılması gerekir. Bu nedenle maddi olaya ilişkin denetim, maddi vakıanın sübutuna ilişkin kanaatin yeterli delile dayanarak ve mantık kurallarına uygun bir şekilde oluşturulup oluşturulmadığı açısından yapılmaktadır." (Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, 2016, s.840.) şeklinde görüşler ileri sürülmüştür. Görüldüğü gibi doktrinde çoğunlukta olan anlayışa göre, Türk Ceza Muhakemesine istinaf kanun yolunun getirilmiş olması, temyiz mahkemesinin önceden olduğu gibi somut temyiz denetiminin elverdiği ölçüde maddi soruna girmesine engel oluşturmayacak, temyiz kanun yolunda somut dava üzerinden içtihatlarla birliği sağlayacak olan Yargıtay, ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinin, sözlülük, doğrudan doğruyalık ve yüz yüzelik ilkeleri uyarınca elde edilen delilleri vicdani kanaatleri ile serbestçe takdir etme yetkilerini de dikkate alarak bu delillerle varılan sonucun hukuk kurallarına, akla, mantığa, genel hayat tecrübelerine ve bilimsel görüşlere uygun olup olmadığının tespiti bakımından somut dosya üzerinden görebileceği ve inceleyebileceği maddi sorunla ilgili vaka değerlendirmelerindeki hukuka aykırılıklardan dolayı bozma kararı verebilecektir.

İlk derece ve bölge adliye mahkemelerinin uyguladığı maddi ceza normlarının hukuka uygun olması, maddi olayın doğru ve eksiksiz bir şekilde tespit edilerek bu tespite uygun olan maddi hukuk normlarının uygulanmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, maddi sorun ile maddi hukuk normlarının bu ayrılmaz niteliğinden dolayı uygulanan maddi hukuk normlarının hatalı olduğu iddiasıyla yapılan temyiz

başvurularında hükmün hukuki yönden denetiminin maddi sorundan ayrılması mümkün değildir. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması sonucunda maddi sorunun da hatalı şekilde belirlendiği hâllerde dosyaya yansıyan tüm delillerle birlikte maddi sorun irdelenmeksizin hükmün hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, Kanun'da Yargıtayın temyiz denetimi sırasında maddi sorunu inceleyemeyeceğine ilişkin bir hüküm de mevcut değildir. 5271 sayılı CMK'nın "Yargıtayca davanın esasına hükmedilecek hâller, hukuka aykırılığın düzeltilmesi" başlıklı 303. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunmasının gerektiği durumlarda, Yargıtayın, davanın esasına hükmedebileceği belirtilmiş olup bu düzenlemeye göre ilk derece veya bölge adliye mahkemelerinin tespitlerinin hukuki denetim yapılmasına olanak vermeyecek ölçüde yetersiz olması hâlinde maddi sorunun tespiti ve buna bağlı olarak maddi ceza normunun doğru tatbik edilmesi bakımından Yargıtayın eksik araştırma nedeniyle bozma kararı verebilecek olması, hukuki denetimin, o ana kadar yapılan tespitlerin, normun olaya uygulanması için yeterli dayanak oluşturup oluşturmadığı hususunu da içerdiği sonucunu doğurmaktadır.

Sonuç olarak, Yargıtay, temyiz kanun yoluyla ülkedeki hukuk kurallarının istikrarlı ve aynı biçimde uygulanmasını yani içtihat birliğini sağlar. 5271 sayılı CMK, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasına istinafi yerleştirerek, hem Yargıtayın içtihat mahkemesi konumunu güçlendirmeyi hem de mahkemelerin son kararlarının yalnızca hukuki sorun değil, maddi sorun açısından da sağlıklı bir şekilde denetlenmesinin yolunu açmayı öngörmüştür. Bununla birlikte ceza muhakemesinin amacı, her somut olayda kanuna ve usulüne uygun olarak toplanan delillerle maddi gerçeğe ulaşıp adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçebilmek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektedir. Gerek 1412 sayılı CMUK, gerekse 5271 sayılı CMK, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiştir. Anayasa'nın 138. maddesi de tüm hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini hükme bağlamıştır. Bu nedenle ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde yapılmakta olan yargılama sonucunda ulaşıma imkânı bulunan bütün deliller ele alınıp değerlendirilmeden karar verilmesi, maddi sorunun doğru olarak tespit edilmemesi, dosyada mevcut delillerle maddi soruna ilişkin tespitlerin uyumlu olmaması gibi nedenlerle yazılı hukuka, evrensel hukuki değerlere, akla, bilime ve tecrübe kurallarına aykırı olacak şekilde maddi olay değerlendirmesinin hatalı olarak belirlendiği hâllerde adaletin tam olarak gerçekleşmesi amacı da gözetilerek Yargıtayın, hükmün hukuki yönüne ilişkin olan ve hükme etki eden maddi olay değerlendirmesindeki hukuka aykırılıkları

da temyiz yoluyla incelemesi gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında ön soruna ilişkin uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yerel Mahkemece sanık hakkında bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik sanık müdafisi ile katılanlar vekilleri tarafından istinaf başvurusunda bulunulması üzerine **Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurularının esastan reddine karar verildiği**, bu kararın sanık müdafisi tarafından tanık dinletme taleplerinin reddedildiğine ve sanık lehine delillerin dikkate alınmadığına dair muhakeme hukukuna aykırılık iddialarına dayalı nedenler ile Yerel Mahkemenin olayın gerçekleşme şekline ilişkin kabulünün yerinde olmadığına, bilinçli taksir koşullarının oluşmadığına, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesini gerektirir bir durum olmadığına ilişkin maddi hukuka aykırılık iddialarına dayalı ve resen gözetilecek nedenlerden, katılanlar ... ve ... vekili tarafından ise katılanlar yararına vekâlet ücretine hükmedilmediğine ilişkin muhakeme hukukuna ilişkin aykırılık iddiasına dayalı neden ile sanık hakkında takdiri indirim yapılmaması ve cezanın üst sınıra yakın tayin edilmesi gerektiğine ilişkin maddi hukuka aykırılık iddialarına dayalı ve resen gözetilecek nedenlerden bozulması talebiyle temyiz edilmesi üzerine Özel Dairece, sanığın eylemini olası kast ile gerçekleştirdiğinden, kabule göre de temyiz yoluna başvuran katılanlar lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğinden bahisle bozulmasına karar verildiği anlaşılmakla; sanık müdafisinin Yerel Mahkemenin olayın gerçekleşme şekline ilişkin kabulünün yerinde olmadığına, bilinçli taksir koşullarının oluşmadığına, cezanın alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesini gerektirir bir durum olmadığına, katılanlar ... ve ... vekilinin ise sanık hakkında takdiri indirim yapılmaması ve cezanın üst sınıra yakın belirlenmesi gerektiğine ilişkin temyiz nedenlerinin maddi hukuka aykırılık iddialarına dayanması, Yargıtayca da maddi hukuka aykırılık iddiasına dayalı temyiz istemlerinde dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıkların temyiz edenin sıfatı da dikkate alınmak suretiyle bozma nedeni yapılmasının gerekmesi karşısında, eylemi olası kastla öldürme suçu olarak değerlendiren Özel Dairece, sanığın bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik istinaf başvurularının esastan reddine dair kararın, katılanlar ... ve ... vekili tarafından **açıkça temyiz nedeni olarak ileri sürülmemekle birlikte sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturma ihtimaline göre maddi hukuka aykırılık nedeninden bozulmasının mümkün olduğu**, buna bağlı olarak Ceza Genel Kurulunca sanığın eylemini olası kastla mı bilinçli taksirle mi gerçekleştirdiğine ilişkin uyuşmazlığın esasının görüşülmesi gerektiği kabul edilmelidir.”

bb. Ön Meselede Kurul Azınlık Görüşü

Çoğunluk görüşüne iştirak etmeyen dört Kurul üyesi ise Yargıtay'ın temyiz gerekçeleri ile bağlı olduğunu ve temyiz dilekçelerinde belirtilen gerekçelerin dışına çıkarak inceleme yapamayacağını belirterek çoğunluğun kararına muhalif kalmışlardır. Onların gerekçeleri de şu şekilde kayda geçmiştir:

"Aşağıda arz edilen nedenlerle sayın çoğunluğun usul ve yasaya aykırı olduğu düşünülen bu görüşüne iştirak edilmemiştir.

A- Tarafların temyiz başvurularında gösterdikleri temyiz sebeplerinin incelemeye sınırlama getirip getirmediği hususunun incelenmesinde; 5271 sayılı CMK'nın 288. maddesi 'Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır', aynı Kanun'un 294. maddesi 'Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. Temyiz sebebi ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir.' ve aynı Kanun'un 301. maddesi 'Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar.' şeklinde hükümler içermektedir. Bu açık düzenlemelere göre Yargıtay tarafların ileri sürdüğü temyiz nedenleriyle bağlı olup, CMK'nın 289. maddesinde gösterilen mutlak temyiz nedenleri dışında ileri sürülmeyen hukuka aykırılıkları, hükme ne derece etkili olursa olsun, kendiliğinden inceleyemez. 1412 sayılı CMUK'nın 320. maddesi temyiz dilekçesinde gösterilmese dahi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görmesi hâlinde Yargıtaya inceleme ve bozma yetkisi vermekteydi. Oysa bunun karşılığı olan CMK'nın 301. maddesi açıkça sadece temyiz başvurusunda belirtilen hususları inceleme yetkisi vermektedir. Bu nedenle 'tarafların temyiz dilekçesinde maddi hukuka aykırılık iddiasına dayanması nedeniyle, CMK'nın 289. maddesindeki kesin hukuka aykırılıklar yanında dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıkların incelenebileceğine' ilişkin düşüncenin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca maddi hukuka ilişkin bir sebebin ileri sürülmesi hâlinde, lehe aleyhe bakılmaksızın tüm maddi hukuka aykırılıkların incelenmesi yoluna gidilmesi sınırsız inceleme olanağı getirir ve usulün emredici temyiz sebebiyle sınırlı inceleme kuralını işlemez hâle getirir.

Öte yandan gösterilen sebeple sınırlı inceleme yapma kuralının sonucu olarak, bu kuralı işletecek ölçüde, diğer bir ifade ile dosyayı ve hükmü tümüyle incelemeye gerek kalmadan, dilekçeye bakarak nelerin inceleneceğini anlamayı ve sınırlandırmayı sağlayacak biçimde nedenlerin somutlaştırılması gerekir. Temyiz dilekçesi kapsamından muhakeme ve maddi hukuka ilişkin hangi normun ihlal edildiğinin anlaşılması veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Bu kapsamda 'hüküm hukuka aykırıdır', 'usul ve yasaya aykırıdır', 'temyiz ediyorum', 'ceza fazladır veya eksiktir' veya 'resen dikkate alınacak sebeplerle hükmün bozulması gerekir' şeklindeki temyiz başvuruları kabul

edilemez. Aksinin kabulü hâlinde bu şekilde sadece soyut ve genel ifadeler içeren temyiz dilekçeleri üzerine hükmün tüm yönleri incelenir ve sebeple sınırlı inceleme kuralı işlemez hâle gelir. Özetle başvuruda kullanılan ifadeler, kararın hangi nedenle bozulması gerektiği konusunda yeterli bir irade ortaya koymuyor ve incelemenin kapsamını sınırlandırmıyor ise bu temyiz sebebinin dikkate alınmaması gerekmektedir.

Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz incelemesi öncesi düzenleyeceği tebliğname ve inceleme sonrası düzenleyeceği itiraznamede tarafların ileri sürmedikleri hukuka aykırılıkları ileri süremezler. Temyizin sebeple sınırlı olması kuralı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı değerlendirmeleri için de geçerlidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; İlk derece ve istinaf mahkemesi sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğini kabul ederek hüküm kurmuşlardır. Başta katılanlar vekilinin temyiz dilekçesi olmak üzere temyiz başvurularının hiçbirisinde sanığın olası kastla hareket ettiğine ilişkin bir temyiz nedeni bulunmamaktadır. Temyiz dilekçelerinde yer alan 'resen nazara alınacak' ve 'mahkemenizce göz önünde bulundurulacak nedenlerle' hükmün bozulması istekleri yasal temyiz nedeni değildir ve bunlara dayanılarak incelemenin kapsamı genişletilemez. Buna rağmen Özel Dairenin sanığın olası kastla hareket ettiğinden söz ederek bozma kararı vermesi CMK'nın 288, 294 ve 301. maddelerinde öngörülen temyiz incelemesinin gösterilen sebeple sınırlı olmasına ilişkin kurala açıkça aykırıdır. Tarafların göstermedikleri bir nedenle bozma kararı verilerek sanık aleyhine durum yaratılması yasal değildir.

B- Sanığın kastının bulunup bulunmadığının belirlenmesinin maddi sorun mu yoksa hukuksal sorun mu olduğunun, bu kapsamda temyiz mahkemesinin bunu incelemeye yetkili olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; Kural olarak Yargıtay, sadece hukuka aykırılıkları incelemekle yetkili olup, dosyadaki maddi olguları inceleyemez ve denetimini yapamaz, mahkemenin takdirinin yerinde olup olmadığını değerlendiremez, sadece hükmün bir kanun ihlal edilerek kurulup kurulmadığına bakılır. Diğer anlatımla temyizde, uyuşmazlığın sadece hukuki yönünü, yani ilk derece veya BAM tarafından tespit edilen maddi olayın hukuk normları karşısındaki durumu ele alınarak, hukuk normlarının maddi olaya doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı, norm ihlali olup olmadığı denetlenmektedir. Bu yapılırken alt mahkemelerin tespit ettiği maddi olay inceleme dışı kalacak, yerel ve istinaf mahkemesi tarafından saptanan olgular ve hükme esas alınan deliller üzerine kurulan hükümde, hukukun doğru ve eksiksiz uygulanıp uygulanmadığı araştırılacaktır. Temyizin amacı Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarındaki hukuka aykırılıkları gidererek ülkede uygulama birliğinin sağlanması ve hukukun geliştirilmesidir. Yargılama kuralları ile usul yasasında öngörülen kanun yollarının ana hedefi daha doğruyu, gerçeği ve buna uyan hukuk normlarını belirlemektir. Bu bağlamda temyiz incelemesinde ulaşılmak istenen

amaç, yargılama konusu olayda mümkün olan en adil kararı vermek ise, dikkate alınacak husus, Yargıtay tarafından verilecek olan kararın, alt mahkemelerde verilmiş olan kararlardan daha iyi ve daha değerli bir karar olmasıdır.

Maddi vakaların belirlenmesi esasen fiilin öğrenilmesi faaliyetidir, fiilin öğrenilmesi ise delillerin ortaya konulup tartışılmasıyla olur. Bu görev esas hâkimi denilen ilk derece hâkimine ve hükmün istinaf edilmesi durumunda istinaf hâkimine ait bir yetkidir. Temyiz mahkemesi ise yargılamanın en önemli aşaması olan duruşmayı ve dolayısıyla öğrenme yargılamasını yapmamaktadır. Bu nedenle kural olarak temyiz hâkimi, maddi tespitlerle ilgili ilk derece hâkiminin ulaştığı vicdani kanaati kaldırıp bundan farklı şekilde kendi kanaatini ikame edemez. Çünkü bu tespitler yüz yüze yapılan duruşmada ortaya konulmuş olan delillerden elde edilen kanaatle oluşmuştur. Hâkimin yüz yüze yapılan sözlü duruşmada, huzurunda kanıtların tartışılması ve beş duyusu ile elde edebildiği bilginin, bunları belirleme ve algılama olanağından yoksun temyiz hâkimince denetlenmesi hukuktan önce mantık kurallarına aykırıdır ve akli değildir, gerçeği bulmaya katkı sağlamaz. Delillerle doğrudan temas eden, kanıtlarla diyalektik ilişki kuran hâkimin maddi olay bakımından vardığı sonucun, doğrudanlık ve sözlülük ilkelerine aykırı biçimde temyiz hâkimince denetlenmesi bizi yanlış sonuçlara götürür. İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan elde edilen ve yaşanmış bir duruşmadan çıkan vicdani kanaatin yerine, temyiz mahkemesi bundan yoksun hâlde oluşturduğu kendi görüşünü koyarsa, ilk derecenin daha iyi yaptığı işlemin yerine, kendi kötü işlemini koymuş olur. Gerçeği bulma konusunda yerel mahkeme daha iyi araçlara ve imkâna sahiptir. Huzurunda tartışılan kanıtlar nedeniyle olayı kısmen gören ve yaşayan yerel mahkeme, sadece dosyayı ve duruşma tutanaklarını gören temyiz mahkemesinden daha doğru sonuca ulaşır. Açıklanan sebeple Yargıtay ilk derece mahkemesinin yaptığı tespitlerden sadece doğrudan ve sözlü bir duruşma yapmaksızın denetlenebilen tespitleri denetleyebilir. Yargıtayın maddi tespitle ilgili her sorunu çözmeye yeltenmesi gerçeği bulmaya yardımcı olamaz, tarafların etkin katılmadıkları soyutlandıkları bir karar ortaya çıkar. Bu nedenle maddi tespitlerin Yargıtay tarafından denetlenmesine mantıklı bir sınırlama getirilmesi zorunludur, yasa koyucu da yukarıda belirtilen düzenlemelerle bu yolu benimsemiştir. Yargıtay hukuk sorunu ile olay sorununu ayırmalı, duruşma yapmadığı için de yerel mahkemenin yerine geçerek olay sorununu tüm yönleri ile incelememeli, eylemin varlığı yokluğu, kanıtların yeterliliği, delillerin yanlışlığı veya yansızlığı gibi konulara bakmamalı, varlığı kabul edilen olayı doğru nitelermeye odaklanmalı, yerel mahkemenin hukuksal değerlendirmesinin yerinde olup olmadığını incelemelidir. Esasen duruşma yapmayan mahkeme veya hâkimin olayı doğru değerlendirmeye ve çözmeye ne olanağı, ne de yetkisi vardır. Duruşmaya katılmayan hâkimin olaya ilişkin sorunları çözmesi eşyanın doğasına aykırıdır. Temyiz mahkemesinin maddi meseleyi çözmeye kalkışması doğrudanlık, yüz yüze olma, açıklık ve

sözlülük ilkelerine göre yapılan duruşmayı gereksizleştirir, hâkimin duruşmada sunulan kanıtlara göre vicdani kanaatini oluşturması ilkesi yerine, buna yabancı hâkimin kanaati konur. Bu da adli yanılırları artırır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Failin iç ve psikolojik dünyasını ilgilendiren suç kastının var olup olmadığını, var ise hangi suç kastını taşıdığını ve kast türlerinden hangisi olduğunu belirlemek bir olay sorunu, yani maddi sorundur. Zira, bir olayda sanığın iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesi ortaya koyduğu söz ve davranışlara bakılarak belirlenmektedir. Sanığın söz ve davranışlarının belirlenmesi ise tipik maddi olayın belirlenmesi işi olup tamamen ilk derece ve istinaf mahkemesinin görev alanına girmektedir. Somut olayda da sanığın bilinçli taksirle mi, yoksa olası kastla mı hareket ettiğinin belirlenmesi için, olay sırasındaki hızının, alkollü olup olmadığını ve düzeyinin, kırmızı ışık ihlali yapıp yapmadığının, tanık beyanlarının, bilirkişi raporlarının, tarafların ilişkilerinin ve sair yönlerinin saptanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunların tespit ve değerlendirilmesi ise tamamen maddi sorundur, diğer bir ifadeyle geçmişte yaşanan bir olayın nasıl meydana geldiğinin ortaya çıkartılması faaliyetidir. Bunu yapma görev ve yetkisi ise yukarıda ayrıntıları gösterilen nedenlerle sözlülük, yüz yüzelik ve doğrudan doğruyalık ilkelerine uygun şekilde ilk derece ve istinaf mahkemelerine aittir. Tarafların temyiz dilekçelerinde bozma nedeni olarak gösterilmiş olsa dahi Yargıtay'ın sanığın kastını belirleme yetkisi bulunmamaktadır, esasen bunu ilk derece mahkemesinden daha doğru belirlemesi olanağı da yoktur.

Sonuç olarak, sanığın olası kastla hareket ettiğine ilişkin tarafların gösterdiği bir temyiz nedeni bulunmadığı gibi, maddi sorun niteliğinde olan kastın belirlenmesi faaliyetinin ilk derece ve istinaf mahkemesinin görevi kapsamında bulunması nedeniyle, **sebeple sınırlı olarak hükmü sadece hukuki yönden denetlemeye yetkili Özel Dairenin bozma kararının yetki aşarak verildiği ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğu nazara alınarak itirazın değişik gerekçeyle kabulüne karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir."**

2. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımına İlişkin Sorun (Esas İlişkin Mesele)

aa. Esasa İlişkin Meselede Kurul Çoğunluk Görüşü

Kurul sanığın trafik kazasında sanıkla aynı araçta bulunan iki kişinin ölümü ile diğer araçta bulunan bir kişinin yaralanmasına ilişkin neticeler bakımından, Ceza Dairesi gibi olası kastla hareket ettiği kanaatine ulaşmıştır. Oy çokluğu ile alınan bu kararın gerekçesi şu şekilde yazılmıştır:

“5237 sayılı TCK'nın "Kast" başlıklı 21. maddesi;

(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir" şeklinde düzenlenerek, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde doğrudan kast, ikinci fıkrasının birinci cümlesinde de olası kast tanımlanmıştır.

Olası kastın tanımlandığı TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde; *“...Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir. Mevzuatımıza giren yeni bir kavram olan olası kastla ilgili uygulamadan bazı örnekler vermek yararlı olacaktır.*

Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister; ancak kendilerine yeşil ışık yanan kavşaktan geçmekte olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya birkaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. Trafik lambası kendisine kırmızı yanan sürücü, yaya geçidinden her an birilerinin geçtiğini görmüş; fakat, buna rağmen kavşakta durmamış ve yoluna devam etmiştir. Bu durumda otobüs sürücüsü, meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları kabullenmiştir.

Düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardi ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olur. Bu örnek olayda kişi yaptığı atışlardan çıkan kurşunların orada bulunan herhangi birine isabet edebileceğini öngörmüş; fakat, buna rağmen silâhıyla atışa devam etmiştir. Burada da fail silâhıyla ateş ederken ortaya çıkacak yaralama veya ölüm neticelerini kabullenmiştir. Verilen bu örneklerde kişinin olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerekir.” şeklinde açıklamalara yer verilmiş ve olası kasta ilişkin örnek olaylar gösterilmiştir. Buna göre, doğrudan kast; öngörülen ve suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeye yönelik irade olup kanunda suç olarak tanımlanmış eylemin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi ile oluşur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini bilmesi ve istemesi hâlinde doğrudan kastla hareket etmiş olacak, buna karşın işlemiş olduğu fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine ve bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak tasavvur etmesine rağmen muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlemesi hâlinde olası kast söz konusu olacaktır.

Olası kast ile doğrudan kast arasındaki farkı ortaya koyan en belirgin unsur, doğrudan kasttaki bilme unsurudur. Fail hareketinin kanuni tipi gerçekleştireceğini biliyorsa doğrudan kasıtlı hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir. Yine failin hareketiyle hedeflediği doğrudan neticelerle birlikte, hareketin zorunlu veya kaçınılmaz olarak ortaya çıkan sonuçları da, açıkça istenmese dahi doğrudan kastın kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik hareketin, günlük hayat tecrübelerine göre diğer bir kısım neticeleri de doğurması muhakkak ise, failin bu sonuçlar açısından da doğrudan kastla hareket ettiği kabul edilmelidir. Olası kastı doğrudan kasttan ayıran diğer ölçüt; suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşmesinin muhakkak olmayıp muhtemel olmasıdır. Fail, böyle bir durumda muhakkak değil ama, büyük bir ihtimalle gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte ve "olursa olsun" düşüncesi ile göze almakta; neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir çaba göstermemektedir. Olası kastta failin kanunda tanımlanan bir sonucun gerçekleşmesine neden olacağı muhtemel görülmesine karşın, bu neticenin meydana gelmesi fail tarafından kabul edilmektedir.

5237 sayılı TCK'nın hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde "kanunda tanımlanmış haksızlık" olarak ifade edilen suç; kural olarak ancak kastla, kanunda açıkça gösterilen hâllerde ise taksirle de işlenebilir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 22/2. maddesinde taksir; "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Taksirli suçlarda, gerek icrai, gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülemeyecek bir sonucun gerçekleşmesi hâlinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Sonucun gerçekleşmesinde mağdurun taksirli davranışının da etkisinin olması hâlinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağına kesmediği sürece bu durum, failin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, taksirin niteliğini de değiştirmeyecektir. Türk Ceza Kanunu'nda kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hâl ancak temel cezanın tayininde dikkate alınabilecektir. Türk Ceza Kanunu'nda taksir; "basit" ve "bilinçli" taksir olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir; "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi" şeklinde tanımlanmış, bu hâlde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür. Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksir hâlinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü hâlde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü hâlde, sırf şansına veya başka etkenlere,

hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlikelilik hâli, bunu öngörememiş olan kimsenin tehlikelilik hâli ile bir tutulamayacaktır. Neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlüdür.

Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında; *"kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi"* şeklinde tanımlanıp başkaca ayırıcı unsura yer verilmeyen olası kast ile aynı Kanun'un 22. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"kişinin, öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır"* biçiminde tanımlanan bilinçli taksirin karıştırılacağı hususu öğretide dile getirilmiş, kanun koyucu da madde metninde yer vermediği "kabullenme" ölçütünü aynı maddenin gerekçesinde; *"olası kast halinde suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir, diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir"* şeklinde açıklamak suretiyle, olası kastı bilinçli taksirden ayıracak kıstası ortaya koymuştur.

Öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, failin neticeyi istememekle beraber neticenin meydana gelmesinin muhtemel olduğunu bilmesine rağmen duruma kayıtsız kalarak hareketini sürdürmek suretiyle muhtemel neticeyi kabullenmiş ise olası kast, failin neticeyi öngörmesine rağmen becerisine, şansına, tecrübesine ya da başka bir etkene güvenip neticenin meydana gelmeyeceğine inanarak gerektiğinde muhtemel neticenin gerçekleşmemesi için gerekli önlemleri de almak suretiyle hareketini sürdürmesi hâlinde ise bilinçli taksir vardır. Bu aşamada, ilgili trafik mevzuatı ile Adli Tıp Beşinci İhtisas Kurulunun alkolün güvenli sürüş yeteneğine etkisine ilişkin görüşüne değinilmesinde fayda vardır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Karayollarında trafiğin akışı" başlıklı 46. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, sürücüler aksine bir işaret bulunmadıkça trafiği aksatacak veya tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmemek zorundadırlar.

2918 sayılı Kanun'un 11.06.2013 tarihli ve 28674 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6487 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile değişik 48. maddesinin birinci fıkrasında, alkollü olan sürücülerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu, altıncı fıkrasında, yapılan tespit sonucunda alkol miktarı 1,00 promilin üzerinde çıkan sürücüler hakkında TCK'nın 179. maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerinin uygulanacağı, yedinci fıkrasında ise hususi otomobil sürücüleri bakımından 0,50 promilin, diğer araç sürücüleri bakımından 0,20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermeleri hâlinde, ayrıca TCK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin altıncı fıkrası ile TCK'nın 179. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Alkol

veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükümlerine göre cezalandırılır" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun, yapılan tespit sonucunda alkol miktarı 1,00 promilin üzerinde çıkan sürücülerin alkol nedeniyle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olduklarını kabul ettiği görülmektedir.

2918 sayılı Kanun'un "Hız sınırları" başlıklı 50. maddesinin birinci fıkrasında, motorlu araçların cins ve kullanma amaçlarına göre sürülebileceği en çok ve en az hız sınırlarının, şehirler arası çift yönlü karayollarında 90 km/saat, bölünmüş yollarda 110 km/saat, otoyollarda 120 km/saat hızını geçmemek üzere yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiş, "Hız sınırlarına uyma zorunluluğu" başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasında, sürücülerin, aksine bir karar alınıp işaretlenmemişse yönetmelikte belirtilen hız sınırlarını aşmamak zorunda oldukları belirtilmiş, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 100. maddesinde de otomobiller için yerleşim yeri içindeki saatteki azami hız sınırının 50 km/saat olduğu hüküm altına alınmıştır.

2918 sayılı Kanun'un "Hızın gerekli şartlara uygunluğunu sağlamak" başlıklı 52. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, sürücüler kavşaklara yaklaşırken hızlarını azaltmak zorundadırlar.

Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu tarafından da, 1,01 promil ve üzerinde kan alkol düzeyine sahip sürücülerin, bireysel farklılıkları ortadan kaldıracabilecek ölçüde alkollü olduklarının ve bu seviyede alkol tesiri altındaki sürücülerin emniyetli sürüş yeteneklerinin olumsuz olarak etkilendiğinin kabulü gerektiği, (Faruk Aşıcıoğlu-Belkıs Yapar-Aliye Tütüncüler-Ahmet Belce, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Açısından Alkol, Adli Tıp Dergisi, cilt 23, sayı 3, 2009, s.15.) vücuda alınan etil alkolün kandaki seviyesinin de ortalama olarak saatte 0,15 promil azaldığının tıbben bilindiği belirtilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanın 1,00 promilin üzerinde alkollü olarak güvenli sürüş yeteneği ortadan kalkmış bir vaziyette, yasal hız limitlerinin çok üzerinde bir hızla yerleşim yeri içerisinde kırmızı ışık ihlalleri yaparak ve makas atıp trafiği tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmek suretiyle seyretmek, araçta bulunanların kendisinden yavaşlamasını istemelerine rağmen uyarıları duymamak için müziğin sesini sonuna kadar açıp seyrine devam etmek, olayın hemen öncesinde yaklaşmakta olduğu kavşakta yeşil ışığın henüz yandığını ve kırmızı ışıkta beklemekte olan araçların yeni harekete geçtiğini görmesine rağmen hızını azaltmayıp bu araçların arasından da makas atarak geçmek suretiyle, hiçbir kural tanımadan hareketlerini sürdürmesi ve öngördüğü neticeyi engellemeye yönelik hızını azaltmak, frene basmak gibi herhangi bir tedbire de başvurmaması karşısında **öngördüğü muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlediği ve eylemini olası kastla gerçekleştirdiği** kabul edilmelidir.

bb. Esasa İlişkin Meselede Kurul Azınlık Görüşü

Çoğunluğun görüşüne iştirak etmeyen Ceza Genel Kurulu Başkanı ile altı kurul üyesi ise sanığın eyleminin bilinçli taksir ile gerçekleştirildiğini savunmuşlardır. Karşı oy gerekçeleri şu şekildedir: "Failin işlemiş olduğu fiilin muhtemel bazı neticeleri meydana getirebileceğini öngörmesine ve bu neticelerin gerçekleşmesini mümkün ve muhtemel olarak tasavvur etmesine rağmen muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlemesi hâlinde olası kast söz konusu olacaktır.

Bilinçli taksirde ise neticenin gerçekleşmesini istemeyen fail, hareketinin tipe uygun ve hukuka aykırı bir sonuca neden olabileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam ederek istemediği zararlı neticeyi meydana getirmektedir. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü hâlde gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketini sürdüren failin söz konusu güveninin dayanağı; şans, bilgi, beceri, yetenek, tecrübe gibi çeşitli etkenler olabilir.

Olası kastla bilinçli taksiri ayırdetme konusunda doktrinde 'Her ikisi arasındaki ayırımı belirlemek bakımından Frank formülü uygulanmalıdır. Buna göre eğer 'öyle veya böyle fail her hâlde hareketi gerçekleştirirdi' diyebiliyorsak olası kast; 'neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi gerçekleştirmeyecekti' diyebiliyorsak bilinçli taksirden söz edilir...Her ikisi arasında bir ayırım yapılabilmesi için her somut olay bakımından failin ayrıca neticeyi göze almış, kabullenmiş sayılıp sayılmayacağı yönünde bir değerlendirme yapılması zorunlu görünmektedir' şeklinde görüşler mevcuttur. (Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 303-304.)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

"... meydana gelen trafik kazasında sanığın asli ve tam kusurlu olduğu, başka bir kimsenin kusurunun bulunmadığı anlaşılmalı; sanığın 1,00 promilin üzerinde alkollü olarak yasal hız limitlerinin çok üzerinde bir hızla yerleşim yeri içerisinde seyretmek ve makas atmak şeklinde bilinçli taksir sayılan birden fazla hâli söz konusu olmakla birlikte sanığın olay öncesinde alkol aldığı sıradaki alkolün kendisini etkilemediğine dair beyanlarının, yine makas atma olarak tabir edilen ve trafikte başka araçların arasından seri hâlde trafiği tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmesi şeklinde gerçekleşen hareketlerde bulunmasının sanığın kendine, tecrübesine ve şoförlük yeteneklerine güvendiğini göstermesi ve sanığın neticeyi kabullendiğine ilişkin bir belirlemenin yapılamaması karşısında, sanığın neticeyi bilseydi yine de her hâlde hareketi gerçekleştireceğinin söylenemeyeceği, dolayısıyla sanığın neticeyi öngördüğü ancak istemediği ve sonucu kabullenmediği, **eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiği**, olası kast ile hareket etmediği kabul edilmelidir."

D. DOSYADA YER ALAN DELİLLER

Trafik polisleri tarafından düzenlenen "Alkollü araç kullanan sürücü gözlem tutanağı" başlıklı belgede; 26.12.2016 tarihinde saat 00.24'te alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümde sanık ...'nın 1,12 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, mırıltı şeklinde konuştuğu, yürürken ve dönüşlerde sendelediği, orta derecede alkolün etkisi altında olduğu, anlama yeteneğinin az olduğu, araç kullanma yeteneğinin bulunmadığı, sorulara heyecanlı cevap verdiği ve herhangi bir zorluk çıkarmadığı yönünde açıklamaların yer aldığı,

26.12.2016 tarihli **ölü muayene tutanağında**; ölen ...'nin yaklaşık 18-20 yaşlarında, 50-55 kg ağırlığında, 168 cm boyunda olduğu, kişinin ölümünün trafik kazası sonucu oluşan genel beden travmasına bağlı çoklu kafatası, yüz, ekstremit ve pelvis kemik kırıkları ile birlikte beyin kanaması ve iç organ yaralanmasından meydana geldiğinin bildirildiği,

02.01.2017 tarihli **ölü muayene zabtında**; 25.12.2016 tarihinde geçirmiş olduğu trafik kazası sonucu yaralandıktan sonra hastanede tedavi altına alınan ...'ün vefat ettiğinin bildirilmesi üzerine Adıyaman Eğitim ve Araştırma Hastanesine gelindiği, yapılan ölü muayenesinde, ölenin yaklaşık 18-20 yaşlarında, 45-50 kg ağırlığında, 18-20 yaşlarında olduğu, kişinin ölümünün trafik kazası sonucu oluşan genel beden travmasına bağlı çoklu kafatası, yüz ve ekstremit kemik kırıkları ile birlikte beyin kanaması, beyin doku harabiyeti ve gelişen komplikasyonlardan meydana geldiği yönünde açıklamalara yer verildiği,

Mağdur ... hakkında Park Hospital Hastanesi tarafından düzenlenen 25.12.2016 tarihli rapora göre; sol tempoparietal bölgede yumuşak doku ödemi mevcut olup yaralanmasının basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu,

Mahkemece yapılan keşfe istinaden düzenlenen 13.06.2017 tarihli **bilirkişi raporunda**; sanığın tehlikeli bir şekilde şerit değiştirip kazaya sebebiyet verdiği bu nedenle 2918 sayılı Kanun'un 46. maddesinin c bendinde belirtilen "Trafığı aksatacak veya tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmemek" kuralını ihlal ettiğinden kusurlu olduğu, mağdur ile sanığın aracında yolcu olarak bulunan ölenler (A) ve (B) ile tanıklar (C) ve (D)'nin kusursuz oldukları yönünde kanaat bildirildiği, anlaşılmaktadır.

Katılan ...; kızı ...'in kendilerine nişan ya da söz tarzında hiçbir şeyden bahsetmediğini, sanıktan şikâyetçi olduğunu, **Katılan ...**; sanığın bahsettiği söz ya da nişan olayını kızlarının kendilerine bildirmedeğini, söz veya nişan olsa kızlarının kesinlikle kendilerine haber vereceğini, şikâyetçi olduğunu,

Mağdur kollukta; 25.12.2016 tarihinde saat 22.50 sıralarında sevk ve idaresindeki 02 .. 703 plaka sayılı Toyota marka aracı ile Atatürk Caddesi üzerinde seyir hâlindeyken yeşil ışık yandığını, trafik ışıklarını 200 metre kadar geçtikten sonra dışarıdan bir gürültü duyduğunu, sonrasında arkadan başka bir aracın çarpması neticesinde aracının kontrolünü kaybettiğini, aracının ters yöne döndüğünü ve durduğunu,

sonrasında yerde yatan bayan bir şahsı gördüğünü, kendisinin sağ şeritte 30-40 km/saat hızla seyir hâlinde olduğunu, arkasında seyreden aracın bir anda kendi aracına çarptığını, Mahkemede; kavşakta kendisine yeşil ışık yandıktan sonra hareket ettiğini ve ışıkları geçtikten 5-10 saniye sonra kazanın meydana geldiğini, havanın yağışlı olduğunu, sanığın kullandığı aracı fark etmediğini, sanığın kullandığı aracın sağ arka kapısı ile kendi aracının benzin kapısının bulunduğu bölgeye çarptığını, kaza nedeniyle kendi aracının etrafında bir tur attığını, zararının karşılandığını, şikâyetçi olmadığını, sanık müdafisinin talebi üzerine sorulduğunda; arkasından gelen bir araç fark etmediğini,

Olay sırasında sanığın aracında bulunan **tanık (C)** kollukta; 25.12.2016 tarihinde akşam saatlerinde ölen ... vasıtasıyla sanık ile tanıştığını, sanığa ait olan ve sanık tarafından kullanılan Fiat marka Doblo model araçla yurda gittiklerini, kendisinin sanığın yanında ön yolcu koltuğunda olduğunu, arka sağ koltukta tanık ...'nın, arkada orta koltukta ölen ...'ün, arkada sol koltukta da ölen ...'nin bulunduğunu, 25.12.2016 tarihinde saat 22.30 sıralarında çarşıdan yurda yetişmek için Atatürk Bulvarı üzerinden seyir hâlinde olduklarını, sanığın aracı hızlı kullandığını, sanığa yavaşlamasını söylediğini, sanığın bulvar üzerinde başka bir araca makas atarken içinde buldukları aracın dengesini kaybederek kaydığını ve öndeki başka bir araca çarptığını, sonrasında da bariyere ve tellere çarptıklarını, ... ile birlikte yardım çağırmak için yakında bulunan bir kafeye koştuklarını, sonrasında da tekrar olay yerine döndüklerini, Mahkemede; sanığın arkadaşına ait sinema salonunun altının uygun olduğunu söylemesi üzerine alkol almak için söz konusu yere gittiklerini ve alkol almaya başladıklarını, ciddi şekilde alkol alan sanığın alkol alırken öğleden akşama kadar alkol alabileceğini ve alkolün kendisini etkilemediğini söylediğini, sanığın votkayı meyve suyuna karıştırdığını, daha sonra sanığın aracına binerek ayrıldıklarını, araçta iken sanığın annesiyle telefonda görüştüğünü ve sınırlendiğini, hızını şehir içinde arttırdığını, Mimar Sinan Caddesinde kırmızı ışıkta geçtiğini, kendisini uyarılarına rağmen dinlemediğini ve müziğin sesini açtığını, yol güzergâhında bulunan ışıkları geçtiğini, Ünal Petrolün yanındaki ışığı da geçtiğini ve önündeki araçlara makas attığını, gözlerini kapatıp kendisini korumaya aldığını, bu nedenle kazanın ne şekilde meydana geldiğini görmediğini, kaza olduktan sonra Toyota marka bir araca çarptıklarını ve ...'in arabada olmadığını fark ettiklerini, sanık müdafisinin talebi üzerine sorulduğunda; kaza öncesinde ışıkları geçerken hızının fazla olduğunu, makasla geçeceğinin belli olduğunu ancak geçtikleri sırada ışığın hangi renk yandığını bilemediğini, katılan ... vekilinin talebi üzerine sorulduğunda; kaza olmadan ve makas atmadan önce sanığın hızını tam olarak hatırlamadığını, hız göstergesini görmediğini ancak oldukça süratli olduğunu bildiğini, tanık...'in hız göstergesini gördüğünü ve sanığın 130-140 km/saat hızla gittiğini söylediğini,

Olay sırasında sanığın aracında bulunan diğer **tanık (D)** kollukta; 25.12.2016 tarihinde saat 22.30 sıralarında çarşıdan yurda yetişmek için Atatürk Bulvarı üzerinden seyir hâlinde olduklarını, sanığın aracı hızlı kullandığını, sanığa yavaşlamasını söylediğini, sanığın bulvar üzerinde başka bir araca makas atarken içinde buldukları aracın dengesini kaybederek kaydığını ve öndeki başka bir araca çarptığını, sonrasında da bariyere ve tellere çarptıklarını, kendisinin ...'ü tuttuğunu, ...'nin ise o anda araçtan fırladığını, ... ile birlikte yardım çağırmak için yakında bulunan bir kafeye koştuklarını, sonrasında da tekrar olay yerine döndüklerini, Mahkemede; olaydan önce yolda binlik büyük bir votka aldıktan sonra Kent Sinemasına gittiklerini, sinemada ölen ... hariç herkesin votka içtiğini Musab ve kendisinin birer bardak içtiklerini, ...'in ne kadar içtiğini bilmediğini, en çok sanığın votka içtiğini, daha sonra sanığın kullandığı araçla şehir dışına doğru hareket ettiklerini, şehir içinde sanığın aracı çok hızlı kullandığını, bir kişiye neredeyse çarpacak olmalarına rağmen sanığın mevcut hızını devam ettirdiğini, sanığa yavaşlamasını söylediklerini, bunun üzerine sanığın "Kardeşlerim istiyorlarsa yavaşlarım." diyerek yavaşladığını, Ünal Petrolün yanındaki kavşakta kırmızı ışıktaki geçtiğini, sanığın "Kırmızı ışıklara karşı takıntım var, durmuyorum." diyerek hızlandığını, kendisine tekrar yavaşlamasını söylediklerini ancak seslerini duymamak için müziğin sesini sonuna kadar açıp yoluna devam ettiğini, sonrasında Nokta Market'in yanındaki kavşaktan da kırmızı ışıktaki diğer taraftan yeşil ışıktan geçen araçların arasından zikzak yaparak geçtiğini, aracın içerisinde herkesin bağırmağa başladığını, bu sırada hız göstergesine baktığında ibrenin 140 km/saati gösterdiğini, önlerindeki araçların arasında zikzaklar çizerek geçtiğini, en son aracı da geçmeye çalışırken kendisinin bulunduğu arka sağ taraftan bu araca çarptıklarını, Derya'nın kucığına düştüğünü, aracın camlarının kırılıp içeriye hava girdiğini, sanığın hiç frene basmayıp 800-900 metre ileride durduğunu, Derya'nın kan içinde olduğunu, sol tarafına baktığında ...'in olmadığını gördüğünü, kapıların ve bagajın açık olmadığını ancak bagajın olduğu bölmedeki cam ile sol sürgülü kapının camının patlamış olduğunu, tahminine göre ...'in arkadaki camdan dışarı fırladığını,

Tanık (E), 25.12.2016 tarihinde saat 23.57'de kollukta alınan ifadesinde; aynı tarihte saat 23.00 sıralarında sevk ve idaresindeki araçla Atatürk Bulvarı üzerinde Altınşehir istikametine seyir hâlinde olduğunu, bu sırada plakasını bilmediği siyah renkli aracın kendisini sollayarak geçtiğini ve kendisinin önünde seyir hâlinde olan aracı da geçerek onun önündeki Toyota marka araca arkasından hızlı bir şekilde çarptığını, çarptıktan sonra da bariyere ve tellere vurduğunu, ardından da Altınşehir istikametine doğru seyrine devam ettiğini, söz konusu aracın çok süratli olduğunu aynı zamanda makas da attığını, Mahkemece yapılan keşifte; olay tarihinde sanığın ve kendisinin araçları ile kırmızı ışıktaki bekledikleri sırada yeşil ışık yandığını ve hareket ettiklerini, kendisinin sağ şeritte olduğunu, 100-150 metre sonra sanığın kendisinin kullandığı aracı solladığını, sanığın kendisinin önünde olan diğer aracı

sollamak için sola doğru manevra yaptığı sırada Toyota marka araca sağ arka kısmından çarptığını, sanığın kendi aracını solladığı sırada kendisinin hızının düşük olduğunu, sanığın kullandığı araç ile manevra yaptığı sırada kendi aracı ile önündeki araç arasında 1,5 araç boyu mesafe olduğunu, kazanın sanığın kısa mesafede ani manevra yapmasından kaynaklandığını düşündüğünü, kazanın olduğu sırada yağmur yağmadığını, yerlerin ıslak olup olmadığını hatırlamadığını, Kolluk ifadesi ile çelişki üzerine sorulduğunda; sanığın aracı ile makas atmadığını, sanığın aracının çok hızlı olmadığını, kendisinin 40-50 km/saat hızla gittiği sırada sanığın kendi aracını solladığını, sanığın kendisini geçtikten sonra önünde seyir hâlindeyken ani manevra yapmak istediği esnada sol tarafında bulunan Toyota marka araca çarptığını, kendisini sollarken ani manevra yapmadığını fakat Toyota marka araca vurduğu esnada aniden manevra yaptığını, ışıklarda beklediği esnada önünde 2-3 araç olduğunu, sanığın kullandığı aracı kendisini solladığı ana kadar fark etmediğini, sanığın saatte 70 km hızla mı 80 km hızla mı yoksa 90 km hızla mı gittiğini bilmediğini, Mahkemede 18.09.2017 tarihli oturumda; olay esnasında aracı ile kırmızı ışıkta beklediği sırada yeşil ışık yandığını, kendisi hareket hâlinde iken siyah renkli Doble'nun sol şeritten yeşil ışıkta geçmek için hareket ettiğini, ancak sol şeritte de araçlar olduğunu, sanığın aracını ilk kez sağ şeritten önüne geçince gördüğünü ancak sol şeritten nasıl geldiğini görmediğini, sanığın aracının biraz hızlı olduğunu, daha sonra sol şeritten bir aracın önüne ardından da kendisinin önünde bulunan aracın önüne geçtiğini, daha sonra soldaki aracın önüne geçmek isterken solda bulunan refüje çarptığını, sonrasında sanığın aracını görmediğini, sağ taraftaki bir durağa aracını park ettikten sonra Doble'nun sol refüje çarptığında bir kadının yerde yattığını gördüğünü, sanığın aracının soldaki bariyerlere çarpmadan önce Toyota marka bir araca arkadan çarptığını, keşifte alınan beyanı okunarak sorulduğunda, kendisinin ışıkları 100-150 metre geçmesinden sonra sanığın aracının kendisinin bulunduğu sağ şeritte önüne geçerek kendisini solladığını, daha sonra sol şeride girdiğini, kendisinin önündeki aracı sollayıp onun önüne geçtiğini daha sonra sol şeride geçtiğini, sonrasında ise kendisinin bulunduğu sağ şeritte kendisinin aracının iki önünde bulunan Toyota marka aracı sollamaya çalıştığı sırada bu aracın sağ arka tamponuna çarparak sola yöneldiğini ve sonrasında bariyerlere çarptığını, sanığın sollama yaptığı sırada kendi aracının hızının 50-55 km/saat olduğunu,

Tanık (F), 25.12.2016 tarihinde saat 23.35'te Kollukta alınan ifadesinde; aynı tarihte saat 23.00 sıralarında sevk ve idaresindeki araçla Atatürk Bulvarı üzerinde Altınşehir istikametine doğru seyir hâlinde iken plakasını bilmediği siyah renkli bir aracın kendi arkasındaki araç ile kendisinin aracını sollayarak önünde bulunan Toyota marka araca arkadan hızlı bir şekilde çarptığını, sonrasında da bariyere ve tellere vurup Altınşehir istikametine devam ettiğini, Mahkemede; kendisine yeşil ışık yandığında Park Hospital Hastanesinin ve Nokta Marketin bulunduğu kavşaktan Altınşehir istikametine doğru geçtiğini, bu esnada

ana yoldan gelen araçlara kırmızı ışık yandığını, dikiz aynasından ana yoldan gelen sanığın kullandığı aracın kırmızı ışıkta beklemeden önünde bulunan araçların arasından zikzak yaparak birden kaybolup gittiğini, zikzak yaparken Toyota marka bir araca ve sol tarafta bulunan bariyerlere çarptığını, sanığın aracının çok hızlı olduğunu, iki aracı makaslayarak geçtiğini, sanık müdafisinin talebi üzerine sorulduğunda; kendisine yeşil ışık yanması üzerine tali yoldan ana yola çıkıp ana yolun sağ şeridinde seyrettiği sırada ana yoldan gelen araçlara kırmızı ışık yandığını, kırmızı ışıkta diğer araçların beklediğini, kendisinin sağa yöneldiği sırada sanığın aracı ile hızlı bir şekilde gelip arkasında bulunan iki aracı makaslayarak Altınşehir istikametine seyreden Toyota marka araca çarpıp devam edip gittiğini, sanığın kırmızı ışıkta bekleyen araçlara çarpmamak için zikzak yaptığını, Mahkemece yapılan keşifte; kazanın olduğu yerin yaklaşık 200 metre gerisindeki tali yoldan ana yola kendisine yeşil ışık yanması üzerine girdiğini, ana yolun iki şeritli olduğunu, kendisinin sol şeritte olduğunu, dikiz aynasını kontrol ettiğinde arkadan bir aracın manevra yaparak ve makas atarak geldiğini gördüğünü, sol şeritte seyreden sanığın kendisinin önünde bulunan katılan ...'in aracının sağ arka tamponuna çarptığını, aracın hızın etkisi ile sol şeride geçtiğini ve trafik ışıklarına yaklaşık 100 metre mesafede bulunan soldaki bariyerlere çarptığını, çarpmanın akabinde sanığın aracında bulunanlardan birisinin araçtan fırlayarak orta refüje yakın asfalt zemin üzerine düştüğünü, olay günü havanın bulutlu olduğunu, yağmur yağmadığını, yerlerin ıslak olup olmadığını bilmediğini, sanığın aracının hızlı olduğunu ancak hızının ne kadar olduğunu kestiremediğini, sanık müdafisinin talebi üzerine sorulduğunda, sanığın ana yolda kırmızı ışıkta bekleyen diğer araçlar arasından çıkıp çıkmadığını görmediğini ancak kendisi ana yola girdiğinde dikiz aynasından baktığında arkadan gelen sanığın kullanmış olduğu aracın hızlı bir şekilde ve makas atarak geldiğini gördüğünü, beyan etmişlerdir.

Sanık kollukta; Adıyaman Üniversitesinde öğrenci olduğunu, 25.12.2016 tarihinde öğle saatlerinde okuldan arkadaşı ... ile kafede oturduklarını, daha sonra yanlarına ...'in arkadaşları ..., ... ve ...'nın geldiklerini, bir süre oturduktan sonra bir litrelik votka alıp hep birlikte araçla başka bir mekana gittiklerini, Derya hariç diğerleriyle birlikte alkol aldıklarını, kendisinin diğerlerine göre az alkol aldığını, akşam 22.30 sıralarında söz konusu kişilerin yurda gideceklerini söyleyip kendilerini yurda bırakmasını istediklerini, bunun üzerine sevk ve idaresindeki... plaka sayılı Fiat marka Doblo model araçla adı geçen kişileri yurtlarına bırakmak için yola çıktıklarını, yanında ön koltukta Halil Musab'ın, arka sol tarafta ...'in, arka orta koltukta Derya'nın, arka sağ koltukta da...'in oturduklarını, araçla gittikleri sırada yağmur yağmaya başladığını, Karayolları Kavşağına gelirken yeşil ışık yandığını, ortalama hızının 60-70 km/saat olduğunu, aracın yağışın etkisi ile kaymaya başladığını, bu sırada aracın hâkimiyetini kaybettiğini ve sağ şeritte giden araca çarptığını, çarpmanın etkisi ile kaldırılma vurduğunu, araçta bulunan arkadaşlarının "yaralı var" demesi üzerine en yakın

hastaneye gitmek için araçla ilerlediğini, Park Hospital Kavşağını geçtiklerinde sağda durup babasını aradığını ve kaza yaptıklarını söylediğini, babasının ambulansı beklemelerini söylediğini, kendisinin bu esnada zaten 112 acil servis hattını arayıp ambulans istediğini, ambulansı bekledikleri sırada araçta ...'in olmadığını fark ettiğini, araçtan çıkarak yardım istediğini, Derya'nın da bu sırada yaralı olduğunu, kazanın kullandığı aracın yağışta kaymasından kaynaklandığını, Mahkemede; sinemada sadece bir bardak votka içtiğini, daha sonra sinemadan çıktıklarını, havanın yağışlı olduğunu, Atatürk Bulvarı üzerinde seyir hâlindeyken sağ tarafında bulunan Toyota marka aracı sollamak isterken direksiyon hâkimiyetini kaybedip önce refüje sonrasında Toyota marka aracın sağ arka tamponuna çarptığını, daha sonra aracın düz devam ettiğini, arabada bulunan erkek arkadaşlarının ... ve Derya'nın yaralandığını söylemesi üzerine Park Hospital Hastanesine gitmeye karar verdiğini ancak ...'in arabada olmadığını, arabadan fırladığını fark ettiğini, ışıkları geçtikten sonra kaza olduğunu, kendisine yeşil ışık yandığını, Toyota marka aracı sollamak için sol şeride geçtiğini, yağışlı havanın etkisiyle arabanın kaydığını ve direksiyon hâkimiyetini kaybettiğini, hızının 60-70 km/saat olduğunu, önce sol refüje arkasından sağdaki araca çarptığını, olaydan bir hafta kadar önce ... ile nişanlandıklarını, 2-3 gün önce de bu hususu kendi anne babasına söylediğini, 18.09.2017 tarihli oturumda; alkolün yarısını ya da yarısından fazlasını içmiş olsaydı aracı kullanmasının mümkün olmadığını, araca bindiklerinde araçta bulunanlardan emniyet kemerlerini takmalarını istediğini, ölen ...'le evlenmeyi düşündüğünü, sadece kendisinde emniyet kemeri olduğunu, diğerlerinin kemerlerinin ikazına rağmen takılı olmadığını savunmuştur.

E. TARAFLARIN TEMYİZ GEREKÇELERİ:

a. Sanık müdafisinin 11.02.2018 tarihli temyiz dilekçesinde;

1- Gerekçeli kararın, taraflı tanıklar... ve Halil Musab'ın beyanlarına dayandırıldığını, bu tanıkların gerçeğe aykırı beyanda bulduklarını, tanık ...'in beyanlarının gerçeği yansıtmadığını, müvekkili lehine olan delillerin ve beyanların dikkate alınmadığını,

2- Mahkemenin, sanığın alkollü bir şekilde saatte 140 km hızla kaza mahalline kadar kırmızı ışıklarda durmayıp tanıklar tarafından uyarılmasına rağmen hızını azaltmadığı, ikazları duymamak için müziğin sesini açtığı, trafikte yeşil ışık yanması üzerine henüz yeni hareket eden araçların arasından makas atmak suretiyle geçmeye çalıştığı, bu şekilde iki aracı makas atmak suretiyle solladığı şeklindeki kabulünün yerinde olmayıp bilirkşi raporunda sadece Karayolları Trafik Kanunu'nun 46 maddesinin (c) bendi uyarınca kusurlu olduğunun belirtildiğini,

3- Sanığın kırmızı ışıkta geçmediğini,

4- Sanığın makas atmadığını,

5- Tanık ...'un keşifteki, şikâyetçi ...'in ise duruşmadaki beyanlarından sanığın kırmızı ışıkta geçmediğinin ve makas atmadığının sabit olduğunu, müvekkilinin hızının normal olduğunu,

6- Sanıkta tespit edilen alkol miktarının yasal sınırın biraz üzerinde olduğunu, sanığın alkolün etkisiyle kaza yaptığı yönündeki kabulün hukuki olmadığını,

7- Kaza yeri ile sanığın aracını durdurduğu yer arasındaki mesafenin fazlalığının sanığın hızlı bir şekilde seyrettiğine dair kabulün yerinde olmadığını,

8- 25.12.2016 tarihli, alkollü araç kullanan sürücü gözlem tutanağındaki sanığın sendelediğine, anlama yeteneğinin az olduğuna, sorulan sorulara yanıt veremediğine ilişkin değerlendirmenin yerinde olmadığını,

9- Sanığın vefat eden ... ile nişanlandıkları beyan edilmesine rağmen bu hususta sanığın annesinin ve babasının dinlenilmesi talebinin reddedildiğini,

10- Bilinçli taksir koşullarının oluşmadığını ve cezanın alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektirir bir durum olmadığını, savunulmuştur.

b. Katılanlar ve vekilinin 09.02.2018 tarihli temyiz dilekçesinde;

1- Sanık hakkında takdiri indirim yapılmaması,

2- Ceza tayin edilirken üst sınıra yakın tayin edilmesi,

3-Katılanlar yararına vekâlet ücretine hükmedilmesi, gerektiğini belirterek, gösterilen ve resen gözetilecek nedenlerle istinaf başvurularının esaslan reddine dair hükmün bozulmasını talep ettikleri, anlaşılmaktadır.

F. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

1. Temyiz İncelemesinin Kapsamına İlişkin Sorun Hakkında (Ön Mesele)

CGK'nun öncelikle ele aldığı sorun, taraflar açıkça bir temyiz nedeni olarak ileri sürmemiş olsa dahi Yargıtay'ın eylemin bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı gerçekleştirildiğine dair değerlendirme yapıp yapamayacağı sorunudur. Bu hususta kurul oyçokluğu ile, *"katılanlar ... ve ... vekili tarafından açıkça temyiz nedeni olarak ileri sürülmemekle birlikte sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturma ihtimaline göre maddi hukuka aykırılık nedeninden bozulmasının mümkün olduğu, buna bağlı olarak Ceza Genel Kurulunca sanığın eylemini olası kastla mı bilinçli taksirle mi gerçekleştirdiğine ilişkin uyuşmazlığın esasının görüşülmesi gerektiği kabul edilmelidir."* şeklinde karar vermiştir.

Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere temyiz yoluna başvuran her iki taraf da ilk derece mahkemesinin bilinçli taksirle öldürme suçundan hüküm tesis etmiş olmasının hukuka aykırı olduğunu, olması

gerekenin olası kastla öldürme suçundan mahkumiyet yönünde karar verilmesi olduğunu ileri sürmemişlerdir.

CMK m.294'e göre "(1) Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. (2) Temyiz sebebi, ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabilir." CMK m.298'e göre de "Yargıtay, süresi içinde temyiz başvurusunda bulunulmadığını, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hakkı olmadığını ya da temyiz dilekçesinin temyiz sebeplerini içermediğini saptarsa, temyiz istemini reddeder." Ayrıca CMK m.301'e göre: "Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında inceleme yapar." Bunun anlamı Yargıtay'ın taleple bağlı kalacak şekilde inceleme yapabileceğidir. Bir hukuka aykırılığın bozma nedeni yapılabilmesi için bu nedenin temyiz dilekçesinde veya ek dilekçede gösterilmiş olması gerekir⁷. Sadece CMK m.289'da sayılan hukuka kesin aykırılık halleri, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da denetlenebilir. *Ultra Petita kuralı* olarak bilinen bu kural gereğince, temyiz muhakemesinde istek kapsamında bir yargılama yapılacak ve artık Yargıtay'ın kendiliğinden belirleyeceği hatalar bozma nedeni yapılmayacaktır⁸. Temyiz kanun yolu ile istinaf kanun yolunun ayrıldığı temel noktalardan birisi de budur. İstinaf kanun yolu yürürlüğe girmeden önce uygulanan 1412 sayılı CMUK'nın 320. maddesi Yargıtay'a, temyiz dilekçesinde gösterilmese dahi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görmesi hâlinde inceleme ve bozma yetkisi vermekteydi⁹. Ancak 20.07.2016 tarihinden itibaren bu hüküm mülga olduğundan ve tarafların temyiz dilekçelerinde bilinçli taksir ve olası kast normlarının uygulanmasına ilişkin bir mesele temyiz nedeni olarak ileri sürülmediğinden, YCGK'nun yukarıda belirtilen kararına katılmıyoruz. YCGK gerekçe kısmından özellikle "katılanlar ... ve ... vekili tarafından açıkça temyiz nedeni olarak ileri sürülmemekle birlikte..." ifadesi de hatalıdır, zira tarafların temyiz nedenlerinde dolaylı olarak da bu husus ileri sürülmemiştir. Maddi gerçeğin re'sen araştırılması ilkesi bu hususta bir gerekçe olarak ileri sürülemez, zira bu ilke temyiz aşamasında geçerli olan değildir.

Burada ayrıca üzerinde durulan ikinci soru ise "Eğer bu yönde bir temyiz nedeni ileri sürülmüş olsa idi, Yargıtay sanığın eyleminin manevi unsur yönüne dair bir inceleme yapıp yapamayacağı" sorusudur. Bu soru özellikle temyiz incelemesinde maddi vaka analizi yapıp yapılamayacağı sorusuyla ilişkilidir. Bunun cevabını verebilmek adına öncelikle maddi vaka analizinin ne olduğunun ortaya konulması gerekir. Hakim, bir uygulamacı olarak hüküm vermeden önce iki önemli hususu tespit

⁷ Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2018, s.864.

⁸ Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2015, s.914.

⁹ Öztürk Bahri (ve diğerleri), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2016, s.740.

etmek zorundadır¹⁰. Öncelikle suça dair geçmişte yaşanan olayın ne şekilde geliştiğini, sonrasında ise bu gerçekleşme şekline uygun hukuk normlarını tespit edecektir. Devamında olaya uygun hukuk normunu yorum yoluyla uygulayarak bir neticeye varacaktır. İspatın amacı da geçmişte yaşanan olayın gerçekleşme şeklini ortaya çıkarmaktır. Burada deliller, asıl vakia ve emarelerin (yardımcı vakiaların) oluş şeklini aydınlatarak hakime yol gösterecektir. Tüm delilleri serbestçe ve şahsen değerlendiren hakim, netice olarak sanığın suça dair eylemi gerçekleştirdiğine ikna olursa, onun ilgili suça dair normun öngördüğü ceza ile cezalandırılmasına karar verecektir. Olayın gerçekleşme şekline dair soruna *maddi mesele*, bu gerçekleşme şekline uygun normun tespiti ve olaya uygulanmasına ise *hukuki mesele* denir¹¹. Yargıtay denetiminde ilk derece mahkemesinin maddi meseleye dair çıkarımlarıyla kural olarak bağlılık esas iken, istinaf duruşmasında maddi meselenin yeniden ele alınması ve devamında yeni bir hüküm verebilme imkanı söz konusudur¹². Yeni hükmün, yeni bir delil değerlendirmesi ile ilk derece mahkemesinin kabulünden farklı bir oluşa dayanması da mümkündür (*ikinci derece maddi vakia yargılaması*). Yargıtay ise kural olarak hukuki mesele ile ilgilenir, kabule uygun normun seçimi ve bu normun uygulanış şeklini denetler (*hükmün hukuka aykırılığı*). Bunun yanında istisnaen mahkemenin kabul ve gerekçesinin açıkça akıl ve mantık kurallarına, üzerinde uzlaşa sağlanmış tecrübe kurallarına aykırı olması halinde Yargıtay'ın da maddi meseleye dair müdahale yetkisinin olduğu kabul edilir¹³.

Kanunun bu farklılığı düzenleme şekline bakmak gerekirse, CMK m.288 gereğince "*temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka*

¹⁰ Doğan Koray, "İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi, Olgusal Bir İnceleme", Yargıtay Dergisi, Temmuz 2018, s.5 vd.

¹¹ Yenisey, Feridun, "İstinafta Maddi ve Hukuki Mesele Denetimi", *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara, 2018, s.1274.

¹² Keskin, Serap, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul 1977, s.61; Gökçen, Ahmet/ Çakır, Kerim, "Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara, 2018, s.998; Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht*, Münih, 2001, kn.309; Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, Münih, 2006, kn.548; Özen, Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", (AÜHFD, 65(4) 2016), s.2348; Taner, Fahri Gökçen, "5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", Ankara Barosu Dergisi, 2017/4, s.56.

¹³ Kühne Hans-Heinrich, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2003, kn.1072; Gökcan Hasan Tahsin, "İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delillerin Değerlendirme Esasları", TAAD, Y.3, S.10, Temmuz 2012, s.430; İlk derece mahkemesinin delil değerlendirmesinin eksiksiz ve bütünlük içinde, boşluk ve çelişki içermeyen, akıl kurallarına, bilinen, aşikar olgulara, tecrübe kurallarına uygun olup olmadığı temyiz aşamasında denetlenebilir bkz. Dahs, Hans/Dahs, Hans, *Die Revision im Strafprozess*, Münih, 2001, kn.409vd.; mantık kuralları sadece hükmün hukuki yönüne ilişkinse dikkate alınabileceği yönünde bkz. Taner, s.57.

aykırılıktır.” Yani temyiz de esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın hukuk kurallarının uygulanma şekli denetlenecektir. Diğer taraftan m.280’e göre bölge adliye mahkemesi “*İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine,*” karar verir. CMK m.288 gereğince temyiz nedeni, hükmün hukuka aykırılığıdır ve “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.*” Burada bahsi geçen hukuk kuralı, maddi ceza hukukuna ilişkin olabileceği gibi hükme etkili şekli ceza hukukuna da ilişkin olabilir. Ayrıca yorum yöntemleri, kıyas yasağı gibi hukuk uygulama prensipleri de bu kapsamdadır¹⁴. Yargıtay kural olarak olgu incelemesi yapamaz, bu husus yerel mahkeme hakiminin görevidir (olgu saptamalarıyla bağlılık ilkesi¹⁵). Yargıtay ülkede *hukuksal* görüş birliğinin sağlanması ve ilk derece mahkemelerinde yapılan hukuki hataları en aza indirmek amacıyla kurulmuş bir üst derece mahkemesidir¹⁶.

Tüm bu anlatılanlardan hareketle somut olay bakımından Yargıtay’ın, kural olarak maddi vakanın ne şekilde gerçekleştiği hususunda yani kazanın oluş şekline ilişkin bir değerlendirme yapmaması gerekir. Nitekim Yargıtay’ın kazanın oluş şekline dair kabulü ile yerel mahkemenin kabulü arasında bir farklılık gözlemlenmemektedir. Örneğin sanığın alkollü olup olmaması, hız kurallarına riayet edip etmediği, makas olarak kabir edilen hareketi yapıp yapmadığı maddi meseleye ilişkindir. Yukarıda belirtilen görüşler incelendiğinde, görüş farklılığının vakanın özelliklerine ilişkin değil, maddi vakaya iki ayrı hukuk kuralından (TCK m.21/2 ve m.22/3) hangisinin uygulanacağına ilişkin olduğu görülür. Yukarıda belirtildiği üzere, vakanın gerçekleşme şekline uygun normun tespiti ve olaya uygulanması bir *hukuki mesele*dir ve Yargıtay’ın inceleme yetkisi içinde yer alır. Dolayısıyla eğer savunma veya katılan tarafı temyiz dilekçelerinde, bilinçli taksire ilişkin hukuk normunun uygulanmaması gerekirken uygulandığı ve/veya olası kasta ilişkin hukuk normunun uygulanması gerekirken uygulanmadığı iddiasını ileri sürmüş olsalar idi, Yargıtay’ın bilinçli taksir – olası kast ayırımına ilişkin bir inceleme yapması kanun yolu muhakemesi bakımından hukuka uygun olurdu.

¹⁴ Doğan, Koray, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi in dubio pro reo*, Ankara, 2018, s.352.

¹⁵ Keskin, s.61.

¹⁶ Schünemann, Bernd, *Grundfragen der Revision im Strafprozeß*, (1. Teil), JA 1982, s.73; Selçuk, Sami, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, Ankara, 2009, s.34.

2. Olası Kast – Bilinçli Taksir Ayrımına İlişkin Sorun Hakkında (Esasa İlişkin Mesele)

a- Genel Açıklamalar

Kararda esasa ilişkin tartışmada sanığın eylemini bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı gerçekleştirmiş olduğu hususunda yargılamanın farklı aşamalarında üzerinde bir uzlaşma sağlanamamış, Y.12CD. ve YCGK kararlarını oyçokluğu ile vermişlerdir. Gerçekten sorun maddi ceza hukukunun nedensellik bağlantısı yanında en tartışmalı, bıçak sırtı konularından birisidir. Alman literatüründe konuyla ilgili farklı teoriler geliştirilmiş¹⁷, hatta birçok bilim insanı kendi teorisini ortaya atmıştır¹⁸. Somut olaya ilişkin olarak kanaatimizi açıklamadan önce konunun bu teorik yönü ve Yargıtay'ın önceki kararları hakkında bilgi verilecektir.

Bilinçli taksir-olası kast ayrımında, kastta olduğu gibi bilme ve isteme unsurları önemli rol oynar¹⁹. Bilinçli taksir (=luxuria) halinde fail tıpkı olası kastta olduğu gibi neticenin gerçekleşme *ihtimalini* öngörür. Bu nedenle olası kastla bilinçli taksirin bilme unsurları ortaktır. Bilinçli taksirin olası kasttan ayrıldığı nokta isteme unsurundadır. Bilinçli taksirde fail neticenin gerçekleşmesini kesinlikle istemez, neticenin bir şekilde gerçekleşmeyeceğine güvenir²⁰. Olası kastta ise neticenin gerçekleşebilme ihtimalini umursamaz, buna kayıtsız kalmıştır²¹. Neticenin gerçekleşmesi bakımından her zaman iki farklı olasılık vardır. Bunlardan birincisi neticenin gerçekleşmesi, ikincisi ise gerçekleşmemesidir. Bilinçli taksirde fail bu olasılıklardan ikincisinin vuku bulacağına düşünür, bunu düşünmesindeki sebep, kendi kişisel becerisi olabileceği gibi trafik suçlarında kullandığı aracın teknik özellikleri de olabilir. Olası kastta ise fail gerçekleştirmek istediği neticenin yanında diğer neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesiyle ilgilenmez. Ancak olası kasttan söz edilebilmesi için mutlaka aynı olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta olduğu gibi iki ayrı *neticenin* söz konusu olması aranmaz. Zira olası kasttan söz edilebilmesi için öngörü

¹⁷ Alman doktrininde geliştirilen olasılık teorisi, ihtimal teorisi, kayıtsız kalma teorisi, razı olma (göze alma) teorisi hakkında bkz. Wessels, Johannes, Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Fulda 2010, kn.214vd.; Dülger, s.88; Karakehya, Hakan, "Olası Kast", CHD, Y.1, S.2, s.31 vd., s.31vd.; Karaaslan, Reşit, "Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", TBBD, Y. 32, S. 145, Kasım Aralık 2019, s.213 vd.

¹⁸ Puppe'nin kast teorisi, Frank formülü, Frisch'in risiko teorisi, Herzberg'in korunulamayan tehlike teorisi bunlardan bazılarıdır, teoriler için bkz. Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München 2006, s.463.

¹⁹ Doğan, Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç*, Ankara 2015, s.240.

²⁰ Schmidt, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bremen, 2007, no.269; Haft, Fritjof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2004, s.170.

²¹ Alman doktrininde ortaya atılan kayıtsız kalma, razı olma/göze alma teorileri bu zor ayrımın yol gösterici olarak kabul edilebilir bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s.267; Koca/Üzülmez, s.164.

ve kabullenmenin mutlaka neticeye yönelik olması gerekmez, suçun kanuni tanımındaki unsurların (netice, nedensellik bağlantısı, mağdur, suçun konusu gibi) gerçekleşebileceğinin öngörülmesi ve kabullenilmesi de mümkündür²².

Bilinçli taksirin bir taksir türü, olası kastın ise bir kast türü olduğu unutulmamalıdır. Olası kast ile bilinçli taksir aynı türden manevi unsurun iki farklı derecesi değildir. Diğer bir ifade ile olası kast, bilinçli taksirin daha ağır versiyonu değildir. Bilinçli taksirde bu nedenle kastın isteme unsuru kesinlikle bulunmaz. Fail neticenin gerçekleşmeyeceğine güvendiği için zaten istemiş olması ihtimalinden de söz edilemez. Olası kastta ise failin neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini umursamaması, göze alması söz konusu olduğundan, çoğu vakada failin neticenin gerçekleşmesini isteyip istemediğini ayırt edebilmek güçtür²³.

Failin eylemine nedensellik bağı ile bağlı bir neticenin gerçekleşmiş olması halinde failin bu neticeye karşı subjektif tutumunun ortaya konulması kastın türünü belirler. Burada ihtimaller: failin neticenin gerçekleşmesini istemesi (birinci dereceden doğrudan kast), fail istemese bile neticenin onun istediği başka bir neticeye zorunluluk bağı ile bağlı olması (ikinci dereceden doğrudan kast), failin neticenin gerçekleşmesini göze alması, kabullenmiş olması (olası kast)²⁴.

Olası kastta fail neticenin gerçekleşecek olacağını öngörmüş, ihtimal dahilinde olduğunu fark etmiş, ancak bunun gerçekleşmemesi için özel bir çaba sarf etmemiştir. Söz konusu neticenin gerçekleşebilme ihtimali, faili fiili gerçekleştirmekten alıkoymaz²⁵. Olası kast için genellikle verilen örnek, failin öldürmek için ateş ettiği kişinin yakınlarında bulunan kişinin de zarar göreceğini öngörmesine rağmen ateş etmeye devam etmesi halidir. Ancak trafik kazalarında olası kasta dair örnek vermek daha zordur. Zira TCK m.21'in gerekçesindeki örnek yukarıda da belirtildiği üzere hatalıdır. Öncelikle trafikte işlenen suçlarda olası kasta ilişkin tipik örneklerdekine benzer şekilde, failin kast ettiği bir netice ve onun yanında gerçekleşen ikinci bir netice söz konusu olmamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere olası kasttan söz edebilmek için mutlaka bu türden bir olay örgüsü zorunlu değildir. Trafikte de pekala olası kastla öldürme yada yaralama suçu işlenebilir. Örneğin kolluk tarafından yakalanmak amacıyla aracıyla kaçmakta olan bir sürücü, yakalanmamak için çok süratli bir şekilde ve ışık ihlalleri yaparak kaçarken, diğer araç veya yayalara çarpabileceğini öngörmüş ve

²² Özgenç, s.246; olası kastın kişinin yaptığı hareketin sonucu olarak suç oluşturan farklı neticeler de meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen, bu neticelere kayıtsız kalarak eylemini gerçekleştirmesi şeklinde tanımlanması gerektiği hususunda bkz. Dülger, s.87; kişinin, bir davranışına bağlı olarak ortaya çıkabilecek, ihtimal dahilindeki neticenin meydana gelme tehlikesini, davranışını gerçekleştirirken kabullenmesidir şeklinde tanımlama için bkz. Karakehya, s.29.

²³ "Suçun oluşması ne istenmekte ne istenmemekte", bkz. Dülger, s.87.

²⁴ Roxin, s.436.

²⁵ Özgenç, s.245.

bu neticeleri göze almış olabilir. Zira yakalanması halinde çok uzun süre cezaevine gireceğini düşünerek yakalanmamak için herşeyi yapabilmek adına eylemini devam ettirmiş olabilir. Eğer bu durum kuşkuya yer bırakmayacak şekilde sabit görülebilirse, sanığın kaçarken çarptığı kişileri öldürmesi veya yaralaması neticeleri bakımından olası kastın varlığından söz edilebilir.

Bilinçli taksirin trafik kazalarında söz konusu olma ihtimali ise daha fazladır. Zira bilinçli taksirde fail kendi yeteneklerine, aracının özelliklerine, yolun genişliğine ve diğer bir takım unsurlara güvenerek hareket ederken, ölüm veya yaralanma neticelerine neden olabilmektedir. Alkollün de kişiler üzerinde daha cesaretlendirici veya “*bir şey olmaz*” etkisine neden olduğu bilinmektedir.

Olası kast bilinçli taksir ayrımında kuşkudan sanık yararlanır ilkesinden yararlanıp yararlanılamayacağı hususu da önemlidir. Öncelikle oluş şekli detaylı bir şekilde açıklığa kavuşturulmuş bir olayda sanığın bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiğini tespit etmek, maddi değil *hukuki bir sorundur* ve kuşkudan sanık yararlanır ilkesine başvurulmaksızın hakimın hukuku uygulayarak çözmesi gerekir²⁶. Ancak olası kastın unsuru olarak “göze almanın” varlığını gösteren *vakialardaki* belirsizlik, hakimın zihninde kuşkuya neden olursa, kuşkudan sanık yararlanır ve olası kastla hareket etmediği kabul edilebilir²⁷.

b- YCGK'nun Benzer Olaylarda Verdiği Diğer Kararları

YCGK'nun inceleme konusu yaptığımız kararı yanında, ondan 5 gün sonra verdiği yine bir trafik kazası ile ilgili kararında yine oyçokluğu ile olayda olası kastın söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bahsi geçen karara konu olan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: “Sanık ...'ın 09.04.2016 tarihinde saat 20.00 sıralarında sevk ve idaresindeki ... plaka sayılı kapalı

²⁶ Zira sıklıkla bu ihtilafta olayın nasıl gerçekleştiği belirli olmakla birlikte sanığın neticeyi isteyip istemediği veya göze almış olup olmadığını yorumlamak sorunludur, bkz. Mylonopoulos, Christos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW, Vol. 99, Heft 4, s.686.

²⁷ Benzer yönde bkz. Fuchs, Jürgen, Die Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, GA 1964, s.69; Alman Federal Mahkemesi ölüm neticeli olaylarda olası kastın varlığının söz konusu olup olmadığını sorgularken eşik teorisinden yararlanır. Buna göre her bir insanın sahip olduğu doğal psikolojik bir bariyer/eşik onun öldürme suçunu işlemesini yaralama suçuna göre daha da zorlaştırır. Sanığın bilinçli taksirle değil de olası kastla bir insanı öldürdüğünün kabulü için bu eşiği aşmış olduğunun da kabulü gerekir. Buna göre eylemin tehlikeliliği tek başına kastın varlığını ortaya koymak adına yetersizdir. Ancak bu teorinin uygulamada mahkemelerin yersiz yere kuşkudan sanık yararlanır ilkesini kullanmaları eğilimini artırdığı ileri sürülerek eleştiri konusu yapılmış ve Alman Federal Mahkemesinin de son kararların da bu yersiz kullanımı eleştirdiği belirtilmiştir bkz. Kett-Straub, Gabriel, “Öldürme Suçlarında Olası Kast İle Bilinçli Taksir Ayrımında Eşik Teorisi (Hemmischwellentheorie)’nin Tek Başına Yetersizliği”, Çev. İlker Tepe, CHD, Y.8, S.21, s.226vd.

kasa kamyonet cinsindeki araç ile yanında bulunan akrabası ve arkadaşı olan tanıklar ... ve ... ile birlikte Ankara Kalesi'ne giderek viski içtikleri, sanığın ayrıca enerji içeceği de içtiği, saat 22.00 sıralarında yine sanığın sevk ve idaresindeki aynı araç ile Gölbaşı ilçesine gidip bir süre dolaştıktan sonra evlerine dönmek üzere tekrar yola çıktıkları, Konya Yolu üzerinde Gölbaşı istikametinden şehir merkezine doğru yerleşim yeri merkezinde, aydınlatmanın olduğu, görüşe engel bir durumun bulunmadığı, azami hız sınırının otomobiller için 82, kamyonet cinsi araçlar için 70 km/saat olduğu, dört şeritli, düz, kuru ve asfalt yolda seyir hâlinde olan sanığın, saat 23.47 sıralarında Dikmen Caddesi istikametine doğru sola dönüşün olduğu ışıklı kavşağa geldiğinde **kırmızı ışık ihlali yaparak** o esnada boş olan en sol şeritten hızlı bir şekilde geçmeye çalıştığı sırada, karşı yoldan gelen ve kendisine yanan yeşil ışıkla birlikte Dikmen Caddesine geçmek için sola dönüş yapan sürücü ...'in sevk ve idaresindeki... plaka sayılı otomobilin sağ yan tarafına çarptığı, çarpışmanın etkisiyle her iki aracın da savrulduğu ve sürücü ...'in aracının 25,7 metre ileride durduğu, **saat 00.57'de onaylanan rapora göre sanığın 2,46 promil alkollü olduğu**, araçta sıkışan sürücü ...'in olay yerine gelen itfaiye ekiplerinin müdahalesiyle araçtan çıkartılarak ambulansla hastaneye kaldırıldığı ancak araç içi trafik kazası sonucu oluşan kafa ve genel beden travması ile buna bağlı olarak gelişen hemopnömotoraks sonucu vefat ettiği olayda; daha önce 1,00 promilin üzerinde alkollü araç kullandığı gerekçesiyle trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunan ve alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesi iptal edilen sanık ...'in, olay tarihinde de **sürücü belgesi alkol sebebiyle iptal edilmiş** olmasına rağmen sevk ve idaresindeki kamyonet cinsi araçla trafığe çıktığı, sanığın kaza anında emniyetli sürüş yeteneğini olumsuz olarak etkileyecek ölçüde alkollü olduğu, **sanığın kazadan hemen önce yolda bir iki aracı makas atarak geçtiği, ışıklı kavşağa yaklaştığı sırada hızını azaltmadığı** gibi kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen durmayarak kavşaktan hızlı bir şekilde geçtiği, bu suretle kazanın oluşumunda asli ve tam kusurlu olduğu, başka bir kimsenin kusurunun olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Yerleşim yerinde bulunan ve gece vakti de olsa yoğun bir trafik akışı olan ışıklı kavşağa yaklaşan sanığın, kendisine kırmızı ışık yanması ve önündeki araçların durduğunu görmesine rağmen karşı istikametten gelip Dikmen Caddesine gitmek için sola dönüş yapacak araçların önüne çıkabileceğini öngördüğü hâlde hızlı bir şekilde o esnada boş olan en sol şeritten geçmesi ve muhtemel olan neticenin meydana gelmesi suretiyle o sırada Dikmen Caddesine geçmek için yeşil ışıkla birlikte sola dönüş yapan sürücü ...'in sevk ve idaresindeki araca çarparak ...'in ölümüne neden olması, kaza tespit tutanağı ve tanık ifadelerine göre fren yapmadığı ve hızını azaltmadığı sabit olan **sanığın, öngördüğü muhtemel neticeyi engelleme çabasının ya da neticeyi göze almadığına dair bir davranışının bulunmaması, başka bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeye kayıtsız kalarak kabullenmesi**, ayrıca somut olayın kanun koyucu tarafından olası kastın düzenlendiği madde gerekçesinde

belirtilen örnek olaydaki gibi gerçekleştiğinin anlaşılması karşısında sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”²⁸.

Bu kararında Kurul ayrıca, bu hususta bir içtihat değişikliği olmadığını sadece daha önce bilinçli taksirin söz konusu olduğu yönünde verdiği kararlara konu olaylar ile bu olayların farklı özellikler taşıdığını izah etmeye çalışmıştır. Buna göre:

“Ceza Genel Kurulunun 06.06.2017 tarihli ve 108-311 sayılı kararında, sanığın, sevk ve idaresindeki LPG tankeri ile çevre yolunda seyir hâlinde iken ışık kontrollü kavşağa geldiğinde, kendi seyir yönüne kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşağın henüz boş olmasından faydalanarak karşıya geçmeye çalıştığı ancak kendi yönlerindeki araçlara yeşil ışık yanması nedeniyle aynı kavşağa giren katılanların bulunduğu araca çarparak birden fazla kişinin yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın önüne çıkan aracı görür görmez frene basması nedeniyle meydana gelen muhtemel neticeyi engellemeye yönelik davranışlarda bulunduğundan bilinçli taksirle hareket ettiği; yine Ceza Genel Kurulunun 15.01.2019 tarihli ve 701-6 sayılı kararında, trafik ışığı bulunan kavşaktan kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle hızlı bir şekilde geçen sanığın, o esnada yaya bandı üzerinden yolun sağ tarafından sol tarafına bisikletiyle geçmekte olan kişiye çarparak ölümüne neden olduğu olayda, sarı ışığın yandığını gören sanığın kırmızı ışığa yakalanmamak için hızını artırmak suretiyle şoförlük becerisine ve şansına güvenerek kavşaktan geçtiği ve önüne çıkan bisikletliyi görür görmez frene basarak neticeyi önlemeye çalıştığından eylemini bilinçli taksirle işlediği kabul edilmiştir. Uyuşmazlık konusu somut olayda ise, kavşağa yaklaşırken hızını azaltmayıp kendisine kırmızı ışık yandığını ve diğer araçların durduğunu görmesine rağmen durmayarak hızlı bir şekilde kavşaktan geçen ve önüne araç çıkmasına rağmen frene basmayan sanığın, meydana gelen muhtemel neticeyi engellemeye yönelik herhangi bir davranışı bulunmadığından eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. Ceza Genel Kurulunca kast-taksir kombinasyonuna ilişkin kararlardaki uygulama istikrarlı bir şekilde sürdürülmekte olup yukarıda belirtilen ve açıklanan özellikleri nedeniyle birbirinden farklı olan olaylarda farklı sonuçlara ulaşılması içtihat değişikliği anlamına gelmemektedir.”

Böylelikle Kurul bu tür trafik kazalarında sanıkların kaza anı öncesinde **fren yapıp yapmadıklarına** önem verdiği söylenebilir. Nitekim incelediğimiz kararın gerekçesinde de fren yapılmamış olmasına vurgu yapılmıştır. Şöyle ki Kurula göre “kavşakta yeşil ışığın henüz yandığını ve kırmızı ışıkta beklemekte olan araçların yeni harekete geçtiğini görmesine rağmen hızını azaltmayıp bu araçların arasından da makas atarak geçmek suretiyle, hiçbir kural tanımadan hareketlerini sürdürmesi ve **öngördüğü neticeyi engellemeye yönelik**

²⁸ YCGK, 2.7.2019 tarih ve 2019/121 E., 2019/518 K., www.karararama.yargitay.gov.tr

hızını azaltmak, frene basmak gibi herhangi bir tedbire de başvurmaması karşısında öngördüğü muhtemel neticeyi kabullenerek fiili işlediği ve eylemini olası kastla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.”

Ancak Kurul şu kararında fren yapılmamış olmasına rağmen olası kastın değil **bilinçli taksirin** söz konusu olduğuna karar vermiştir. “09.09.2011 tarihinde saat 21.00 sıralarında, sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile asfalt, 7 metre genişliğinde, yol şeridi şeklinde orta refüjle bölünmüş düz yolda, aydınlatmanın bulunmadığı meskûn mahalde, düğün konvoyunun önünde seyri sırasında, direksiyon hakimiyetini kaybedip orta refüjde bulunan ölene çarptığı, çarpmanın etkisi ile ileri fırlayıp aracın altına giren ölenin uzuvlarının yolun 100 metrelik kısmına yayıldığı olayda; fren izinin tespit edilmemesi, aracın çarpma noktasından 150 metre sonra durabilmesi, aracın ön camında, tavanında, bagaj kapağı üstünde ve aracın iç kısımlarında ölene ait et ve kan parçalarının bulunması ile ölenin vücut ve kemik yapısının tamamen bozulmuş olması dikkate alındığında mahal sınırlarının çok üzerinde bir hızla seyir halinde olduğu anlaşılan sanığın, ilçe girişinde bulunan inşaat şantiyesi civarındaki olay yerinde geçiş halinde olabilecek yayalara çarpabileceğini öngörmesine karşın şoförlük yeteneğine, şansına ve yayaların kendisini fark ederek tedbirli ve dikkatli davranacağına güvenerek istemediği neticeye neden olduğu kazada bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Adli muayene raporuna göre; olaydan iki saat sonra sanığın kanında tespit edilen alkol miktarının 1.3 mg/dl olduğu tespit edilmiştir²⁹.”

c- Alman Federal Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Alman Federal Mahkemesi'nin ölümlü trafik kazalarına ilişkin iki kararına burada karşılaştırma yapabilmek adına yer verilebilir. Bilinçli taksirin varlığını kabul ettiği ilk karara göre³⁰, “*Gece 00.30 sularında Berlin'in en ünlü caddelerinden bir tanesi olan Kurfürstendamm ve Tauentzien Caddesi boyunca iki sanık spontan bir şekilde araba yarışı yapmaya karar verirler. Yarışa başladıktan sonra birbirleriyle kafa kafaya bir şekilde biri 139 ila 149 km/ saat hızla (M.N. isimli sanık) diğeri de 160 ila 170 km/ saat hızla (H.H. isimli sanık) Tauentzien Caddesi ile Nürnberg Caddesinin kesiştiği kırmızı ışığın yanmakta olduğu kavşağa yaklaşır. Bu iki caddenin kesiştiği kavşakta yarış yapan araçlardan sağdan gideni (H.H. isimli sanık) aracıyla kendisine yanan yeşil ışıkta geçen ve Nürnberg Caddesi'nden çıkıp sağ taraftan kavşağa giren araçla çarpışır. Yarış yapan aracın çarptığı aracın sürücüsü olay yerinde hayatını kaybeder. Çarpışmanın yarattığı darbeye yarış yapan sürücünün aracı o esnada kafa kafaya yarıştığı ve hemen yanında gitmekte olan diğer araca aracın yolcu (sağ) koltuğunda oturmakta olan kişiyi hafif*

²⁹ YCGK, 13.3.2018 tarih ve 2015/670 E., 2018/93 K., www.karararama.yargitay.gov.tr

³⁰ BGH, Urteil vom 1. März 2018 - 4 StR 399/17 (<https://juris.bundesgerichtshof.de>). Kararın çevirisi için bkz. Doğan, Koray/Meraklı, Serkan, *Trafik Ceza Hukuku*, Ankara 2019, s.73-74. Karar hakkında ayrıca bkz. Karaaslan, s.203 vd.

yaralayacak şekilde çarpar. Bu olayla ilgili olarak ilk derece mahkemesi olan Berlin Eyalet Mahkemesi yarış yapan her iki sürücü hakkında da iştirak halinde işlenen olası kastla insan öldürme suçundan dolayı mahkûmiyet kararı verir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin de temyiz incelemesinde bağlı olduğu ilk derece mahkemesinin tespitlerine göre sanıklar, yaptıkları araba yarışının trafikteki bir başkası için öldürücü bir neticeye yol açabileceğini ilk olarak kazanın gerçekleştiği kavşağa geldiklerinde anlamışlar ve göze almışlardır. **Ancak, söz konusu kavşağa geldiklerinde artık neticenin gerçekleşmesine engel olma imkanları kalmamıştır.** Bu da göstermektedir ki, sanıkların öldürme kastlarının varlığının kabulü için gerekli olan neticeye yönelik düşüncenin oluşmasından önce ölüm neticesini ortaya çıkaran süreç geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde dış dünyada harekete geçirilmiştir. Dolayısıyla sanıkların kaza ve kazadaki ölüm neticesine yol açan ve bir öldürme kastını içeren davranışları ilk derece mahkemesinin hükmündeki kazanın oluşumu ile ilgili bu açık tespitlerinden ötürü söz konusu olamaz... Somut olayda kastın mı yoksa (bilinçli) taksirin mi bulunduğu incelemesi özellikle öldürme ya da yaralama suçlarında eylemin tüm objektif ve sübjektif nitelikteki unsurlarının (özellikle kastın isteme unsurunu) birlikte göz önünde tutulmasını gerektirir. Bunun yanında eylemin objektif açıdan ortaya koyduğu tehlikeliliği olası kastın hem bilme hem de isteme unsuru bakımından önemli bir gösterge teşkil eder. **Ancak, eylemin tehlikeliliği ve neticenin meydana gelmesinin muhtemelliğinin derecesi failin olası kastla hareket edip etmediğinin tespitinde tek başına göz önüne alınan kriterler değildir.** Bunlara ek olarak önemli ölçüde yüksek tehlike içeren eylemlerde olası kastın tespiti somut olayın özelliklerine de bağlıdır. Aslında bir başkasının yaralanmasına ya da bir kazanın ortaya çıkmasına yönelmeyen trafikteki riskli davranışlar söz konusu olduğunda fail, kendisinin de olası bir kazada zarar görebileceğini; ancak, her şeyin yolunda gideceğini ve bir kaza yapmayacağını düşünebilir. Buna bağlı olarak da bu tür bir durumda ilk derece mahkemesi somut olayın özelliklerine göre failin, kendi bakış açısından davranışının kendisi için de bir tehlike oluşturup oluşturmadığını ya da oluşturuyorsa ne kadar büyük bir tehlike oluşturduğunu düşündüğünü değerlendirmelidir.”

Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu hükmünde, failin aracına büyük güven duymasının ve kendisini aracının içerisinde güvenli hissetmesinin failin kastının varlığının tespitinde çok yüzeysel kalacağını ve hukukî bir temelinin olmayacağını ifade ederek bu kritere dayalı olarak olası kasta dayalı bir mahkûmiyet hükmü kurulmasını bozma nedeni saymıştır³¹.

Mahkeme oldukça yeni tarihli diğer bir kararında ise olası kastın varlığını kabul etmiştir. Bu karara konu olan olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Sürücü ehliyeti bulunmayan ve olay esnasında alkollü olduğu tespit edilen fail, çaldığı taksi aracıyla **kendisini takip eden polislerden kaçmaya çalıştığı esnada** Hamburg'da şehir içinde saatte 155 km hız ile seyrederken direksiyon hakimiyetini kaybedip üç şeritli yolda

³¹ Doğan/Meraklı, s.74.

bariyerlere çarpıp karşı şeride geçmiştir. Bunun ardından karşı şeritte yaklaşık saatte 20 km hızla seyretmekte olan bir taksiye saatte 130 km hızla ön taraftan çarpmıştır. Taksi sürücüsü olay yerinde hayatını kaybetmiş ve taksidedeki iki kişi ise ağır şekilde yaralanmışlardır. Hamburg Eyalet Mahkemesi, failin kendisini takip eden polis araçlarını görüp hızını arttırmış olmasının insan öldürme suçu bakımından olası kastının bulunduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Hamburg Eyalet Mahkemesi'ne göre failin direksiyon hakimiyetini kaybederek karşı şeride geçtiği esnada hem kendi yaşamına hem de diğer insanların yaşamına karşı kayıtsız davrandığı kabul edilmelidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu hükmü onamış ve hükümde hukuka aykırılık tespit etmemiştir³². Ancak bu kararı ilkinden ayıran önemli bir nokta, sanığın aracı çalmış ve kendisini takip eden polislerden kaçmakta olmasıdır. Yukarıda *Genel Açıklamalar* başlığı altında belirttiğimiz üzere polisten kaçmakta olan ve yakalanmamak için herşeyi göze alan sürücünün durumu, trafikte kural ihlalleri yaparak seyir halindeyken kaza yapan kişiden farklıdır. Olayın tüm özellikleri dikkate alınarak olası kastın varlığı kabul edilebilir.

ç- Somut Olaya İlişkin Nihai Değerlendirme

Bir trafik kazasında suçun manevi unsuruna dair bir tespit yapmadan önce somut olayın özellikleri, sanığın kaza öncesi ve sonrası davranışları, sanığın alkol ve aracın hız durumu, yol ve hava şartları gibi yan vakaların (emarelerin) tespit edilmesi gerekir. Zira YCGK'nun önceki kararlarında da belirttiği üzere *“esasen failin iç dünyasını ilgilendiren kastın niteliğinin belirlenebilmesi için dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle sonuç çıkarmak olanaklıdır. Başka bir deyişle, failin olay öncesi, sırası ve sonrasındaki davranışları kastının belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır”*³³. Bu olay bakımından da sanığın neticeleri kabullenip kabullenmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmede, yorum aracı olarak kullanılabilen emareleri sıralamak gerekirse;

- Sanığın 1,00 promilin üzerinde alkollü olarak güvenli sürüş yeteneği ortadan kalkmış bir vaziyette olması,
- yasal hız limitlerinin çok üzerinde bir hızla yerleşim yeri içerisinde kırmızı ışık ihlalleri yaparak ve
- makas atıp trafiği tehlikeye sokacak şekilde şerit değiştirmek suretiyle seyir halindeyken kaza yapmış olması,

³² Bu karar hakkında bkz. BGH Presseermittlungen, vom 01.03.2019, Nr. 026/2019 (https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/pressemitteilungen2019_node.html, erişim tarihi: 02.03.2019). Henüz kararın tam metni yayımlanmamış olup bu karar hakkında Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin basın bildirisinden kararın içeriğine ulaşılmıştır.

³³ YCGK 27.12.2005, E: 2005/1-131, K: 2005/167 bkz. Karaaslan, dpn.71.

- araçta bulunanların kendisinden yavaşlamasını istemelerine rağmen uyarıları duymamak için müziğin sesini açıp seyrine devam etmesi,

- olayın hemen öncesinde yaklaşmakta olduğu kavşakta yeşil ışığın henüz yandığını ve kırmızı ışıkta beklemekte olan araçların yeni harekete geçtiğini görmesine rağmen hızını azaltmayıp bu araçların arasından da makas atarak geçmesi,

- sanığın fren yapmamış olması,

- ölenlerin sanığın arkadaşları olması ve aralarında öncesinde bir husumetin söz konusu olmaması,

- sanığın 19 yaşında olması,

- kazanın açık havada, aydınlatmanın olduğu, asfalt kaplamalı, ıslak ve nemli, 2 şeritli, 5 metre genişliğindeki bölünmüş devlet kara yolunda gerçekleşmiş olması,

- sanığın kırmızı ışık ihlali yaptığı bir esnada "Kırmızı ışıklara karşı takıntım var, durmuyorum." şeklinde sözler söylediği,

- çarpma anında aracın arka koltuğunda bulunan ölenin araçtan fırlayıp yola düştüğü, seyrine devam eden sanığın tanıkların ölenin araçta olmadığını söylemeleri üzerine çarpma noktasından yaklaşık 450 metre ileride durduğu,

Bu bilgiler ışığında sanığın Karayolları Trafik Kanununda düzenlenen azami hız kurallarını, kavşaklara yaklaşırken hızını azaltma kuralını, alkollü şekilde araç kullanma yasağını, tehlikeli şekilde şerit değiştirme yasağını ihlal ettiği sabittir. Sanığın kaza yeri öncesinde kırmızı ışık ihlali yapması ayrı bir kabahat olarak değerlendirilebilir (KTK m.47), önemli olan kaza anında kırmızı ışık ihlali yapıp yapmamasıdır. Sanık kaza anında kırmızı ışık ihlali yapmamış, ancak kendisinin önünde yeşil ışık yanması nedeniyle henüz hızlanmakta olan araçları tehlikeli şekilde şerit değiştirerek geçmeye çalışmıştır. Böylelikle sanığın birçok trafik kuralını ihlal ederek objektif özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı rahatlıkla söylenebilir. Asıl tartışmalı olan nokta, **sanığın eylemini gerçekleştirirken ölüm neticelerini öngörmüş olmasının yanı sıra kabullenmiş olup olmamasıdır.** Burada sanığın alkollü şekilde araç kullanmasının, hız sınırlarını ihlal etmesinin, tehlikeli şekilde şerit değiştirmesinin kaza riskini artıracaklarını, araçta beş kişi varken bunun araçta bulunanların veya diğer trafik katılımcılarının ölümüne neden olabileceğini öngörmediğini söylemek mümkün değildir. Ehliyeti olan her vatandaş objektif bir değerlendirmeye bunların ölümlü bir kazaya neden olacağını öngörür. Tecrübe kuralları ve mantık bunun kabulünü gerekli kılar. Ancak asıl önemli olan sanığın meydana gelen **ölüm neticelerini** kabullenip kabullenmemesidir. Sanığın ölen iki arkadaşının ölmesi ihtimalini göze aldığı, kabullendiğine dair verilen bilgiler içerisinde bir emareye rastlanamamıştır.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin de araba yarışlarına ilişkin olarak verdiği yukarıda bilgi verilen karayolunda yarış yapanlara ilişkin kararında belirttiği üzere, failin hakimiyetini kaybettikten sonraki ya da artık neticeye hükmetme imkanının kalmadığı an esas alınarak yapılan

değerlendirme doğru sonuç vermez. Çünkü, bu aşamada yapılan bir değerlendirme her zaman olası kastın bulunduğu kabulünü gerektirecektir. Zira, birine çarpmadan hemen birkaç saniye önce failin artık mağdura çarpacağını somut bir şekilde görmesi taksirli suçlarda da kasten işlenen suçlarda da aynı derecede söz konusu olur. Bu nedenle failin öngördüğü neticeye kayıtsız kalıp kalmadığının tespiti için failin aracın hakimiyetine sahip olduğu an ya da neticeye engel olabileceği son an esas alınmalıdır³⁴.

Burada esas itibariyle yukarıda verilen Yargıtay 12.CD'inde ileri sürülen karşı oy gerekçesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Buna göre: *“Mevcut olayımızı irdelediğimizde sanık olayda birden fazla ihlal içeren hareketiyle **kaza yapabileceğini** öngörmüş ve kabullenmiştir. Ancak meydana gelen netice açısından ölüm olayının meydana geleceğini öngörüp kabullenmesinden söz edilemez. Yukarıda da değinildiği üzere ölüm olayının meydana geleceğini bilmesi hâlinde icrai hareketlerine devam edeceği yönünde bir durum söz konusu değildir, çünkü kendi aracı içinde bulunan kişiler arkadaşlarıdır.”* Ölen kişiler ile sanığın arkadaş olmaları ölümlerinin sanık tarafından kabullenilmiş olması anlamında ilave emarelerin varlığını gerekli kılar. Elbette insanlar, arkadaşlarını hatta yakın akrabalarını, eşlerini doğrudan kastla da öldürebilmektedirler. Ancak olası kasttan söz edilebilmesi için mevcut veriler ışığında *“sanık öleceklerini bilseydi yine aynı şekilde önündeki araçları geçmeye çalışırdı”* diyebilmemiz gerekir (Frank formülü). Sanığın saiki de yani eylemi gerçekleştirme gerekçesi, motivi de ölüm neticelerini göze alıp almadığı hususunda fikir verir³⁵. Hiçbir kabahati olmayan ve arkadaşı olan kişilerin ölüm neticesini dahi kabullenmesini, umursamamasını gerektirecek, asıl odaklandığı noktanın sanık için önemi de göz önünde bulundurulmalıdır. Sanığın buradaki amacı aynı istikamette giden ve kendisinde önce kırmızı ışıkta duran ve henüz yanan yeşil ışık nedeniyle yavaş yavaş hızlanan araçların önüne geçmek ve hızlı bir şekilde yol almaktır. Sanığın bunu yaparken arkadaşlarının ölmesini göze aldığını söylemek doğru olmaz.

Olayda yukarıda sayılan emarelerden hareketle sanığın bilinçli taksirle hareket ettiği söylenebilir zira, tüm anlatımlardan sanığın araçta bulunanlara kendisini ispatlama, onları etkileme amacıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır. Öngörmüş olduğu kazanın gerçekleşmeyeceğine güvenmekte, önünde düşük hızla seyreden araçları rahatlıkla geçebileceğini düşünmektedir. Sanığın fren yapmamış olması da tek başına ölüm neticesini kabullendiği anlamına gelmez, zira sanığın amacı önündeki araçların arasından “makas” olarak tabir edilen geçiş yöntemi ile sıyrılmaktır. Bu tehlikeli ve kural dışı sürüş yönteminde sürücü

³⁴ Doğan/Meraklı, s.77.

³⁵ “Failin neticeyi kabullenmek için herhangi bir saikinin bulunup bulunmadığı, kendisine veya yakınına zarar vermeyi isteyip istemediği kıstas olarak kabul edilebilecektir.”, bkz. Karaaslan, s.227.

aracının diğer araçlardan daha hızlı olmasından yararlanarak, kendisine avantaj sağlamak ister, bu nedenle fren yapmaz. Eğer sanık bir kavşaktan geçmekte olduğu esnada karşıdan karşıya geçmeye çalışan bir yaya veya aracı görmesine rağmen fren yapmaksızın ona çarpabileceğini göze alarak, hız kesmeden kavşaktan geçmeye çalışmış olsaydı, fren yapmamış olması önem taşır ve olası kastla hareket etme ihtimali gündeme gelirdi.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir emare de araçtakilerin sanığı uyarmış olmalarına rağmen sanığın hızlı ve tehlikeli şekilde araç kullanmaya devam etmiş olmasıdır. Sanığın bu şekilde aracı kullanmaya devam etmiş olması, onun bir kazaya neden olabileceğini öngörmüş ve bunu umursamamış olduğunu ispatlar. Artık *“ben kazayı öngöremedim veya umursamadım”* şeklinde savunma yapamaz. Ancak muhtemel bir kaza neticesinin umursanmamış olması ile ölüm neticelerinin umursanmamış olması aynı şeyler değildir. Şehir içinde oluşabilecek maddi hasarlı bir kazayı göze almış olması, onun ölüm neticelerini de göze aldığını göstermez. Sanığın kasten öldürme suçunu olası kastla işlediğinin kabulü için de ölüm neticesini göze almış olduğunun, arkadaşlarının ölümünü umursamadığının açıkça ispatlanmış olması gerekir.

Akla gelebilecek bir soru işareti de ölenlerin sanığın alkollü şekilde araç kullandığını bilmelerine rağmen araca binmeleri, arka koltukta otursalar dahi emniyet kemeri takmamış olmalarının olası kast bilinçli taksir ayırımına bir etkisinin olup olmadığı sorusudur. Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir zira, mağdur veya ölenin kusuru nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyet tartışmasında önem arz ederken kast veya taksirin belirlenmesinde dikkate alınmaz. Ayrıca tazminat değerlendirmesine ilişkin özel hukuk değerlendirmesinde kusurlar yüzde üzerinden paylaştırıldığından, bu noktadaki kusurlar dikkate alınabilir.

Son olarak bir parantez açarak, sanığın kaza anından sonra yoluna devam etmiş olması hususu üzerinde de durmak gerekir. Eğer sanık ilk çarpma anından sonra arka tarafta oturan yolcunun arabadan fırlayarak yola düştüğünü fark etmiş ve buna rağmen seyrine devam etmiş ise o yolcunun ölümü bakımından eklenen kast şeklinde olası kast ile hareket ettiği, onun ölüm neticesini umursamadığını söylemek mümkün olabilir. Ancak bunun için mutlaka ölenin arabadan fırladığını fark etmiş olmasına rağmen yoluna devam ettiğinin ispatlanması gerekir. Bu hususta sanık savunmasında *“araçta bulunan arkadaşlarının “yaralı var” demesi üzerine en yakın hastaneye gitmek için araçla ilerlediğini, Park Hospital Kavşağını geçtiklerinde sağda durup babasını aradığını ve kaza yaptıklarını söylediğini, babasının ambulansı beklemelerini söylediğini, kendisinin bu esnada zaten 112 acil servis hattını arayıp ambulans istediğini, ambulansı bekledikleri sırada araçta ...’in olmadığını fark ettiğini,”* belirtmiştir. Tanık (D)’nin beyanı da sanığın beyanlarını doğrular mahiyettedir. Şöyle ki tanık (D), *“en son aracı da geçmeye çalışırken kendisinin bulunduğu arka sağ taraftan bu araca çarptıklarını, Derya’nın kucağına düştüğünü, aracın camlarının kırılıp*

içeriye hava girdiğini, sanığın hiç frene basmayıp 800-900 metre ileride durduğunu, Derya'nın kan içinde olduğunu, sol tarafına baktığında ...'in olmadığını gördüğünü, kapuların ve bagajın açık olmadığını ancak bagajın olduğu bölmedeki cam ile sol sürgülü kapının camının patlamış olduğunu, tahminine göre ...'in arkadaki camdan dışarı fırladığını,” belirtmiştir. Tanık (C) de “sanığın bulvar üzerinde başka bir araca makas atarken içinde buldukları aracın dengesini kaybederek kaydığını ve öndeki başka bir araca çarptığını, sonrasında da bariyere ve tellere çarptıklarını, ... ile birlikte yardım çağırarak için yakında bulunan bir kafeye koştuklarını, sonrasında da tekrar olay yerine döndüklerini,” belirtmiştir. Bu beyanlardan sanığın ölenin araçtan fırladığını fark etmesine rağmen yoluna devam ettiği kanaatinin oluşamayacağı, ölenin sanığın arkasında oturuyor olmasının da bu ihtimali zayıflattığı değerlendirilmiştir. Ayrıca sanığın kaza nedeniyle yaşadığı şok, araçta beş kişinin bulunuyor olması da göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu gerekçeyle YCGK'nun kararının aksine sanığın eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir. Elbette sanığın yukarıda sayılan emir ve yasak ihlallerinin fazlalığı ve yoğunluğu, TCK m.22/3'e göre bilinçli taksirden dolayı suçun cezası artırılırken üst haddeden ceza artırımı yapılmasını gerektirir. Ayrıca meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak m.85/2'ye göre temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaştırılması yerinde olur.

KAYNAKÇA

- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2009.
- Beulke Werner, *Strafprozessrecht*, München, 2006.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2018.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, 2011.
- Dahs, Hans/Dahs, Hans, *Die Revision im Strafprozess*, München, 2001.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2014.
- Doğan, Koray, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik, Kuşkudan Sanık Yararlanın İlkesi in dubio pro reo*, Ankara, 2018.
- Doğan, Koray, "İspatın İstinaf Kanun Yolu İle Denetimi, Olgusal Bir İnceleme", *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2018.
- Doğan, Koray, *Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç*, Ankara, 2015.
- Doğan, Koray/ Meraklı, Serkan, *Trafik Ceza Hukuku*, Ankara, 2019.
- Fuchs, Jürgen, *Die Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, GA 1964.
- Haft, Fritjof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2004.
- Karakehya, Hakan, "Olası Kast", CHD, Y.1,S.2.
- Keskin, Serap, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul, 1977.
- Kett-Straub, Gabriel, "Öldürme Suçlarında Olası Kast İle Bilinçli Taksir Ayrımında Eşik Teorisi (Hemmschwellentheorie)'nin Tek Başına Yetersizliği", *Çev. İlker Tepe*, CHD, Y.8, S.21.
- Koca, Mahmut/ Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2015.
- Kühne, Hans-Heinrich, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 2003.
- Mylonopoulos, Christos, *Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo*, ZStW, Vol. 99, Heft 4.
- Gökcan, Hasan Tahsin, "İstinaf Yasa Yolunda İspat ve Delillerin Değerlendirme Esasları", *TAAD*, Y.3, S.10, Temmuz 2012.
- Gökçen, Ahmet/ Çakır, Kerim, "Ceza Muhakemesinde Temyiz İnceleme Mercii Olarak Yargıtay, Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetim ve Hukuki Denetimin Sınırları", *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara 2018.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006.
- Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozessrecht*, München, 2001.
- Schmidt, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bremen, 2007.

Schünemann, Bernd, *Grundfragen der Revision im Strafprozeß*, (1. Teil), JA 1982.

Selçuk, Sami, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, Ankara, 2009.

Taner, Fahri Gökçen, "5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", Ankara Barosu Dergisi, 2017/4.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Koray, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019.

Özen, Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", AÜHFD, 65(4), 2016.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2015.

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2015.

Öztürk, Bahri (ve diğerleri), *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2016.

Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Y.1,S.1.

Yenisey, Feridun, "İstinafta Maddi ve Hukuki Mesele Denetimi", *Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara 2018.

Wessels, Johannes, Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Fulda, 2010.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2015.

DISCIPLINARY CRIMES AND PUNISHMENTS IN TURKISH POLITICAL PARTIES LAW: A SHORT ANALYSIS

Türk Siyasi Partiler Hukukunda Disiplin Suç ve Cezaları: Kısa Bir Analiz

Dr. Öğretim Üyesi Ferhat USLU*
Av. Elif GÖRGÜ**

Özet: Siyasi partiler çağdaş demokratik sistemlerin işlerliğini sağlamada çok önemli işlevler üstlenmektedir. Siyasi partilerin bu işlevlerini en iyi şekilde yerine getirebilmeleri için kendi iç düzenlerinin sağlanması gerekir. Bu iç düzenin sağlanması disiplin kuralları ile mümkün olmaktadır. Disiplin kuralları disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Esasında disiplin hukuku denildiğinde akla ilk olarak “kamu personeli disiplin hukuku” gelmektedir. Ancak siyasi partilerin iç işleyişi ile ilgili olan disiplin suç ve cezaları da disiplin hukuku içerisinde yer almaktadır. Bu iki ayrı uygulamaya birbirleriyle ortak noktalar göstermekle birlikte farklılıklar da barındırmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda siyasi parti disiplin ve suçlarının hukukumuz içerisindeki yeri, kamu personeli disiplin hukukuna benzerlikleri ve içerikleri ele alınmıştır. Siyasi partilerde disiplin suç ve cezaları 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun *Disiplin İşleri* başlıklı sekizinci bölümünün 53. maddesinde düzenlenmiştir. İncelememiz mümkün oldukça anılan hükümler kapsamında yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Siyasi partiler, siyasi partiler hukuku, Siyasi Partiler Kanunu, disiplin suçları, disiplin cezaları.

Abstract: Political parties play very important functions in ensuring the functioning of contemporary democratic systems. In order for political parties to perform these functions in the best way, their internal order must be provided. Providing this internal order is possible with discipline rules. Discipline rules form the subject of disciplinary law. In fact, when it comes to disciplinary law, “public personnel disciplinary law” comes to mind first. However, disciplinary crime and punishments related to the internal functioning of political parties are also included in disciplinary law. While these two applications show common points with each other, they also contain differences. In this context, the place of political party disciplines and crimes in our law, the similarities and contents of public personnel discipline law were discussed. Disciplinary crime and punishments in political parties are regulated in article 53 of the eighth section of the Political Parties Act No. 2820 titled Disciplinary Affairs. Our study was made within the scope of the mentioned provisions whenever possible.

Keywords: Political parties, political parties law, Political Parties Act, disciplinary crimes, disciplinary penalties.

* Anadolu University, Faculty of Law, Associate of Constitutional Law Department, anayasa.hukuku@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7052-3961.

** Kastamonu Forest Regional Directorate, elfgrgu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5552-9137.

Makale Geliş Tarihi: 05/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 30/05/2020

INTRODUCTION

The word "party" is a French word and its previous use in our language is "firka"¹. With the 1961 Constitution, the word began to enter legal texts². Since modern democracies can be realized through political parties, political parties have been clarified as the basic building blocks of democracies³. During the 1982 Constitution, political parties were regulated in the Political Parties Act dated 28 April 1983 and numbered 2820. In the third article of the law, the definition of political party is made. According to this article, political parties were established in accordance with the Constitution and laws, and the aim of the country to reach the level of modern civilization within a democratic State and society order, through the election of the President, the deputies and local administrations, and the formation of the national will through their opinions and open propaganda. These are organizations that have legal personality and are organized to operate throughout the country⁴.

In addition to the legal definition, many political party definitions were made in the doctrine. According to Odyakmaz, political parties are private associations that are subject to a separate status, with the aim of seizing power.⁵ According to Gözler, political parties are legal entities operating throughout the country that aim to take power partially or completely by election.⁶ According to Tunaya, political parties are communities that individuals united on a specific program have established, with the aim of realizing this program through normal elections.⁷ The Constitutional Court of Turkey's political parties, "they establish freedom of citizens united in the framework of certain political considerations and are the organizations they leave to join freely. Significant impact on the parties in the formation of public opinion, the citizens of the claims and working to the realization of the aspirations and legal structures that embody political participation" has been defined.⁸

As Özbudun pointed out, modern democracy is party democracy⁹. Therefore, if there is no more than one political party competing for

¹ Özcan, Hüseyin/Yanık, Murat, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Pub., İstanbul, 2007, p. 5.

² İba, Şeref, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Pub., Ankara, 2017, p. 21.

³ İba, supra note, p. 21.

⁴ "Legal nature of political parties; political parties are legal entities. Political parties are not a public legal person, but a private legal entity, frankly, an 'association' organization. In cases where there is no provision in the political parties, the Constitution and the Political Parties Act, the provisions of the Turkish Civil Code and the Law on Associations are applied." Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Pub., 2011, Bursa, p. 161.

⁵ Odyakmaz, Zehra, "Siyasi Partilerin Kapatılması İle İlgili Hükümlerde Uyumsuzluklar ve Güçlükler", *Anayasa Yargısı*, Ankara, 1996, p. 234.

⁶ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Pub., Bursa, 2003, p. 160.

⁷ Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1982, p. 354.

⁸ Constitutional Court, 2003/1 D., Decision dated 13.3.2003.

⁹ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Pub., Ankara, 2018, p. 92-93.

power in a country, it cannot be mentioned that democracy exists in that country¹⁰. Because in the modern states, political alternatives should be created by political parties¹¹. For this reason, both the 1961 Constitution and the 1982 Constitution emphasized that political parties are an indispensable element of democratic political life.

Commitment to democracy is possible by establishing the content of political organization and political activities as an example to society¹². However, under good management, political organization and political activities can be carried out smoothly in order. There are also a number of internationally accepted principles that a good management should have. One of these principles constitutes responsibility. Responsibility refers to an obligation within the scope of its duties and powers and to encounter a sanction if a sanction is envisaged.¹³ Being a member of a political party places some responsibilities on the person. For this reason, in practice, individuals can start membership transactions by signing a membership declaration stating their rights and obligations to political parties. Therefore, the person who wants to become a member knows that if he takes any action against these rights and obligations he accepts, he will face a sanction in return. In other words, there is a special commitment obligation to a certain party to which the person is subject to his own consent, and if he opposes, he may face some sanctions.

Political party members are obliged to comply with the Political Parties Act, party by-law and program. Actions that cause injustice in the by-law are regulated as disciplinary offenses and sanctions for these crimes are regulated as disciplinary penalties. Therefore, each party accepts the responsibility of not performing these actions by becoming a member. If he / she behaves otherwise, he / she should know or should know that he / she will be sanctioned. In this study, the subject of narrative or disciplinary punishments foreseen for party disciplinary crimes and those who commit these crimes has been made.

¹⁰ Gözler, *İdare Hukuku*, p. 160-161.

¹¹ Özbudun, *supra* note, p. 92.

¹² Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği, *Siyasi Partiler Kurumsal Yönetim Kılavuzu*, (Online)

http://www.tkyd.org/files/downloads/faaliyet_alanlari/yayinlarimiz/tkyd_yayinlari/siyasi_partiler%20kilavuzu.pdf, p. 11.

¹³ Kılıç, Abbas, "Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, p. 266-267.

I- FUNDAMENTAL CONCEPTS ON DISCIPLINE CRIMES AND CRIMINALS AND POLITICAL PARTIES

A- Concept of Discipline

"Discipline" as a dictionary means "the condition of a community to strictly and carefully comply with its laws and the written or unwritten rules of order, strict order, order, order bond"¹⁴. Discipline is one of the most important elements that provide the foundation and continuity of the society with the transition to settled life¹⁵. Because collective discipline is required for people to work together for a specific purpose¹⁶. For this reason, it is given the duty and authority to ensure the order in those structures in the upper authority in all kinds of buildings where people are located¹⁷.

In societies with high discipline level, activities carried out by both state and non-governmental organizations are more effective and beneficial. However, in low-disciplinary societies, opposition to the law, arbitrariness and favoritism are frequently observed. Disciplinary rules are applied primarily in public institutions, universities, administrative institutions such as professional organizations, and private school, factory-like, private legal entities¹⁸. Therefore, every institution and structure in which there is a hierarchical structure has discipline rules¹⁹.

B- Disciplinary Law

When it comes to discipline law, public personnel discipline law, which is a sub-branch of administrative law, comes to mind. Public personnel discipline law is a sub-branch of administrative law that deals with situations such as public employees not complying with their obligations in the legislation, performing activities that disrupt the administrative order, not acting in accordance with the determined prohibitions, and what kind of disciplinary enforcement procedure will be handled in these situations²⁰. The disciplinary sanctions mentioned differ in purpose from other administrative sanctions and aim to

¹⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Online) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, Date of Access, February 16, 2020.

¹⁵ Arıcalı, Ahmet Cahit, *Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru*, Afyon Kocatepe University, Institute of Social Sciences, Unpublished Master Thesis, 2019, p. 4.

¹⁶ Bucaktepe, "Adil, Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, V. XIX. N. 2. 2015, p. 200.

¹⁷ Bucaktepe, *supra* note, p. 200.

¹⁸ Ülker, İbrahim, "Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz) Yolu", *EÜHFHD*, V. XIX, 2015, p. 61-62.

¹⁹ Ülker, *supra* note, p. 62.

²⁰ Bucaktepe, *supra* note, p. 201.

eliminate violations related to the internal functioning of the institution²¹.

However, disciplinary law rules take place in all organizations belonging to a certain organization outside the public sector. For this reason, limiting the concept to only public and public personnel narrows the concept. Disciplinary law can be defined as a sub-branch of the law that examines the rules for the establishment and organization of an institution, organization and the preservation of order, and the sanctions to be applied if these rules are not followed²².

Sub-topics of disciplinary law are composed of multiple titles such as actions that constitute disciplinary crime and the sanctions corresponding to these actions, the subject of disciplinary crimes and punishments, disciplinary investigation, and legal remedies against the decisions made. At the same time, in the Constitution, public personnel envisages three basic principles as disciplinary law, namely the principle of lawfulness, the right to defense and the assurance of the judicial (appeal) way²³. These principles should find application for the whole of disciplinary law.

C- Disciplinary Crime

Disciplinary crime in the Turkish Language Institution Actual Turkish Dictionary is defined as "behavior of a person in education and business life contrary to disciplinary regulations"²⁴. In addition to the definition of the Turkish Language Institute, disciplinary crime is defined in many different ways in the doctrine. According to Gözler, disciplinary crime is "flawed acts related to the duty of the officer."²⁵ According to Akyılmaz, disciplinary crimes are "violations of the norms that regulate the internal order, discipline and the status of the service providers, in order to provide the public service regularly and efficiently for the beneficiaries."²⁶

In our opinion, as Dilek also stated correctly, disciplinary crimes refer to the negative situation arising from the fact that people with

²¹ Mücahit Küçük, Çolpan, 657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemeleri Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, Gazi University, Institute of Social Sciences, Unpublished Doctoral Thesis, 2019, p. 35.

²² As, Halil, Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli University, Graduate Education Institute, Unpublished Master Thesis, 2020, p. 7.

²³ Akyılmaz, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 6. N. 1-2. 2004, p. 241-262.

²⁴ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Online) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, Date of Access, February 16, 2020.

²⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, p.686.

²⁶ Akyılmaz, *supra* note, p. 245.

certain status do not comply with the rules that determine this status.²⁷ Because disciplinary arrangements exist not only in the public personnel regime, but also in all the structures in which the hierarchy takes place. For this reason, it is beneficial not to be limited to public officials.

D- Disciplinary Punishment

Turkish Language Institution in the current Turkish dictionary, disciplinary punishment is defined as “the punishment given to anyone who commits one of the disciplinary crimes according to the severity of their behavior”.²⁸ The sanction that will be encountered in violation of the rules determined in order to ensure a certain organization to work efficiently and beneficially and to maintain its order can be expressed as disciplinary punishment.

Disciplinary punishment should be frightening and dissuasive, subjecting his subject to some deprivations. In this way, it is aimed both to ensure the justice before the related community by punishing the action, and to prevent the actions that create contradiction to the future.

E- Political Party Membership

The aim of the political parties is to achieve power through democratic means and to rule the country within the framework of its ideology and program²⁹. This targeted goal is possible by establishing a bond of belonging with citizens and ensuring political participation. By participating in any political party, political participation takes place before the citizen.

Political participation is also guaranteed by the Constitution. According to the 67th article of the fourth section of the Constitution titled “Political Rights and Duties”, which regulates the right to elect, be elected and engage in political activities, “citizens, in accordance with the conditions shown in the law.... it has the right to engage in political activity within a political party”. In accordance with the provision of the Constitution, the Legal Gazette dated April 24, 1983 and Law No. 2820 on Political Parties entered into force. Article 6 of the Law No. 2820 and the second part titled “Membership” regulate the membership and conditions of political parties. According to the 6th article of the Law titled “Being a member and withdrawing from membership”, every Turkish citizen has the right to be a member of political parties and withdraw from membership at any time according to the conditions and

²⁷ Dilek, Muzaffer, “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, TİD, Y. 71, Haziran 1999, N. 423, s. 27.

²⁸ Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Online) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=>, Date of Access, February 16, 2020.

²⁹ Ertürk, Devrim, “Postmodern Dönemde Bir Siyasal Katılım Biçimi Olarak Siyasal Parti Üyeliği ve Aktivizmi”, Mukaddime Dergisi, 2016, N. 7 (2), p. 349.

procedures shown in the law and party statute. However, more than one political party cannot be a member at the same time. If some party has become a member for some reason, the title of membership is deemed to have ended for each party. At the same time, only one organizational unit of the party can be subscribed, and if more than one organizational unit is registered, membership registrations made before the deadline are considered invalid.

According to Article 11 of the Act, any citizen who has reached the age of eighteen and has the capacity to exercise his civil and political rights can become a member. In the second paragraph of the article, it was counted who could not be a member of political parties³⁰. With the Article 12 of the Act, the political parties authorized the determination of the conditions of membership, provided that there were no provisions that differ language, race, gender, religion, sect, family, class and occupation. At the same time, the act stated that requests for membership could be denied without giving reasons, but in this case the right to appeal should be granted.

In addition to legal regulations, membership has an important place in the institutional structures for political parties³¹. Members take an active role in party functioning, structuring, campaigns in elections, in education and relations with the public³².

II- APPLICATION OF THE PRINCIPLES DOMESTIC TO PUBLIC STAFF DISCIPLINARY LAW IN POLITICAL PARTIES LAW

Public personnel disciplinary law includes some Constitutional and criminal law principles that dominate disciplinary crimes and

³⁰ But;

a) Judges and prosecutors, members of the higher judicial bodies, including the Court of Accounts, civil servants of public institutions and organizations, other public officials who do not qualify as workers in terms of their service, members of the Armed Forces and pre-higher education students cannot be members of political parties.

b) 1- Banned from public services,

2- Those accused of simple and qualified embezzlement, extortion, bribery, theft, fraud, fraud, misappropriation of belief, fraudulent bankruptcy such as fraudulent fraud, fraudulent crimes other than exploitation and smuggling, misrepresentation of official procurement and trade or exposing state secrets,

3- Those who are sentenced to five years of heavy imprisonment or five years and more, with the exception of negligent crimes,

4- Those convicted of the crimes written in the first fater of the Second Book of the Turkish Criminal Code or for the crime of publicly provoking the processing of these crimes,

5- Those convicted of terrorist acts,

They cannot be members of political parties and members cannot be registered.

³¹ Ertürk, supre note, p. 349.

³² Ertürk, supre note, p. 349.

punishments. These were developed from the general principles of law, the case law of the Constitutional Court and the Council of State³³. Those principles, which are also applied in the law of political parties, will be briefly explained.

A- Principal of Legality

The principle of legality is the principle of criminal law and it states that nobody will be punished for an action not determined by act and that a punishment not included in the act cannot be imposed on anyone.

The public service officers of the Constitution accept that in the paragraph 2 of Article 128 of the related provisions, the provision of the “qualifications, appointments, duties and powers, rights and obligations of civil servants and other public officials, appointments and other personal affairs are regulated by law” also includes disciplinary offenses and penalties³⁴.

The reflection of the principle of legality on the law of political parties can be seen in the eighth part of the Political Parties Act titled “Disciplinary Affairs”. *The first and second paragraphs of the article 53 titled “Disciplinary Crimes and Punishments” are the punishments that can be imposed by the discipline committees of political parties, excitement, condemnation, temporary or definitive removal from the party or group. It must be determined in the party statute that the sentence will be given* “. Thus, with this regulation, it has both determined the penalties that can be imposed and stated in what form it can be imposed in the regulation. With the legal regulation, the authority to determine the actions that should be punished by softening the principle of legality has been transferred to political parties. In line with the mandatory provision, each political

³³ As, supra note, p. 21.

³⁴ Akyılmaz, supra note, p. 248. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Pub., 2011, p. 237. In this regard, Akyılmaz stated that disciplinary offenses and penalties should be evaluated within the scope of Article 38 where the Constitution regulates the principles regarding crime and punishment. “disciplinary sanctions cannot be taken lightly by considering them as sanctions related to professional life, and it will not be correct to ignore the emergence of certain situations threatening the public order by damaging the state’s reputation and order by the disciplinary action of individuals for the purpose of establishing the institutional order. discretionary powers and punishments should be evaluated within the scope of Article 38 of the Constitution, and the problems that may arise in the field of expertise and technical matters can be overcome with the application of open criminal norms, because the discretionary power is not incompatible with many principles of the rule of law, and the bag provisions that bring the principle of comparison to discipline law, which compels the administration to act in contravention of the law. Regulation by law even if disciplinary offenses and penalties fall within the scope of Article 128, not Article 38 of the Constitution. He expresses that it is imperative to regulate disciplinary offenses and penalties by law, since the principle e has been adopted.” As, supra note, p. 36-37.

party has determined actions requiring disciplinary action in the party statute.

B- The Principle of Non-Retroactivity

Administrative procedures, as a rule, can be applied from the date of entry into force. Disciplinary penalties imposed in the discipline law of public personnel will also be applied on the date they are given and cannot be executed back because they are administrative procedures. This issue is secured in the article 132 of the Civil Servants Law No. 657 with the statement "disciplinary punishment is valid and applied immediately".

In the Political Parties Act, the principle of non-retroactivity for disciplinary penalties is not regulated. However, political parties can regulate their statutes and disciplinary penalties from the date they are finalized.³⁵

C- The Duty to Give Reason

One of the five mandatory elements of the administrative process is the "cause factor". It carries out the situation and reason element that prompts the administration to perform this transaction, stating the reason and necessity of the transaction. In other words, the reason for the administrative transaction is also counted as the reason for the transaction. The administration reveals the reason, how and under what conditions he made the transaction³⁶. In return, the actions, attitudes and behaviors that should be applied to the disciplinary penalty are shown in the relevant legislation. Therefore, the reason for administrative action has been determined in disciplinary penalties. With the determination of these states, the reason for the administrative process is realized.

The rationale principle in disciplinary law has application in disciplinary crimes and penalties in political parties law. The reason for the decision to impose a disciplinary penalty occurs if the actions shown

³⁵ Justice and Development Party By-law, Article 111.17: "A disciplinary decision can yield a result only if it is finalized. Officials and entities of the Party may not delay the implementation of decisions made by disciplinary boards." (Online) <https://www.akparti.org.tr/en/parti/party-by-laws/>, April 5, 2020;

Republican People's Party By-law, Article 71.9: "Disciplinary board decisions, from the date of their finalization It applied. The time spent cautiously is deducted from the penalty." (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020.

³⁶ Usaman, Yahya, Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri, Ankara Yıldırım Beyazıt University, Institute of Social Sciences, Unpublished Master Thesis, 2019, p. 62.

as disciplinary offense in the party statute arise from the possibility of being committed³⁷.

D- Principle of Showing Remedies

Disciplinary penalties are transactions involving serious interference with individuals' rights and obligations. The ways of application against these interventions are included in detailed administrative arrangements. At the same time, the application periods are generally determined as short. For this reason, there may be grievances about the right of a person to seek rights. The Constitution introduced the principle of showing the remedies of the Constitution to eliminate the grievances.

Showing Remedies is to inform the concerned person who will use the right to apply against the transaction, how he / she should act³⁸. In the 40th article of the Constitution, it is guaranteed to show the application ways with the regulation "the state has to specify the legal remedies and authorities to which the relevant persons will apply and their duration". As a result of this arrangement, the content of the proceedings related to disciplinary action should include the objection period, the objection authority, the right to sue if it does not get a positive result as a result of the objection, the duration of the proceedings, the official and the competent court³⁹.

In the act, it is not obligatory to show the application ways in the decisions of intra-party disciplinary penalties. However, considering that the regulations and disciplinary regulations of the parties contain different regulations and complex texts, it is also important to show remedies in the decisions so that freedom of seeking rights is not restricted, as these penalties also create severe violations. Thus, each party will be able to use the application ways effectively.

E- Right of Defense

The right to defense is the basic guarantee of fair trial and freedom to seek rights. It is one of the fundamental rights in the second part of the Constitution, which defines the "Rights and Duties of the Person". According to Article 36 of the Constitution, " Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial

³⁷ The reasoning of disciplinary actions and the reasoning of disciplinary decisions are different. Disciplinary decisions should be made with the justification under any circumstances. In the fifth paragraph of the article 53 of the Political Parties Act, it was emphasized that the decisions made by the disciplinary committees shall be notified to the concerned within thirty days at the latest with their reasons, and that the disciplinary penalty decisions should be justified.

³⁸ Şanlı Atay, Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, N. 96, p. 295.

³⁹ Sarıcalar, *supra* note, p. 50.

before the courts through legitimate means and procedures. No court shall refuse to hear a case within its jurisdiction.⁴⁰ According to Article 129 of the Constitution, " Public servants and other public officials are obliged to carry out their duties with loyalty to the Constitution and the laws. Public servants, other public officials and members of public professional organizations or their higher bodies shall not be subjected to disciplinary penalties without being granted the right of defence.

Disciplinary decisions shall not be exempt from judicial review. Provisions concerning the members of the armed forces, judges and prosecutors are reserved. Compensation suits concerning damages arising from culpas committed by public servants and other public officials in the exercise of their duties shall be filed only against the administration in accordance with the procedure and conditions prescribed by law, as long as the compensation is resorted to them. Prosecution of public servants and other public officials for alleged offences shall be subject, except in cases prescribed by law, to the permission of the administrative authority designated by law.⁴¹ Thus, the right to defense public officials in disciplinary matters is guaranteed.

In the doctrine, since the disciplinary law is not a judicial power, it is argued that the right to defense is not a right of defense in the technical sense⁴². However, since it is clearly stated in the Constitution, the right of defense of public personnel in terms of disciplinary law should be accepted as a procedural phase similar to judicial procedure⁴³.

The right to defense in the law of political parties is parallel to the discipline law of public personnel. The lawmaker guarantees the right to defense by law. According to the second paragraph of Article 55 of the Political Parties Act, every party that is referred to the disciplinary board has the right to a written or verbal defense. The right to defense is fifteen days starting from the date of notification of the text of the call to defense to the relevant member. This period is seven days in the elections or in disciplinary crimes committed publicly or publicly. The disciplinary punishment requested in the call for defense and the actions that caused this punishment should be clearly shown. Those who do not defend in due time despite being called duly are deemed to have given up their right to defense.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, "Constitution of the Republic of Turkey", (Online) <https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/turkish-constiution/>, April 10, 2020.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, "Constitution of the Republic of Turkey", (Online) <https://www.anayasa.gov.tr/en/legislation/turkish-constiution/>, April 10, 2020.

⁴² Hafızoğulları, Zeki, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 1994, N. 1-4, p. 25.

⁴³ Akilhoğlu, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Ankara, 1983. p. 20.

F- Prohibition of Inflict a Disciplinary Punishment Directly

It is not possible to take disciplinary punishment by taking only the defense of the concerned. A specific process needs to be run, and this process begins with the decision of the relevant disciplinary committee to initiate disciplinary investigation. Disciplinary investigation is a research activity for determining whether there is a pre-determined action, process, attitude or behavior that is against the discipline, by whom and on what date, if any, the sanction to be applied in return⁴⁴. The disciplinary investigation begins with the decision to open an investigation and ends with the notification of the established disciplinary action⁴⁵. The fact that these procedures are determined and known in advance provides assurance to the person concerned.

In the law of political parties, disciplinary punishment cannot be directly imposed by taking only the defense of the person concerned. According to the law, it is necessary to show which party organs and authorities of the party about which members and in which disciplinary board to conduct disciplinary investigation in the party by-law. The fact that this procedure is predetermined and known in the by-law provides reassurance to the parties. In addition, disciplinary committees are not able to start investigation spontaneously, and the referral process is required by the competent body.

G- Ignorance of the Law Excuses No Man (Ignorantia Juris Non Execusat)

“Ignorance of the Law Excuses No Man”, which is a principle of criminal law, finds its application area in disciplinary law. Regulations governing the disciplinary matters of general provision concerning public officials should be published and published in the Legal Gazette⁴⁶. It is necessary to accept that the rights and obligations that have been duly put into effect are known to those concerned. In other words, it does not matter whether it is known that the actions, attitudes and behaviors carried out by the public official require disciplinary action.

In political parties, the practice is parallel to that of public personnel disciplinary law. There are a number of rights and obligations of being a member of political parties. These obligations are imposed by those concerned, regardless of whether the membership registration is completed or not. Therefore, members are expected to act in accordance with party regulations, party programs and regulations, and principles and decisions established by competent institutions and boards. Actions, attitudes and behaviors contrary to these mandatory

⁴⁴ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Pub., Ankara, 2017, p. 765.

⁴⁵ Gözler, *Türk İdare Hukuku*, p. 797.

⁴⁶ (N. 3011) Law on Regulations to be Published in the Legal Gazette, Article 1 / b.

rules can be punished regardless of whether the member knows that he / she is in violation.

III- DISCIPLINARY CRIMES AND PENALTIES IN TURKISH POLITICAL PARTIES LAW

A- Disciplinary Crimes

Disciplinary crime in the law of Turkish political parties is the actions of the members, in return, for which disciplinary action is determined in the by-laws. The elements of disciplinary crime are the action, the casual connection between the action and the member, and the culpa.

According to the action element, a certain action must be attributed to the relevant member in order for disciplinary crime to occur. This action must be shown in the party by-law in accordance with the mandatory provision of the law. For this reason, the actions, attitudes and behaviors that the party by-law has not determined as a crime do not constitute disciplinary crime.

According to the casual connection, the action that occurs must be a action related to its membership to the relevant member. Personal acts in the private life of the sample, which are not related to the membership of the member, do not constitute the element of disciplinary crime.

According to the last element, the culpa element, the act with the casual connection occurring in the outside world must also have occurred as a result of the member's flawed action. If the act cannot be described as defective, disciplinary action will not be committed. In our opinion, the situations that remove and reduce the criminal liability in criminal law should also be applied in disciplinary law. For example, damaging party property and buildings is a disciplinary offense. However, if the concerned party is doing the action that is damaging its property under algebra and violence, its movement will not be deemed as culpa. Therefore, the action will not constitute disciplinary action.

B- Actions and Behaviors Requiring Disciplinary Penalties

Actions that constitute disciplinary crime in political parties are classified according to their penalties in the relevant party by-law. The legislature has authorized the party's legal personality in determining which kinds of situations, which are sufficient to determine the punishments to be imposed, with which disciplinary punishment. Therefore, situations that require a warning penalty in one political party may require condemnation in the other political party. For example, the act of not keeping the books that should be kept according to the Republican People's Party By-law is an action that requires a warning penalty. However, according to Justice and Development Party

By-law, it is an act requiring reprimand. In other words, it is not possible to count the actions that constitute a general disciplinary crime for the parties. For this reason, each party should be examined and evaluated in terms of disciplinary crimes and punishments.

C- Disciplinary Punishments

1. Types of Disciplinary Punishments According to the Political Parties Act

As we have mentioned while examining disciplinary crimes, while the legislature has given freedom to the party in determining disciplinary crimes, it has determined the disciplinary penalties to be imposed against these actions. According to the act, the penalties that the party can give to its members are warnings, reprobation, and temporary or definitive penalties from the party or group.

The warning penalty is the attention of the member in writing. The reprobation penalty is the article containing the member's culpa. The temporary removal penalty is the removal of the member from the party for a certain period of time. The final penalty is the removal of the member from the party indefinitely. In this case, the member is dismissed from the party. It is the heaviest of disciplinary penalties.

2. Subject of Disciplinary Punishments

The party is the subject of disciplinary crime and punishment. In order for a person to become a party member, his application must be accepted by the relevant party body. In other words, membership begins on the date of acceptance of the application. Unfair actions that took place before this date may constitute criminal offense, but not disciplinary action.

D- Authorized Disciplinary Boards in Disciplinary Crimes and Punishments

The legislature has left it to the parties to determine which disciplinary boards the parties will establish, and the authorities and procedures of which authorities can request disciplinary action and conduct investigations and prosecutions. However, he stated that members of the disciplinary boards will be elected by secret congresses by secret ballot. He also stated that the Grand National Assembly of Turkey group of members of the disciplinary committee of the selection should be done in a manner shown in the party statute so that for at least two years.

Each party has determined its own disciplinary bodies within the framework of the authority granted by the act. Names, duties and

powers of these bodies may vary from party to party⁴⁷. However, in general, disciplinary committees; provincial disciplinary committee and central discipline committee consists of the Grand National Assembly of Turkey party disciplinary committee group.

The provincial disciplinary committee is the board that takes part in the organizational structure of the party and constitutes the first-degree disciplinary committee. Each party can determine as many members as it deems sufficient⁴⁸. According to the act, it meets with at least two thirds of the number of members and can decide with the majority of those present. The works to be taken by the provincial disciplinary committee are generally not considered by the parties in the statutes. Central disciplinary committee will look and work the Grand National Assembly of Turkey determined group of party disciplinary boards are made to the remaining work assigned to outside these jobs. The decisions made by the provincial disciplinary committees can be challenged to the central disciplinary committee, which is a higher-level disciplinary committee since the notification, within the period specified in the regulation. This period is usually 10 days from the date of notification of the decision.⁴⁹ The disciplinary committee decision, which is not contested within the period, becomes final.

The Central Disciplinary Board is the highest disciplinary board of political parties. It is established as shown in the law and party by-law. According to the act, the number of members of this board cannot be less than seven⁵⁰. While the central disciplinary committee is the first-

⁴⁷ Justice and Development Party according to Article 103 of by-law these boards, provincial disciplinary committees, the central disciplinary committee of the party Grand National Assembly of Turkey and joint disciplinary committee disciplinary group is based. (Online) <https://www.akparti.org.tr/media/279929/cep-boy.pdf>, April 5, 2020.

Republican People's Party's Disciplinary Regulations based on Article 4 of these boards, high-discipline committee, the provincial disciplinary committee and the Turkey Grand National Assembly consists of the disciplinary committee of the group. (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020.

⁴⁸ While this number is 5 permanent and 5 substitute members for the Justice and Development Party, it is 9 permanent and 5 reserve members for the Republican People's Party. (Online) <https://www.akparti.org.tr/media/279929/cep-boy.pdf>, April 5, 2020; (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020; (Online) http://content.chp.org.tr/file/chp_tuzuk_10_03_2018.pdf, April 5, 2020.

⁴⁹ According to the by-law on Justice and Development Party, export orders are automatically sent to the higher-level committee for review. According to Article 105 of the by-law, "even if there is no objection against the decision issued by the provincial disciplinary board, the relevant investigation file is sent to the Central Disciplinary Board within 15 days for review by the provincial disciplinary board." (Online) <https://www.akparti.org.tr/media/279929/cep-boy.pdf>, April 5, 2020.

⁵⁰ According to the By-law on Justice and Development Party, it consists of eleven original and five substitute members. According to the Republican People's Party By-law, it consists of fifteen original and eight substitute members. At least eight of the

degree disciplinary committee for some jobs, it is the appeal body against the decisions of the provincial disciplinary committees⁵¹.

Disciplinary Committee of the Grand National Assembly of Turkey Party group in each party groups, organizations, and the board established internal regulations specifying the duties and powers of the group. This committee decides not only disciplinary offenses resulting from group members 'and deputies' actions against the group discipline, internal regulations and the group's binding decisions, but can also deal with all disciplinary actions⁵².

E- Detection of Criminal Action and Initiation of Disciplinary Investigation

Detection of the crime act starts with the complaint of the party to the district presidency where he committed disciplinary crime⁵³. Upon complaints to the other units of the party, the district presidency is informed to take necessary action in this regard. The party then requests the party's complaint about the head of the district from the party in the time and procedure specified in the regulation. During this time, necessary evidence is also collected and witnesses are heard. After the necessary procedures are completed by the district directorate in accordance with the by-laws and disciplinary regulations, the

original members must be lawyers and at least four of the alternate members. (Online) <https://www.akparti.org.tr/media/279929/cep-boy.pdf>, April 5, 2020; (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020; (Online) http://content.chp.org.tr/file/chp_tuzuk_10_03_2018.pdf, April 5, 2020.

⁵¹ According to the By-law on Justice and Development Party, these works; the founding members of the party, the chairman of the party, the principal and alternate members of the central decision and board of directors, the general accountant of the party, the chairman and principal members of the provincial administrative boards and provincial disciplinary boards, the provincial and district mayors, the provincial presidents of the subsidiaries, their own president and reserve members, Turkey's Grand National Assembly, former members and former members of the government party, is to make a disciplinary investigation. (Online) <https://www.akparti.org.tr/media/279929/cep-boy.pdf>, April 5, 2020.

According to the discipline regulation of the Republican People's Party, these works; party members of parliament, his president and members of the Grand National Assembly of Turkey and members of the party will review the request of the chairman of the party metropolitan disciplinary offenses constituting acts of parliament and the party decides. Provincial presidents, provincial board members, provincial discipline chairmen and members, provincial and district mayors examine and decide the actions that constitute party crime at the request of the Central Board of Directors. (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020.

⁵² Kanadoğlu, Korkut, *Siyasi Partiler Kanunu Şerhi*, Beta Pub., p. 258.

⁵³ Central Disciplinary Committee and the Disciplinary Committee of the Grand National Assembly of Turkey Party complained directly decide on issues that should be done to correct this establishment.

information received and the evidence collected are presented to the district board of directors for discussion with the identity and address information of the party to whom the complaint was filed. The county board of directors reviews the file and determines whether the party should be referred to discipline or not. In case of referral, it is sent to the provincial board of directors to decide on the referral. Although an opinion is reached not to refer, the complainant has the right to appeal to the provincial board of directors. The district chair and district board of directors are required to complete this process within the time specified in the disciplinary regulations. Otherwise, the request of the complainant to discipline is deemed rejected. In this case, the complainant reserves the right to appeal to the provincial board of directors.

Disciplinary files sent by the district board of directors are presented at the provincial board of directors meeting. The provincial board of directors decides whether to discipline or not to discipline in order to prosecute as a result of its examination. If it decides to refer, the file is sent to the provincial disciplinary board. The provincial disciplinary board first examines the file in terms of procedure. It evaluates whether it is an officer or an officer, whether the request for prosecution is in accordance with the provisions of the law, by-laws and regulations.

After these initial examinations, the party who is disciplined with a disciplinary decision is requested by the provincial disciplinary board to make a written or verbal defense. The duration for defense is fifteen days starting from the date of notification of the call for defense document to the concerned. This period is seven days in elections or in disciplinary crimes committed publicly or broadcast in public. The actions that cause the request of the punishment and the disciplinary punishment to be implemented should also be indicated in the summons for defense. Those who pass the defense period are considered to have given up their right to defense. After the prosecution is completed, the board decides that there is no room for disciplinary action or punishment. With this decision, the disciplinary investigation is completed and the finalization phase of the decision begins.

Finally, it should also be stated that the period to be made to the authorized disciplinary committees from the date of processing is two years. Therefore, no investigation can be conducted for disciplinary offenses that have not been decided to refer to the competent disciplinary committee within two years of their occurrence.

F- Circumspection in the Process of Disciplinary Action

In case of a disciplinary crime that requires definite or temporary issuance from the party, it can be referred to the relevant disciplinary committee with circumspection. The circumspection is to immediately remove the member from his duties at the party. The relevant member

may request from the disciplinary board to which the decision of the circumspection is referred. The request of the member is decided by the disciplinary board within seven days. At the same time, disciplinary boards can decide to abolish the circumspection at every stage of the investigation. If no punishment is given at the end of the investigation, the circumspection will automatically disappear. Members who have been issued a measure of injunction cannot exercise their rights arising from membership.

G- Sentencing as a Result of Disciplinary Investigation and Serve Summons

Provincial disciplinary boards should decide on the files sent to them within the period specified in the disciplinary regulations.⁵⁴ Along with the reasons for the decision to be made, it is published to the related party in a certain period of time. The decision becomes definitive when the party does not object to the decision or the objection is rejected. High Disciplinary Board and Group Disciplinary Board decisions are final.

H- Remedies Against Disciplinary Action

The party with the disciplined party, who has been sent to discipline within a certain period of time from the notification of the decision against the decisions of the provincial disciplinary committee, may object to the Central Disciplinary Board. The Central Disciplinary Board examines the file upon objection and can listen to the party who has been disciplined if it deems necessary. It is deemed to have given up the demand for rest with the party, which has not been received without an excuse although it has been duly called. The decisions of the Central Disciplinary Board on appeal are final.

In addition to the Provincial Disciplinary Board of the Central Disciplinary Committee and the Disciplinary Committee of the Party Group of the Grand National Assembly of Turkey has disciplinary investigations had been done as the primary official authority. The decisions they have made as a result of these investigations are also final and not appealed.

The legislature has issued a different appeal body due to the severe intervention created by the temporary and definitive penalty from the party or group. According to Article 57 of the Act, the right of the

⁵⁴ This period is thirty days, with the exception of situations arising from mandatory situations in the Justice and Development Party. In the Republican People's Party, two months for provincial discipline boards and four months for higher discipline boards.

relevant person to appeal to the civil court of first instance against these decisions is reserved⁵⁵.

I- Cases That Cansel Disciplinary Action

Disciplinary penalties are among the forgivable penalties before the legislator. Amnesty is regulated in Article 58 of the Law. According to the regulation, the relevant member may be forgiven by showing in which regulations and how the punishments given by the disciplinary committees will be forgiven by the party⁵⁶.

⁵⁵ Article 57- "The party member, who has been given a temporary or definitive penalty from the party or group, with the claim that the duties and incompetence of the body or authority or disciplinary committee referring to the disciplinary committee against this penalty, or the decisions taken are in violation of the law, party regulations and internal regulations in terms of form and procedure. , the party may appeal against the final decision, which is the final decision within 30 days, after the party uses the opposition, to the first instance court, where the authority which made the final decision is located. It is certain. "

⁵⁶ Justice and Development Party By-law according to article 112, "A disciplinary board can not initiate or conduct any interrogation on its own initiative. The authorization to refer members to a provincial disciplinary board is vested in city Administrative Committees; the authorization to refer members to the Central Disciplinary Board is vested in the Central Decision and Administrative Committee and the Central Executive Board; and the authorization to refer members to the Disciplinary Board in Charge of the Party's TBMM Group and to the Joint Disciplinary Board is vested in the Administrative Committee of the Party's TBMM Group, the Central Decision and Administrative Committee, or the Central Executive Board.

A decision for referral to a disciplinary board shall be made by simple majority of all members of the board in charge. The board may, before making such a decision, hear the person in question, and conduct such reviews or researches which it deems necessary through such member(s) as designated by the board for this purpose. If the notifying or complaining individual is a member of the board which is authorized to refer, then said individual may not attend respective meetings and discussions, nor may be assigned any duty to conduct reviews or researches about the matter in hand.

A decision for referral to a disciplinary board has to be made with the indication of justifications thereof including the act or action alleged to have been committed as well as the disciplinary punishment sought therefor."

(Online) <https://www.akparti.org.tr/en/parti/party-by-laws/>, April 5, 2020.

Republican People's Party By-law according to article 72, " The finalized penalties are in the party council of amnesty. The party council uses the power of amnesty upon the written request of the punisher and by taking the opinion of the organization unit referring to the disciplinary committee. The Central Board of Directors submits the request to the Party Assembly along with the discipline file by taking the opinion of the organization unit that sends the request to the disciplinary board upon the written application of the amnesty. In case the sending body is a Party Assembly, the opinion is communicated by the Central Executive Board. The Party Assembly makes its decision by secret vote."

(Online) http://content.chp.org.tr/file/chp_tuzuk_10_03_2018.pdf, April 5, 2020.

CONCLUSION

Political parties constitute one of the basic elements of democracy. For this reason, the effective organization of the political party also means the development of democracy. The effectiveness of the organization of political parties requires the existence of rules that members must obey within the party. Therefore, each political party has set some rules to be followed by its members and it has envisaged to accept these rules as a condition of being a member. Thus, every new member will participate in the party, aware of their rights and obligations. Actions, attitudes and behaviors that are determined to be against the discipline from these rules are regulated as disciplinary offenses in the party statute. The penalties corresponding to these crimes are also left to the legal entity of the party, provided that the actions to be enumerated in the Political Parties Law are regulated in the regulations. This crime and punishment and the procedure to be applied in their implementation bring discipline law in political parties.

In our study, we briefly explained the disciplinary crime, disciplinary punishment, disciplinary law, political party and political party membership in the first title to make the disciplinary offenses and punishments understandable in the law of political parties. In the second title of the study, we explained the principles that are obligatory to be applied in public personnel discipline law to the political parties law. Principles applied and to be applied in this regard; We have determined the lawlessness, backwardness, justification, showing the application ways, the right to defense, the prohibition of direct punishment and not knowing the law as an excuse. In the discipline crime and punishments section of the law of political parties, which is the main part of our study, disciplinary crimes, actions suitable for creating disciplinary crimes, disciplinary penalties, competent disciplinary committees, disciplinary investigation stage, disciplinary punishment, remedies against the decision and the last disciplinary punishment. We examined the institution.

Discipline crime and punishments in Turkish political parties law, which is the subject of our study, are among the subjects that are not studied much in doctrine. This may be because the issue is viewed entirely as internal relations of political parties. However, both these penalties contain severe rights violations and the application routes ending within the party, excluding temporary and definitive issues, require the emphasis on the issue.

The justice against members of a political party that is a candidate to rule a state will set an example for justice against citizens when it gains power. For this reason, it is more appropriate to democratic principles to be clear and clear in which concrete situations and situations and what kind of punishment the party members will face. This is also a requirement of the rule of law. Therefore, every political party is obliged to regulate the disciplinary offenses and punishments and punishment procedure in their by-laws without explicitly interpreting the application routes.

BIBLIOGRAPHY

- Akıllıoğlu, Tekin, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Ankara, 1983.
- Akılmaz, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, pp. 241-262.
- Akılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Pub., Ankara, 2017.
- As, Halil, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi*, Ankara Hacı Bayram Veli University, Graduate Education Institute, Unpublished Master Thesis, 2020.
- Bucaktepe, Adil, Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. XIX, N. 2, 2015, pp.199-224.
- Dilek, Muzaffer, “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, Türk İdare Dergisi, Y. 71, Haziran 1999, pp. 27-64.
- Ertürk, Devrim, “Postmodern Dönemde Bir Siyasal Katılım Biçimi Olarak Siyasal Parti Üyeliği ve Aktivizmi”, Mukaddime Dergisi, 2016, N. 7 (2), pp. 341-359.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Pub., Bursa, 2003.
- Gözler, Kemal, *Türk İdare Hukuku*, Bursa, Ekin Pub., 2019.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara, İmaj Pub., 2011.
- Hafızoğulları, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 1994, N. 1-4, pp. 20-40.
- İba, Şeref, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku*, Seçkin Pub., Ankara, 2017.
- Justice and Development Party, Justice and Development Party By-law, (Online) <https://www.akparti.org.tr/en/party/party-by-laws/>, April 5, 2020.
- Kanadoğlu, Korkut, *Siyasi Partiler Kanunu Şerhi*, Beta Pub.
- Kılıç, Abbas, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, pp. 269-299.
- Mücahit Küçük, Çolpan, 657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemeleri Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği, Gazi University, Institute of Social Sciences, Unpublished Doctoral Thesis, 2019.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Pub., Ankara, 2018.
- Özcan, Hüseyin/Yanık, Murat, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Pub., İstanbul, 2007.

Republican People's Party, Republican People's Party By-law, (Online) <https://chp.azureedge.net/722c69c5b6254416995391895ceb6550.pdf>, April 5, 2020.

Sarıcalar, Ahmet Cahit, Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru, Afyon Kocatepe University, Institute of Social Sciences, Unpublished Master Thesis, 2019.

Şanlı Atay, Yeliz, "İdari İşlemlerde Başvuru Yollarının Gösterilmesi Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, N. 96, pp. 293-318.

Tunaya, Tarık Zafer, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1982

Türkiye Kurumsal Yönetim Derneği, *Siyasi Partiler Kurumsal Yönetim Kılavuzu*, İstanbul, 2012.

Ülker, İbrahim, "Disiplin Cezalarına Karşı İdari Başvuru (İtiraz) Yolu", EÜHFD, V. XIX, 2015, pp. 61-78.

Usaman, Yahya, Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri, Ankara Yıldırım Beyazıt University, Institute of Social Sciences, Unpublished Master Thesis, 2019.

KAMU SAĞLIK ÖRGÜTLERİNİN ALIM İHALELERİNE İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME YAZISI

General Review On Public Procurement Of Public Health Institutions

Murat ATAN*
Dr. Bülent BÜBER**

Özet: Kamu alımları, kamu örgütünün ihtiyaçlarını kendi örgütü dışındaki aktörlerden sağlamasıdır. Bu ihtiyaçlar, bir ihale usulüyle temin edilebileceği gibi bir ihale usulüne tâbi olmadan da sağlanabilir. Modern devletin ortaya çıkmasıyla birlikte kamu alımlarına konu ihtiyaçların çeşitleri ve bu alımların harcama tutarı artmıştır. Kamu alımlarıyla temin edilen ihtiyaçların sayısı atıkça alımlar karmaşılaşmakta ve alımlarla birlikte ortaya çıkan sorunlar daha da çetrefilleşmektedir.

Kamu sağlık kuruluşları önemli bir kamu alım aktörüdür. Bu kuruluşların alım kararları, bu alımların çeşitlilik göstermesi ve alım miktarlarının büyük ölçekli olması sebebiyle gerek kamu maliyesi gerekse de özel sektör için hayati öneme sahiptir.

Sağlık kuruluşlarının alımları, basit bir sarf malzemesi alımından tıbbi cihaz ya da görüntüleme hizmet alımına kadar geniş bir yelpazede pek çok alımı kapsamaktadır. Bu kuruluşlar tarafından sürekli olarak alımı gerçekleştirilen ihtiyaçların yanında belirli aralıklarla ya da bir kez alımı gerçekleştirilen ihtiyaçlar da söz konusu olabilir. Ayrıca alımları yalnızca sağlık sektörüyle ilgili ürünlerle sınırlı değildir.

Kamu alım düzenlemeleri ve uygulamaları, sağlık hizmetlerinin sürekliliği ve kalitesini etkilemektedir. Kamu alım sürecinin farklı disiplinleri ilgilendiren aşamaları sebebiyle farklı alanlarda uzman olan personelin istihdamını ve farklı birimlerin işbirliğini gerektirir.

Türkiye’de kamu alım düzenlemelerine ve uygulamalarına yönelik eleştiriler benzer şekilde kamu sağlık alımlarında da kendini göstermektedir. Kamu alımlarına ilişkin düzenlemelerin esneklikten uzak, katı kuralları da içermesi nedeniyle sağlık sektörüne yönelik

Abstract: Public procurement is the process by which the needs of a public organization are supplied by actors outside of the organization in question. These needs can be provided either through tender procedures or without. Emergence of the modern state has led to an increase in the variety of these needs, as well as the overall expenditure on these procurements. With the increase in the variety and the number of needs provided through public procurements, procurement processes, along with the problems observed in said processes, become more complicated.

Public health institutions are important public procurement actors. The decisions of these institutions about procurement processes are of vital importance, both to public finance and the private sector due to the varied nature and the large scale of these procurements. The procurements of health institutions cover a wide range of goods and services, ranging from simple consumables to medical devices and imaging services. Besides regular procurements that can be expected or anticipated, there might also be needs procured periodically or in an isolated fashion. Additionally, these procurements are not limited to products sourced within the health sector.

The public procurement regulations and applications affect the sustainability and quality of the health services. Due to the existence of many stages within the procurement process that bear relevance to various disciplines, employment of expert staff in different fields and cooperation between different entities is required.

There are criticisms towards the public procurement regulations and applications in Turkey. Likewise, these criticisms are made for

* Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu, Başkan, Yakın Doğu Üniversitesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi (Doktorant), muratatan09@gmail.com, ORCID ID:0000-0001-8985-6638

** Kamu İhale Kurumu Grup Başkanı, bulentbuber@kik.gov.tr, ORCID ID:0000-0001-7675-1319
Makale Geliş Tarihi: 26/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 23/06/2020

alımlarda güçlükler ortaya çıkarması; ihale sürecinin uzunluğu sebebiyle ihtiyaçların zamanında sağlanamaması idareler tarafından kamu alım düzenlemelerine yöneltilen eleştirilerin başlıcalarıdır.

Bu makale ülkemizdeki kamu sağlık kuruluşlarının gerçekleştirdikleri alımların genel çerçevesini okuyucuya aktarmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede kamu alımlarının kavramsal ve kuramsal çerçevesi ile kamu sağlık örgütlenmesi hakkında kısa bir değerlendirme okuyucuyla paylaşılmaktadır. Ülkemizde sağlık kuruluşlarının gerçekleştirdikleri mal ve hizmet alımlarının neler olduğu aktarılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Alımları, Sağlık Bakanlığı, Kamu Sağlık Kuruluşları, Kamu İhale Kanunu

public health procurements. The issues, mostly criticized by public administrations, are the difficulties in health sector procurements due to inflexible and strict rules in public procurement regulations and non-procurement of needs in time due to the length of tender processes.

This article aims to explain the general framework of the procurements of the public health institutions in our country. To this end, conceptual and theoretical frameworks of public procurements and a brief summary of public health structure are presented and information about the goods and services procurements of health institutions is provided

Keywords: Public Procurement, Ministry of Health, Public Health Units, Public Procurement Law

GİRİŞ

Sağlık hizmetleri temel bir kamu hizmetidir. Bu hizmetlerin kesintisiz ve mümkün olan en kaliteli şekilde yerine getirilmesi gerekmektedir. Farklı toplumsal kesimlerin beklentilerini karşılayan bir sağlık sistemi oluşturulabilmesi için aynı anda farklı faktörler etkili olmaktadır. Tıp ve eczacılık eğitimleri başta olmak üzere sağlık eğitimi; sağlık hizmetlerini yerine getiren kuruluşların örgütlenmesi; sağlık hizmetlerini yürütecek personel yapısı; sağlık hizmetleri için gerekli olan ihtiyaçların temini; sağlık hizmetlerinin finansmanı gibi pek çok faktörün sağlık sisteminin kalitesine etkisi söz konusudur.

İnsanlara sağlık hizmeti sunan kuruluşların ortaya çıkışı çok eskilere gitmekle birlikte devletin kendi egemenliği altındaki tüm topraklarda belirli bir düzen içerisinde sağlık hizmeti sunması ise görece yeni bir gelişmedir.

Bir taraftan hastaneler ve benzeri sağlık tesislerinin inşası ile bakım onarımı, diğer taraftan ilaç ve tıbbi cihaz gibi mallar ve farklı hizmetlerin teminini kapsayan kamu alımları da sağlık hizmetlerinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi için önem taşımaktadır. Sağlık kuruluşlarının alımları aynı zamanda sağlık hizmetlerinin finansmanı ile yakından ilişkilidir. Bu sebeple, bu alımlarda ortaya çıkan fiyatlar ve yapılan toplam harcamalar önemli bir yekün oluşturmakta, sosyal güvenlik sistemini de etkilemektedir.

Kamu alım düzenlemeleri ve uygulamaları, dönemin hâkim ekonomik ve siyasal yaklaşımlarından doğrudan etkilenmektedir. Devletin rolüne ve kamu hizmetlerine ilişkin tartışmalar ve yönelimler de, kamu alım ihalelerine konu olan mal ve hizmetler ile yapım işlerinin kapsamının belirlenmesine tesir etmektedir. Diğer taraftan kamu alım

tercihleri ve uygulamaları da kamu örgütlenmesini ve kamu hizmetlerinin sunulmasını etkilemektedir.¹

Kamu alımları, tasarlanması ve yönetimi güç bir süreçtir. Bu sürecin farklı disiplinleri ilgilendiren aşamaları sebebiyle farklı alanlarda uzman olan personelin ve farklı birimlerin işbirliği içinde çalışması gerekmektedir.² Alım konusu ihtiyacın ve bu ihtiyacın tedarik yönteminin belirlenmesi; teknik şartname ve diğer dokümanların hazırlanması; sözleşme aşamasının yönetimi ve kontrol işlemleri farklı disiplinlerde uzmanlık gerektirir.³ Alıma konu ihtiyaçların en kaliteli şekilde temini isteği ile ihtiyaçları en düşük maliyetle sağlama zorunluluğu; kamu alımlarının hukuki kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi ile alım işlemlerinde ve kararlarında esneklik ve takdir yetkisi talebi; rekabetin artırılması ile alımları sosyal ve ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde bir araç olarak kullanma isteği gibi çoğu zaman birbiriyle uyuşmayan amaçlar aynı anda gerçekleştirilmeye çalışılır.

Kamu alımlarını bir özel işletmenin alımlarından farklılaştıran pek çok unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu alımlarda kamu kaynağının kullanılmasıdır. Ayrıca kamu alımlarında, özel sektör alımlarına göre daha fazla kural bulunmaktadır. Ancak özel sektör işletmeleri de alım miktarlarının ve tutarlarının büyümesiyle birlikte satın alma birimlerini ayrı birimler olarak örgütlemeye başlamışlar ve alım kuralları geliştirmeye yönelmişlerdir.

Sağlık kuruluşlarının alımları, basit bir sarf malzemesi alımından tıbbi cihaz ya da görüntüleme hizmet alımına kadar geniş bir yelpazede pek çok alımı kapsamaktadır. Sağlık kuruluşları tarafından sürekli olarak alımı gerçekleştirilen ihtiyaçların yanında belirli aralıklarla ya da bir kez alımı gerçekleştirilen ihtiyaçlar da söz konusu olabilir.

¹ Büber, Bülent, "Yeni Bir Çatışma Alanı: Kamu Alımları", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara, 2008, s. 249.

² Kamu alımları, bir dizi farklı aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamaları şöyle sıralamak mümkündür: Kamu örgütleri tarafından ihtiyaçların belirlenmesi, bütçe sürecinde ödeneğinin ayrılması, ihtiyacın ortaya çıkması, ihale dokümanlarının hazırlanması, ihale ilanının yayımlanması veya ilansız alımlarda belirli isteklilerin teklif vermeye davet edilmesi, tekliflerin alınması ve ihale dokümanındaki düzenlemeler çerçevesinde uygun teklifin belirlenmesi, uygun teklif sahibiyle sözleşmenin imzalanması, sözleşmenin yürütülmesinin denetlenmesi ve ödemelerin yapılması. Kamu örgütlerinin tâbi olduğu mevzuat ve ülkelerdeki idari düzenlemeler çevresinde ihale komisyon kararlarının yetkili kişi veya kurullarca onaylanması, ön mali denetim gibi bazı ara aşamalar olabilmektedir. Eğer kamu örgütleri alımlarını bir ihale süreci olmadan temin edecek ise ihale dokümanının hazırlanması ve ilan yayımlanması ile uygun teklifin belirlenmesi gibi ihale yöntemiyle bağlantılı aşamalar olmamaktadır.

³ Kamu alım sürecinde aşamalara bağlı olarak farklı yetkileri ve sorumlulukları bulunan görevliler bulunmaktadır. Teknik şartnameyi ve ihale dokümanlarını hazırlayan görevliler; ihale sürecinde teklifleri değerlendiren ihale komisyonu üyeleri; ihale kararını onaylayan yetkili kişi veya kişiler ile sözleşmenin uygulanmasını denetleyen muayene ve kabul görevlileri ihale sürecinde ilk akla gelen görevlilerdir.

1982 Anayasası'nın 56'ncı maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu; devletin vatandaşların hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi olduğu; devletin bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği hüküm altına alınmıştır. Ülkemizde kamu ve özel sektör tarafından sağlık kuruluşları açılmaktadır. Vakıf ve diğer sivil toplum örgütlerince de sağlık kuruluşları kurulabilmektedir.

I. KAMU ALIMLARININ KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVESİ

Ülkemizde "İhale" kelimesi, günlük hayatta ve akademik çalışmalarda "kamu alımları" terimine göre daha yaygın kullanılmaktadır. Hukuki düzenlemeler ve akademik çalışmalar ile günlük dilde "ihale", "*bütün kamu alımlarını ve kamu satışlarını*" içerecek bir şekilde kullanılmasına karşın, kamu örgütlerinin "ihale usullerine" tâbi olmadan da kamu alımlarını gerçekleştirmeleri mümkündür. Bu sebeple kamu alımları, "ihale" terimine göre daha geniş kapsamlıdır. Ayrıca ihale süreci sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanmasına karşın, kamu alım süreci sözleşmenin uygulanması aşamasını da kapsamaktadır.⁴

XIX'uncu yüzyıl, kamu alımlarına ilişkin ilk sistematik düzenleme ve örgütlenme girişimlerinin yapıldığı dönem olmuştur. Bu yüzyılda, modern kapitalist devletin farklı kamu hizmetlerini ve işlevleri yerine getirecek şekilde ülkenin tüm coğrafyasında örgütlenmesi ve ulusal pazarın bütünleşmesine yönelik altyapı yatırımlarına başlaması, kamu alım harcamalarında önemli bir artışa sebep olmuş ve kamu alımlarının düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu ihtiyaç doğrultusunda bir taraftan kamu alımlarının hukuki çerçevesinin oluşturulmasına, diğer taraftan alımları yürütecek idari birimlerin meydana getirilmesine

⁴ İhale, Arapça kökenli bir kelimedir. "Yıl, sene, etraf, çevre, güç, kuvvet" anlamına gelen "havl" kelimesinden gelmektedir. Türkiye'de gerçekleştirilen hukuki düzenlemelerde ve akademik çalışmalarda "ihale" terimi, "kamu alımları" ve "kamu satışları" ile "bu alımlarda ve satışlarda uygun bedelin belirlenmesine ilişkin artırma veya eksiltme yöntemini" birlikte içeren bir anlamda kullanılmaktadır. Kamu alımları ile kamu satışlarını birlikte düzenleyen ve farklı tarihlerde yürürlükte bulunan kanunlarda "ihale" terimi birbirine yakın bir şekilde tanımlanmıştır. Bu kanunlardaki tanımlar ve uygulamalar esas alındığında ihale, kanunda yazılı usul ve şartlarla gerçekleştirilen, alıma ve satışa konu işin yeterli kriterlerini sağlayan ve en uygun teklifi veren istekli üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayına müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemlerdir. İngilizce metinlerde kamu alımlarıyla ilgili olarak iki terim yaygın kullanılmaktadır. Bunlar "public procurement" ve "government purchasing" terimleridir. AB merkezli metinlerde kamu alımlarına ilişkin olarak "public procurement" terimi kullanılırken, ABD kaynaklı metinlerde ise "government purchasing" terimi tercih edilmektedir. İhale terimi ile kavramsal tartışma için bakınız: Büber, s. 8-10.

yönelik çalışmalara başlanmıştır.⁵ Kamu örgütlerinin alıma konu olan ihtiyaçlarında süreç içerisinde bir değişme ve genişleme olmuştur. XX'nci yüzyılda devletin kamu alım harcamaları hızla artarak büyümüştür. 1980'li yıllara kadar kamu alımları daha ziyade mal alımları ile yapım işleri ile sınırlı iken bu yıllarla birlikte, kamu örgütlerinin hizmet alım ihalelerinin gerek sayısı gerekse bu alımlara yapılan harcama tutarları artmıştır.

Kamu alımlarını gerçekleştiren kamu örgütleri, ihaleye teklif veren firmalar veya bir ihale usulüne tâbi olunmadan alımın gerçekleştirildiği tedarikçiler veya hizmet sunucuları, kamu alımlarına ilişkin düzenlemeleri ve denetimi gerçekleştiren kurumlar, kamu alım sürecinin önemli aktörleridir.⁶

Hukuki düzenlemeler ve konuyla ilgili çalışmalarda, kamu alımlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işleri şeklinde sınıflandırılması yaklaşımı benimsenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kabulünden önce farklı tarih aralıklarında yürürlükte bulunan üç kanunda, "kamu alımları" ile "kamu satışları" birlikte düzenlenirken, 4734 sayılı Kanun sadece kamu alımlarını düzenlemektedir. İdarelerin taşınır veya taşınmaz malları ile haklarının satışı ve kiraya verilmesi, trampa ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmamaktadır.⁷

Kamu alım ihalelerinde en uygun teklifi belirlemede, iki aşama bulunmaktadır. İlk aşamada isteklilerin katılım ve yeterlik kriterlerini sağlayıp sağlamadığı değerlendirilir. İkinci aşamada ise bu kriterleri sağlayan istekliler arasından en uygun teklif sahibi belirlenir. En uygun teklifin belirlenmesinde iki ölçütten biri esas alınır. En uygun teklif, en

⁵ Örneğin ABD'de kamu alımlarına ilişkin ilk örgütlenme girişimleri, XIX'uncu yüzyılın ilk yıllarında ortaya çıkmıştır. Oklahoma'da 1810 yılında bütün kamu birimlerinin ihtiyacının merkezi satın alma ile karşılanması için bir satın alma komisyonu oluşturulmuştur. Bu oluşumu diğer eyaletler izlemiştir. ABD'de federal düzeyde ilk kamu satın alma işlemi, 1778 yılında gerçekleşmiştir. Thai, Khi V., "Public Procurement Re-Examined", Journal Of Public Procurement, C. 1, S. 1, 2001, s. 11.

⁶ Bös, Dieter, *Bureaucrats and Public Procurement*, CESifo Working Paper, Munich, 2001, s. 3-16. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=277361) (Çevrimiçi e.t.: 1/5/2020)

⁷ Cumhuriyetin kuruluşundan bu makalenin kaleme alındığı 2020 yılına kadar kamu alımlarını düzenleyen dört kanun yürürlüğe konulmuştur. En son yasal düzenleme ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'dur. Bu Kanun 4 Ocak 2002 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun hazırlık çalışmaları, Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından ortaklaşa oluşturulan bir çalışma grubu tarafından yürütülmüştür. Kanunun hazırlanmasında, UNCITRAL Model Kanunu ve AB kamu alım Direktifleri esas alınmıştır. 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ise 4734 sayılı Kanuna göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasıyla ilgili hususları düzenlemektedir.

4734 sayılı Kanun, "kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının" mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde uygulanacak esas ve usulleri düzenlemektedir.

düşük fiyat esasına göre belirlenebileceği gibi, fiyatla birlikte fiyat dışı unsurlar esas alınarak da saptanabilir. Kalite, satış sonrası bakım, yedek parça temini gibi hususlar fiyat dışı unsur olarak değerlendirilebilmektedir.

II. TÜRKİYE'DE KAMU SAĞLIK ÖRGÜTLENMESİ

Sağlık hizmetleri sunan kuruluşların tarihi çok eskilere gitmektedir. Ancak devletin, egemenliği altındaki tüm topraklarda belirli bir düzen içerisinde sağlık hizmeti sunması ise görece yeni bir gelişmedir. Teşhis ve tedavi ile rehabilite edici sağlık hizmetlerini sunan sağlık kuruluşlarının tüm ülke düzeyinde yaygınlaştırılması, modern ulus devletin ortaya çıkmasıyla birlikte söz konusu olmuştur. Sağlık kuruluşları ve sağlık personelinin ülke coğrafyasında dengeli dağılımının sağlanmasına yönelik girişimler bugün bile sürdürülen bir çabadır.

Türk ve İslam toplumlarında sağlık hizmetlerine yönelik teşkilatlanma ve faaliyetler bu makalenin çalışma alanını oluşturmamaktadır. Bununla birlikte sağlık alımlarını gerçekleştiren sağlık kuruluşlarına yönelik değerlendirmeler yapılırken bugünkü sağlık teşkilatlanmasının tarihsel gelişiminin kısa bir şekilde aktarılmasında yarar bulunmaktadır. Türklerde sağlık hizmetlerinin tarihi gelişimini değerlendiren çalışmalar, temelde Selçuklular ve Osmanlılardaki sağlık hizmetleri ve sağlık teşkilatları hakkında bilgi sunmaktadır. “Bimaristan”, İslam toplumlarında sağlık hizmeti veren hastanelerin genel adı olmuştur. Ancak Selçuklular ve Osmanlılar bu terim yerine “dârüşşifâ”, “bimarhâne” ve “tumarhane” kelimelerini kullanmışlardır.⁸ XIX.

⁸ “Dârüşşifâ” veya “bimarhâne” ya da “tumarhane” olarak adlandırılan sağlık kuruluşlarının ilk ortaya çıkış tarihleri ya da bu kuruluşlardaki faaliyetlerin tamamının nasıl yürütüldüğü ile Türklerdeki askeri tıp hizmetleri ile imparatorlukların merkez dışındaki taşra birimlerindeki sağlık hizmetlerine yönelik akademik çalışmalar bugün için son derece yetersizdir. Bu sağlık kuruluşlarının, “seretıbbâ-yi hâssa”, “seretıbbâ-yi sultânî” ve “reisületıbbâ” adı verilen hekimbaşlıların yönettiği ve bu kuruluşların ortaya çıkışı ile mali olarak desteklenmesinde vakıfların önemli olduğu bilinmektedir. XIX. yüzyılda sağlık hizmetlerinin yeniden yapılandırılması sürecinde 1837 yılında Bâb-ı Seraskerî'ye bağlı Sıhhiye Dairesi, bir yıl sonra da salgın hastalıklarla mücadele için Meclis-i Umûr-ı Sıhhiyye kuruldu. Sağlık mensuplarının imtihanı, ilâç imalinin denetimi ve sağlıkla ilgili sorunların çözümü gibi görevler 1840 yılında Mekteb-i Tıbbiyye'de kurulan Meclis-i Umûr-ı Tıbbiyye'nin yetkisine verildi. Yetki ve sorumlulukları çeşitli kurumlara dağıtılan hekimbaşılık makamı 1844'te seretıbbâ-yi şehriyârî unvanıyla faaliyetleri hükümdarın baştabipliğiyle sınırlandırılmasının ardından 1850 yılında lağvedildi.

Mevcut bilgilere göre kimsesiz yoksullar (garipler/gureba) için yaptırılan ilk hastahane, 1836'da Edirnekapı'daki Mihrimah Sultan Külliyesi Medresesi'nde açılan Gureba ve Bekâr Hastahanesi'dir. 1843 çiçek salgını esnasında hastahanelerin yetersiz kalması üzerine Bezmiâlem Vâlide Sultan'ın inşa ettirdiği Bezmiâlem Vâlide Sultan Vakıf Gureba Hastahanesi (Gurebâ-yi Müslimîn Hastahanesi) 1847'de hasta kabul etmeye başladı. Bu tarihten sonra Osmanlı İmparatorluğunun farklı şehirlerinde gureba hastahaneleri açılmıştır.

yüzyıldan itibaren de buralara “hastane” demeyi tercih etmişlerdir. Sağlık işlerinin yürütülmesinde hekimbaşı etkili olmuştur. Osmanlı sağlık sisteminde 1827 yılında Mekteb-i Tıbbiye'nin kurulması ve hekimbaşılığın kaldırılarak sağlık hizmetlerinin “bir “nezaret” tarafından ele alınmaya başlanması modern sağlık sisteminin kurulmasına yönelik ilk girişimler olarak kendini göstermektedir. Hekimlik ve diğer sağlık personelinin yetiştirilmesi için “eğitim kurumları” oluşturma ve “mesleki faaliyetlerin” belirli koşullara bağlanması önemli gelişmelerdir.

Sağlık Bakanlığının kuruluşu ile ilgili olarak farklı çalışmalarda Bakanlığın 3 Mayıs 1920 tarihinde 3 sayılı Kanun ile kurulduğu bilgisi yer almaktadır. 2 Mayıs 1336 (1920) tarihli ve 3 sayılı Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun ile on bir üyesi bulunan İcra Vekilleri Heyeti oluşturulmuş olup bu üyelerden biri de Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekili'dir.⁹

Sağlık politikasını belirleyen ve düzenleyen, hizmeti sunan ve finanse eden aktörlerin yetki ve sorumluluklarının tam olarak ayrıştırılmaması; bu kurumlar arasında işbirliği ve eşgüdümün istenilen düzeyde sağlanamaması; sağlık sisteminde yeniden yapılandırmayı sürekli olarak gündemde tutmuştur. Son yirmi yıldır ülkemizdeki sağlık örgütlenmesinde önemli değişiklikler meydana gelmektedir. 2003 yılında Sağlık Dönüşüm Programı uygulamaya geçirilmiştir.

Cumhuriyet döneminde sağlık hizmetleri sunan kuruluşların önemli bir kısmı Sağlık Bakanlığına bağlı olmuşlardır. Ancak süreç içerisinde belediyelere, Sosyal Güvenlik Kurumuna, Milli Savunma Bakanlığı ile üniversitelere bağlı sağlık kuruluşları da olmuştur.¹⁰

Sosyal Sigortalar Kurumuna bağlı hastaneler ile Milli Savunma Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarının Sağlık Bakanlığına devri,

Ayrıntılı bilgi için bakınız: Terzioğlu, Arslan, “Bîmârîstan”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 6, TDV Yayınları, İstanbul, 1992, s.163-178. ve Sarı, Nil, “Tıp – Osmanlı Dönemi”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, C. 41, İstanbul, 2012, s.101-111.

⁹ Kanunun oylamasında Meclisteki mevcut 130 vekilin 110'u kabul, 15'i ret, 5'i ise müstenkif (çekimser) oy kullanmıştır. Dört maddeden oluşan Kanunun yürürlük tarihinin olmaması tankit konusu edildiği tutanaklarda görülmektedir. Büyük Millet Meclisi Riyaseti tarafından bu Kanun 3 Mayıs 1336 (1920) tarihinde bilumum vilayet, müstakil liva ile kolordulara tebliğ edilmiştir. Kanun, 7 Şubat 1337 (1921) tarihli ve 1 no'lu Ceride-i Resmîye'de ilan edilmiştir. I. İcra Vekilleri Heyeti, 3 Mayıs 1920 ile 24 Ocak 1921 tarihleri arasında görev yapmış olup İlk Sıhhiye ve Muavenet-i İçtimaiye Vekili Dr. Adnan (Adıvar) Bey'dir. 127 oyla seçilmiştir. İcra Vekilleri Heyeti'nin dokuz üyesi ilk oylamada seçilmiştir. Maliye ve Maarif Vekilleri ilk oylamada seçilememiştir. Maliye Vekilliği adayları Hakkı Behiç Bey 65; Ferid Bey kırk beş rey almıştır. Maarif Vekilliği adayları Hamdullah Suphi Bey 60 rey; Dr. Rıza Nur Bey 43 rey almışlardır. Vekil seçilebilmek için en az 69 oy almak gerekmektedir. Bu sayıya ulaşılmaya kadar oylama yapılmıştır. Yapılan oylamalar sonucunda Dr Rıza Nur Bey ve Hakkı Behiç Bey vekilliklere seçilmişlerdir.

¹⁰ Sağlık hizmetlerinin teşkilatlanması farklı çalışmalarda yaygın olarak aynı dönemlendirme ile açıklanmaktadır.

ülkemizdeki sağlık kuruluşlarının örgütlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

6/1/2005 tarihli ve 5283 sayılı Kanun ile kamu kurum ve kuruluşlarına¹¹ ait sağlık birimleri Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.¹² Sağlık birimi, kurum tabiplikleri¹³ hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastane, dispanser, sağlık merkezi veya istasyonu ile her ne ad altında olursa olsun insan sağlığıyla ilgili hizmet sunan tüm birimlerdir.

11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarında köklü değişiklikler yapılmıştır.¹⁴ Kararname ile daha önce Bakanlığın merkez teşkilatında yer alan bazı birimlerin ya da merkez teşkilatın eşgüdümündeki bir takım görevlere yönelik, bağlı kuruluşlar oluşturulmuştur.¹⁵ Özellikle Bakanlığın taşra birimleri ile bağlı kuruluşların taşra birimleri arasında süreç içerisinde yetki belirsizlikleri ve eşgüdüm sorunları yaşanmıştır.

663 sayılı Kararname'de yer alan en önemli düzenlemelerden biri Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ile il düzeyinde Kamu Hastaneleri Birliklerinin kurulmasıdır. Kurum, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerini vermek üzere hastanelerin, ağız ve diş sağlığı merkezlerinin ve benzeri sağlık kuruluşlarının açılması, işletilmesi, faaliyetlerinin izlenmesi, değerlendirilmesi ve denetlenmesi, bu hastanelerde her türlü koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin verilmesini sağlamakla görevlendirilmiştir. Kuruma bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumları, il düzeyinde Kamu Hastaneleri Birlikleri kurularak işletilmiştir.¹⁶ Birlik teşkilatı, genel sekreterlik ve

¹¹ Kanun, Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere, bakanlıkları, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamıştır.

¹² 6/1/2005 tarihli ve 5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun 19/01/2005 tarihli ve 25705 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri; bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınmalar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

¹³ Kurum tabipliği, kamu kurum ve kuruluşlarında, kurum personeline yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin verildiği, hizmet kapasitesi Sağlık Bakanlığınca belirlenen birimlerdir.

¹⁴ 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 2/11/2011 tarihli ve 28103 (2. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁵ Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü ve Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Bakanlığa bağlı kurumlardır.

¹⁶ Ankara ve İstanbul'da birden fazla Kamu Hastaneleri Birliği kurulmuştur. Birden fazla Birlik kurulan illerde, birliklerden biri koordinatör olarak görevlendirilmiştir.

hastane yöneticiliklerinden oluşmuştur. Genel sekreterlik birliğin en üst karar ve yürütme organı olup, genel sekreterlik bünyesinde tıbbi hizmetler, idari hizmetler ve mali hizmetler başkanlıkları oluşturulmuştur.

Sağlık Bakanlığının teşkilat yapısına ilişkin son düzenlemeler 1 sayılı “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” 4 sayılı “Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile yapılmıştır.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sağlık Bakanlığının teşkilat yapısı düzenlenmiştir.¹⁷ Sağlık Bakanlığı; merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatından oluşmaktadır. Kamu Hastaneleri Kurumu kapatılmış ve Bakanlığın merkez teşkilatında hizmet birimi olarak yer almıştır. Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Tedarik Planlama, Stok ve Lojistik Yönetimi Dairesi Başkanlığı, Tıbbi Cihaz ve Tıbbi Hizmet Alımları Planlama Dairesi Başkanlığı ile Tedarik Yöntemleri ve Satın Alma Dairesi Başkanlıkları hastanelerin tedarik süreçlerinde farklı görevleri ve sorumlulukları olan birimler olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu birimler arasında eşgüdüm ve işbirliği önem taşımaktadır.

4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü ile Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı, Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşları olarak düzenlenmiştir.¹⁸

Ülkemizdeki sağlık örgütlenmesi ve eğitimi bakımından diğer önemli bir gelişme ise Sağlık Bilimleri Üniversitesinin kurulmasıdır. 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun¹⁹ ile İstanbul’da Sağlık Bilimleri

¹⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Sağlık Bakanlığı teşkilat yapısına ilişkin hükümler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 352 ila 384’üncü maddelerinde yer almaktadır.

¹⁸ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 15/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin hükümler, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin Otuzaltıncı Bölümünde (madde 508 – 519); Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğünün teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin hükümler Kararname’nin Kırkaltıncı Bölümünde (madde 656 – 662); Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığının teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerine ilişkin hükümler Kararname’nin Kıryedinci Bölümünde (madde 663 – 678) düzenlenmiştir.

¹⁹ 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15/4/2015 tarihli ve 29327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Anılan Kanun’un 5’inci maddesi ile Sağlık Bilimleri Üniversitesi’nin kuruluşu için 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa ek 158’inci madde eklenmiştir. Ayrıca 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelin “A) Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri” bölümüne “107) Sağlık Bilimleri Üniversitesi” ibaresi eklenmiştir.

Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmuştur. Bu Üniversite ile Sağlık Bakanlığı arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Üniversite bir devlet üniversitesi olmakla birlikte yönetim organı olarak Sağlık Bakanlığı Müsteşarı'nın başkanı olacağı bir Mütevelli Heyeti bulunmaktadır.²⁰ 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9'uncu maddesi çerçevesinde Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin Üniversiteyle birlikte kullanımına yönelik protokoller imzalanmıştır. Birlikte kullanım protokolü imzalanan eğitim ve araştırma hastaneleri, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsündedir.²¹

Milli Savunma Bakanlığına bağlı Gülhane Askerî Tıp Akademisi (GATA) ve diğer askerî sağlık kuruluşları, uzun bir süre önemli bir sağlık hizmeti sunucusu olarak sağlık sisteminde yer almıştır.²² 25/7/2016

²⁰ Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur. Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektör başkanlık eder. Mütevelli Heyeti, en az dört üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alır. Bakan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresi dört yıldır.

²¹ Protokol kapsamındaki Eğitim ve Araştırma Hastaneleri yirmi beşi (25) İstanbul'da, on beşi (15) Ankara'da ve on sekizi (18) de diğer illerinde olmak üzere toplam elli sekiz (58) adettir. <https://www.sbu.edu.tr/tr/universitemiz/kurumsal-bilgilerimiz/genel-bilgiler> (Erişim Tarihi: 16/4/2020)

²² 1897 yılında Osmanlı İmparatorlu ile Prusya Krallığı arasında Osmanlı tıp eğitim sisteminin geliştirilmesi amacıyla bir protokol yapılmıştır. Bonn Üniversitesinden Dr. Robert Rieder ile Hamburg Eppendorf Hastanesi asistanlarından Dr. Georg Deycke 1898'de İstanbul'a gelerek çalışmalarına başlamıştır. Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane bünyesindeki eğitimin iyileştirilmesi çalışmalarının yanı sıra, örnek bir tedavi kurumu kurulması sürecinin birlikte yürütülmesine karar verilmiştir. Topkapı Sarayı bahçesindeki eski Gülhane Askerî Rüştiye Okulu binası, modern bir hastane olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece Gülhane Askerî Tıp Akademisinin temelleri atılmış ve 30 Aralık 1898'de "Gülhane Seririyat Hastanesi" adıyla hizmete açılmıştır. 1914 yılında ise Gülhane'deki askerî hekimlik eğitimleri artırılmış, Gülhane Seririyat Hastanesi ismi değiştirilerek "Gülhane Tatbikat-ı Askeriye Tatbikat Mektebi ve Seririyatı" olmuştur. Özellikle Gülhane'de yetişen doktorlar Birinci Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşında etkin bir şekilde hizmet yapmışlardır. Hastane 2 Ekim 1923'te Sarayburnu'ndaki binaya taşınmıştır.

II. Dünya Savaşı'nın başlaması üzerine Gülhane'nin Ankara'ya nakline karar verilmiştir. 1941 yılında "Gülhane Askerî Tababet Okulu ve Hastanesi" adı ile Ankara'nın Cebeci semtinde hizmete başlamış olup 1947 yılında Gülhane Askerî Tıp Akademisi (GATA) ismini almıştır. 1952'de Akademi'nin Cebeci'de kullandığı binalar bir protokolle Ankara Tıp Fakültesine devredilmiş ve Bahçelievler'deki, bugünkü Kara Kuvvetleri binası ile Harp Okulu'nun yanındaki hastane binasına taşınmıştır. 5/1/1961 tarihli ve 229 sayılı Gülhane Askerî Tıp Akademisi Binasının İnşası Hakkında Kanun ile GATA'ya yeni bir bina yapılması için süreç başlatılmış olup Ankara'nın Etlik semtinde inşa edilen hastane 1971 yılında açılmıştır. Konuya yönelik ayrıntılı bilgi için bakınız: (<https://gulhanetip.sbu.edu.tr/GenelBilgiler/Tarihce>) (Çevrimiçi et: 01/05/2020); Tekeli, Doğan, "Cumhuriyetin Binaları", Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 442-443, 2006, s.46- 47.

tarihli ve 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname²³ ile GATA ve diğer askerî sağlık hastanelerin devri düzenlenmiştir.

Gülhane Askeri Tıp Akademisine bağlı eğitim hastaneleri ve Türk Silahlı Kuvvetleri Rehabilitasyon ve Bakım Merkezi ile askerî hastaneler, dispanser ve benzeri sağlık hizmet birimleri ile Jandarma Genel Komutanlığına ait sağlık kuruluşları, her türlü hak ve yükümlülükleri, alacak ve borçları, sözleşme ve taahhütleri, taşınırları ve taşıtlarıyla birlikte Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Gülhane Askeri Tıp Akademisine bağlı yükseköğretim birimleri ise her türlü hak ve yükümlülükleri, alacak ve borçları, sözleşme ve taahhütleri, taşınırları ve taşıtlarıyla birlikte, Sağlık Bilimleri Üniversitesine devredilmiş ve bunlara tahsisli taşınmazlar da Üniversiteye tahsis edilmiştir. Sağlık Bilimleri Üniversitesi, devirden önce Gülhane Askeri Tıp Akademisi bünyesinde yürütülmekte olan kimyasal, biyolojik, radyolojik ve nükleer tehditlere karşı savunma, hava ve uzay hekimliği, sualtı hekimliği, harp cerrahisi gibi özellikli askerî sağlık hizmetleri alanlarına yönelik hizmet, eğitim, araştırma ve danışmanlık faaliyetlerini de yürütmekle görevlidir.

Sağlık İstatistikleri Yıllığı - 2018 verilerine göre ülkemizde, 889'u Sağlık Bakanlığına, 68'i üniversitelere, 577'i adedi özel sektöre ait toplam 1534 adet hastane bulunmakta olup bunlardaki toplam yatak sayısı 231.913'dür.²⁴

Kamu sağlık kuruluşlarında alım işlemlerinde görevlendirecek personelin niteliği ve atanmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kuruluşlarda, görevli personelin ihale sürecinde ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasında ihale komisyonu ile muayene ve kabul komisyonlarında görevlendirilmemeye yönelik talepleri yaygınlık göstermektedir. 4734 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kamu alım işlemlerini yürüten personelin profesyonelleşmesine yönelik görüşler oluşmaya başlamış; kamu alım görevlilerinin kamu alım mevzuatı konusunda eğitilmesine yönelik çalışmalar başlatılmıştır.

²³ 25/7/2016 tarihli ve 669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 31/7/2016 tarihli ve 29787 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bu Kanun Hükmünde Kararname ile 20/7/2016 tarihli ve 2016/9,064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde zaruri olan tedbirlerin alınması ve Milli Savunma Üniversitesinin kurulmasına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin Dördüncü Bölümü (Madde 106-109) Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve asker hastanelerinin devrini düzenlemektedir.

²⁴ Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerdeki yatak sayısı 139.651; üniversitelere bağlı hastanelerdeki yatak sayısı 42.066; özel sektöre ait hastanelerdeki yatak sayısı ise 50.196'dır. Sağlık Bakanlığı, *Sağlık İstatistikleri Yıllığı - 2018*, Editörler: Basara, Berrak B. / Çağlar, İrem S. / Aygün, Asiye vd, Sağlık Bakanlığı Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019, s. 119-120.

III- KAMU İHALE MEVZUATINDA SAĞLIK ALIMLARINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda doğrudan sağlık alımlarına ilişkin iki düzenleme bulunmaktadır. İlk düzenleme 4734 sayılı Kanun'un "İstisnalar" başlıklı 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi; ikinci düzenleme ise anılan Kanun'un "Doğrudan temin" başlıklı 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendidir.

4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde, "*Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları, sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımlarının*" ceza ve yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu bentte iki durum birlikte düzenlenmiştir:

i) Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatları uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımları.

ii) Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları.

4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbî malzemelerin kişilerce alımlarına ilişkin esas ve usuller, *4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (H) Bendinde Belirtilen Alımlara İlişkin Yönetmelik*'te düzenlenmiştir.²⁵ Anılan Yönetmelik kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmetler, ilgili mevzuatında öngörülen sevk usul ve esaslarına uygun olmak kaydıyla, sağlık kurum ve kuruluşlarından alınır. Bu alımlara ilişkin fiyatlandırma ve ödeme ile ilgili hususlarda;

a) Talimat,

b) Teşhis ve tedavi amacıyla özel sağlık kurum ve kuruluşlarından hizmet alımına ilişkin mevzuat,

c) İdareler ile sağlık kurum ve kuruluşları arasında yapılan hizmet alım protokolleri ve taniya dayalı fiyat tarifeleri uygulanır.

Tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişiler, ayakta tedavileri sırasında reçete edilen ilaçlarını tâbi oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde anlaşmalı eczanelerden alabilir. Maliye ve Hazine Bakanlığı, ayakta

²⁵ Bu Yönetmelik Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış olup 15/7/2004 tarihli ve 25523 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

tedavileri sağlanan kişilerin reçete edilen ilaçlarının teminine ilişkin koşulları belirlemek üzere Türk Eczacıları Birliği ile protokol akdetmektedir. İlaç bedelleri kişilerin kurumlarınca ilgili mevzuatında belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir. Tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavileri sırasında reçeteye bağlanan tıbbi malzemeler, ilgili mevzuatında belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kişilerce temin edilir ve bedelleri kişilerin kurumlarınca, talimata veya kurumların ilgili mevzuatına göre ödenmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, “*Özelliklerinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımlarının*” doğrudan temin yöntemiyle yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.²⁶

4734 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde “doğrudan temin”, “*Bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usul*” olarak tanımlanmıştır. Bu yöntemle yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinde sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir. Kamu İhale Genel Tebliği'nin 22.1.1.2'nci maddesinde, doğrudan temin yöntemiyle yapılacak alımlarda ihtiyacın niteliğine göre, ilan yapılması, teminat alınması, ihale komisyonu kurulması, firmalarda belirli yeterlik kriterlerinin aranması ile şartname ve sözleşme düzenlenmesi gibi hususların idarelerin takdirinde olduğu ifade edilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi çerçevesinde her vaka için ayrı bir satın alma işlemi yapılması yerine, belli dönemlere ait (3 aylık, 6 aylık, 1 yıllık süreler gibi) ihtiyaçlar için ihtiyaç miktarları belirtilmeden, piyasa araştırması sonucunda uygun bulunan birim fiyatlar üzerinden sözleşme yapılıp, vaka çıktıkça mal tesliminin ve ödemelerin yapılması şeklinde uygulanmasının mevcut

²⁶ 4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde “(f) bendinin mevcut halinde ‘özelliklerinden dolayı stoklama imkanı bulunmamak’ ve ‘acil durum’ koşulları birlikte aranmakta, bu da stoklama imkanı olmakla birlikte özelliklerinden veya belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan malzemeler açısından problemlere neden olmaktadır. Bu nedenle yapılması öngörülen değişiklikte koşullardan birinin varlığı, bu bent kapsamında alım yapılması için yeterli hale getirilmektedir. Yine acil vakalarda kullanılma zorunluluğu bulunan ancak o an için hastanede bulunmayan ilaç, aşı, serum, anti-serum, ortez, protez, tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemelerin alımında gecikmelere neden olduğundan bu malzemelerin ivedilikle sağlanarak hastaya zamanında müdahale yapılabilmesine imkan tanınmaktadır.” açıklamasına yer verilmiştir.

mevzuat düzenlemelerine uygun olup olmadığı ile miktar belirtmeksizin tek bir birim fiyat almak suretiyle süresi bir yılı geçmeyecek şekilde sözleşme yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kamu İhale Kurulunun 2013/DK.D-1 sayılı düzenleyici kurul kararında bu konu değerlendirilmiştir. Anılan kararda şu hususlar yer almaktadır:

a) Sağlık kurumlarınca ihtiyaçların 4734 sayılı Kanun'daki ihale usulleriyle sağlanması esastır.

b) 4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi çerçevesinde, her vaka için ayrı bir satın alma işlemi yapılması yerine, belirli süreli sözleşmeler yapılabilecektir.

c) Acil vakalarda kullanılma zorunluluğu bulunan ancak o an için hastanede bulunmayan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünlerinin (f) bendi kapsamında alımında sözleşme süresi bu ihtiyaçların ihale usulüyle teminine yönelik süre dikkate alınarak belirlenmelidir.

ç) (f) bendi kapsamında "ertesi yıla geçen" veya "gelecek yıllara yaygın" sözleşme yapılıp yapılamayacağı konusu, idarelerin tâbi oldukları mali mevzuattaki hükümler esas alınarak kararda değerlendirilmelidir.

d) Tedarikçiler tarafından gerçekçi tekliflerin verilebilmesi için (f) bendi çerçevesinde piyasa fiyat araştırmasında tahmini alım miktarlarının belirtilmesi uygun olacaktır.

e) (f) bendi kapsamında yapılacak alımlara ilişkin sözleşmelerde, sözleşme yapılmış olmasının idareye alım yapma yükümlülüğü getirmeyeceği ile alımın daha az miktarda tamamlanması durumunda yüklenicinin yapmış olduğu gerçek giderlere ilişkin ve yüklenici kârına karşılık olarak bir bedel istenemeyeceğine yönelik düzenleme yapılması uygun olacaktır.²⁷

2019 yılında 4734 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında 20.821 adet alım yapılarak 553.684.000 TL'lik harcama yapılmıştır. Bu alım tutarı doğrudan temin kapsamında yapılan toplam harcamaların %7,22'sine tekabül etmektedir.²⁸

A. SAĞLIK HİZMETİ SUNAN İDARELERİN TEŞHİS VE TEDAVİYE YÖNELİK OLARAK BİRBİRLERİNDEN YAPACAKLARI MAL VE HİZMET ALIMLARI

4734 sayılı Kanun kapsamında sağlık hizmeti sunan idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımlarının usul ve esasları, *Sağlık Hizmeti Sunan 4734 Sayılı Kamu*

²⁷ Büber, Bülent, *Sağlık Sektörü İhale Rehberi*, TUMDEF, Ankara, 2013, s. 287-298.

²⁸ *Kamu Alımları İzleme Raporu-2019*, Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2020, s. 5.

*İhale Kanunu Kapsamındaki İdarelerin Teşhis ve Tedaviye Yönelik Olarak Birbirlerinden Yapacakları Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Yönetmelik'te düzenlenmiştir.*²⁹

Sağlık Bakanlığı ve üniversiteler ile 4734 sayılı Kanun'a tâbi idarelere bağlı sağlık kuruluşları, Yönetmelik kapsamında teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden mal ve hizmet alımları yapabilirler.³⁰ 4734 sayılı Kanun kapsamındaki bir sağlık kuruluşu, Kanun kapsamında bulunmayan bir vakıf üniversitesi bünyesinde bulunan tıp fakültesi veya dış hekimliği fakültesine bağlı hastaneden 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi çerçevesinde teşhis ve tedaviye yönelik mal veya hizmet alımı gerçekleştirilemez.

Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde hizmet, *teşhis ve tedaviye yönelik olarak idarelerce üretilen veya Kanuna göre hizmet alımı yolu ile üçüncü şahıslardan temin edilen hizmetler* olarak tanımlanmaktadır. Yönetmeliğin 5'inci maddesinde, idarelerin aralarında imzalayacakları protokollerle birbirlerinden doğrudan hizmet alabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Örneğin bir hastane tarafından, görüntüleme hizmetleri diğer bir hastaneden bu Yönetmelik kapsamında alınabilir. Ancak bu Yönetmelik kapsamında otelcilik hizmetleri olarak adlandırılan temizlik ya da özel güvenlik veya yemek servis hizmetlerinin idarelerce birbirlerinden alımı mümkün değildir.

Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde mal, *"Teşhis ve tedaviye yönelik olarak idarelerce üretilen veya Kanuna göre temin edilen mallar"* olarak tanımlanmaktadır. İdareler, ilaç, tıbbi sarf malzemesi, tıbbi gaz ve tıbbi cihaz gibi teşhis ve tedaviye yönelik malları birbirlerinden Yönetmelik kapsamında alabilirler.

Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde fiyat tarifeleri, *"Sosyal Güvenlik Kurumunca yayımlanan Sağlık Uygulama Tebliğinde veya Maliye Bakanlığınca yayımlanan Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliğinde belirlenen fiyatları ya da bu kapsamda hazırlanan diğer resmi fiyatlar"* olarak tanımlanmaktadır. Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde hizmetlerin fiyatlandırılması; 7'nci madde de ise mal alımlarında fiyatlandırma düzenlenmiştir.

İdarelerin aralarında alıma konu olan hizmetlerden veya mallardan, fiyat tarifeleri ile fiyatları belirlenmiş olanların alım ve satıma esas alınacak fiyatları, maliyetinin altında kalmamak kaydıyla, idareler arasında yapılacak protokolle belirlenir. Ancak bu suretle belirlenecek fiyat, fiyat tarifeleriyle belirlenen fiyatı hiçbir şekilde geçemez. Fiyat tarifelerinde belirlenmiş olan tutarlardaki değişikliklerin; protokol ile

²⁹ Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan Yönetmelik, 7/2/2009 tarihli ve 27134 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁰ Büber, Bülent, "Sağlık Hizmeti Sunan İdarelerin Teşhis ve Tedaviye Yönelik Olarak Birbirlerinden Yapacakları Mal ve Hizmet Alımları", İdari ve Mali MEVZUAT Dergisi, S. 157, Ekim 2013, s. 13-16.

belirlenen fiyatları etkileyip etkilemeyeceği, etkileyecekse hangi oranda etkileyeceği protokolde ayrıca karara bağlanır.

Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, fiyat tarifelerinde fiyatı olmayan ve hizmet alımı yoluyla temin edilen hizmetlerin fiyatının, yapılacak kanuni kesintiler ihale bedeline ayrıca dâhil edilmek kaydıyla, ihale bedelinin üzerine % 10'a kadar ilave edilmek suretiyle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, fiyat tarifelerinde fiyatı olmayan ve idarelerce üretilen hizmetlerin fiyatının, kanuni kesintiler maliyet bedeline ayrıca dâhil edilmek kaydıyla, maliyet bedelinin üzerine % 10'a kadar ilave edilmek suretiyle belirlenebileceği öngörülmüştür. Yönetmelikte idareler arasında protokolün imzalanmasından sonra bu hizmetlerin maliyetinde değişiklik olması durumunda, fiyatlarının güncellenip güncellenmeyeceği konusunda bir hüküm yer almamaktadır. Protokollere, satışı gerçekleştirilen hizmetin maliyetinde artış olması halinde bu hizmetin satışının sona erdirileceği ve tarafların anlaşması halinde yeniden fiyat belirlenerek yeni bir protokol yapılacağına yönelik hüküm konulması uygun olacaktır.

Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında, fiyat tarifelerinde fiyatı olmayan ve amortisman tabi olmayan malların fiyatının, maliyetinin üzerine %10'a kadar ilave edilmek suretiyle belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

Fiyat tarifelerinde, fiyatı olmayan ve amortisman tabi malların fiyatı ise amortisman tutarları da dikkate alınarak satışı yapacak olan idare tarafından Taşınır Mal Yönetmeliği esaslarına göre tespit edilecektir.

Bu Yönetmelik kapsamında düzenlenecek protokollere ilişkin hükümler 11'nci maddede yer almaktadır. Her bir mal ve hizmet alımı için ayrı ayrı protokol düzenlenebileceği gibi, birden fazla mal ve hizmet alımı için ortak protokol düzenlenebilir. Karşılıklı mutabakat sonucu hazırlanan protokol, protokolün tarafı olan birimlerin harcama yetkilileri tarafından imzalanır. Protokolde "*bu alımlar hakkında uygulanacak ceza ve yasaklama hükümlerinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olunacağı*" hususuna yer verilecektir. Protokolün feshine ve anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler protokolde belirlenir. Yönetmeliğin ekinde bir protokol tasarısı ya da örneği bulunmaktadır.

Yönetmelik'te faturalandırma ve ödemeler hizmet ve mal alımları için ayrı maddelerde (madde 7-10) düzenlenmiş olması karşın düzenlemelerde bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca sağlık hizmeti sunan idareler birbirlerinden karşılıklı mal ve/veya hizmet alımı yapıyorlar ise bu alımlarda mahsuplaşma yapıp yapılmayacağı hususunun protokolde düzenlenmesi gerektiği Yönetmeliğin 6'ncı ve 10'uncu maddelerinde yer almaktadır.

Hizmetlerin ya da malın bedeli, satışı gerçekleştiren idarece düzenlenecek fatura karşılığında, hizmeti alan idare tarafından ödenir. Faturanın düzenleme ve ödeme süresi protokolde belirlenir.

Kamu İhale Kurulunun 2/4/2009 tarihli ve 2009/DK.D-46 sayılı düzenleyici kararıyla, 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan sağlık hizmeti sunan idareler tarafından Türkiye Yüksek İhtisas Eğitim ve Araştırma Sağlık İşletmesi bünyesinde kurulu bulunan Tıbbi Aygıtlar Bakım Onarım Merkezinden tıbbi cihazların kalibrasyon hizmetlerinin 4734 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi kapsamında alınabileceğine karar verilmiştir.

4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları İle Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkındaki Kanun'un 3 üncü maddesinde, "Bu Kanuna tâbi döner sermayeli işletmeler, gerekli gördükleri hallerde ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri belirleyecekleri fiyat üzerinden, birbirlerinden temin edebilirler.

...

Döner sermayeli işletmelerin tıbbî cihaz, tıbbî sarf malzemesi, ilaç ve büro malzemeleri gibi merkezi olarak satın alınmasında fayda görülen mal alımları ile hizmet alımları, bedelleri her döner sermaye işletmesinin kendi bütçesinden karşılanmak kaydıyla toplu olarak yapılabilir. Bu durumda ita amirliği Sağlık Bakanlığınca belirlenir.

...

Döner sermayeli işletmeler, süreklilik arz eden hizmet alımları ile maliyeti yüksek ve ileri teknoloji ürünü olan tıbbî cihazların hizmet alımı yoluyla temini veya kiralanması için döner sermaye kaynaklarından, gelecek yıllara yaygın yüklenmelere girişebilir." hükmü yer almaktadır.

4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 58'inci maddesinde, üniversitelerin döner sermaye işletmelerinin süreklilik arz eden hizmet alımları ile maliyeti yüksek ve ileri teknoloji ürünü olan tıbbi cihazların hizmet alımı yoluyla temini veya kiralanması için döner sermaye kaynaklarından gelecek yıllara yaygın yüklenmelere girişilebileceği hüküm altına alınmıştır.

B. SAĞLIK HİZMETİ SUNAN İDARELERİN 4734 SAYILI KANUNUN 3 ÜNCÜ MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ (F) BENDİ KAPSAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN ALIMLARI

4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, "Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımlarının" ceza ve yasaklama hükümleri hariç olmak üzere Kanun'a tâbi olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu bent kapsamında gerçekleştirilen alımlara ilişkin şikayetler Kamu İhale Kurumunun görev alanında bulunmamaktadır.

Kamu İhale Genel Tebliği'nin 4.2.1'inci maddesinde “4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendi 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla değiştirilmiş olup, bu bent kapsamında yapılacak alımlar Kanunun geçici 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Kurumun uygun görüşü alınarak belirlenecek esas ve usullere göre gerçekleştirilecektir.” açıklaması yer almaktadır.³¹

Kamu İhale Genel Tebliğinde, 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen ulusal araştırma ve geliştirme kurumlarının, “ulusal alanda ve münhasıran araştırma geliştirme faaliyetleri yürütmek amacı ile kanunla kurulan kurumlar ve yükseköğretim kurumları ile bilimsel özzerklığe ve kamu tüzel kişiliğine sahip eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan kurumlar” olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Üniversiteler ve yüksek teknoloji enstitüleri tarafından araştırma-geliştirme projelerinin ihtiyacı olan tıbbi cihazlar, 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında Kanun'a tabi olmadan alınabilmektedir. Yükseköğretim Kurumları Tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (F) Bendi kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Esaslar, Bakanlar Kurulunun 1/12/2003 tarihli ve 2003/6554 sayılı kararı ile kabul edilmiştir.³²

Sağlık Bakanlığı tarafından 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi uyarınca finansmanının tamamı idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalanıldığı haller hariç her türlü araştırma ve geliştirme hizmet alımlarında uygulanacak esaslar, Sağlık Bakanlığı Tarafından, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (F) Bendi Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Esaslar'da düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kurumunca yayımlanan 2019 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu'na göre 2019 yılında idarelerin 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi çerçevesinde

³¹ 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanunla değiştirilmiş olup, bu bent kapsamında yapılacak alımların Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından Kamu İhale Kurumunun uygun görüşü alınarak belirlenecek esas ve usullere göre gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 171'inci maddesi ile 4734 sayılı Kanun'un Geçici 4'üncü maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple 4734 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi kapsamında yapılacak alımlara ilişkin esas ve usullerin nasıl yürürlüğe konulacağı konusunun Kamu İhale Genel Tebliği'nde yeniden değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

³² Yükseköğretim Kurumları Tarafından 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü Maddesinin (F) Bendi kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Esaslar, 30/12/2003 tarihli ve 25332 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

gerçekleştirilen 337 adet mal ve hizmet alımının toplam sözleşme tutarı 311.058.000 TL'dir.³³

IV- SAĞLIK HİZMETİ SUNAN İDARELERİN ALIMLARI

Sağlık hizmetini sunan idareler de diğer idareler gibi mal ve hizmet alımı ile yapım işleri ihaleleri gerçekleştirmektedir. Sağlık kuruluşlarının doğrudan teşhis ve tedaviye yönelik mal ve hizmet alımları olduğu gibi doğrudan sağlık hizmetleriyle ilgisi bulunmayan alımları da söz konusudur. Sağlık sektörüyle ilgili alımlar, basit bir tıbbi sarf malzemesi alımından tıbbi cihaz ya da görüntüleme hizmeti alımına kadar geniş bir yelpazede pek çok alımı kapsamaktadır. Küçük bakım-onarım hizmetlerini, yemek hazırlatma hizmetlerini ya da akaryakıt alımını doğrudan sağlık sektörüyle ilgisi bulunmayan alımlara örnek olarak verilebilir.. Bu alımlar daha ziyade, sağlık kuruluşlarının otelcilik hizmetleri ve destek hizmetleriyle bağlantılı alımlardır.

Kamu alımlarında, idarelerin ve firmaların ürün arz ve talep piyasalarındaki konumları ve sayılarına göre farklı piyasa türleri ortaya çıkabilmektedir. İdareler, belirli mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde tek alıcı olabildiği gibi çok sayıda alıcıdan biri de olabilir. Kamu alımlarına konu olan ihtiyaçlar , çok sayıda satıcıdan karşılanabileceği gibi az sayıda satıcı veya bazı durumlarda tek bir satıcıdan temin edilebilmektedir.

Türkiye'de kamu alım düzenlemelerine ve uygulamalarına yönelik eleştiriler benzer şekilde kamu sağlık alımlarında da kendini göstermektedir. Kamu alımlarına ilişkin düzenlemelerin esneklikten uzak, katı kurallar içermesi nedeniyle sağlık sektörüne yönelik alımlarda güçlükler ortaya çıkarması ve ihale sürecinin uzun olması sebebiyle ihtiyaçların zamanında sağlanamaması; idareler tarafından kamu alım düzenlemelerine yöneltilen eleştirilerin başlıcalarıdır. Kamu alım ihalelerinde rekabeti engelleyecek şekilde düzenlenmeler yapılması; ihale işlemlerinin kırtasiyecilik boyutu ile üniversite hastanelerinin sağlık alımlarında ödemeleri zamanında yapmaması ise özel sektörün, kamu sağlık alımlarına yönelik başlıca eleştirileridir.

Sağlık Bakanlığının 2019-2023 Yılı Stratejik Planı'nda, On Birinci Kalkınma Planı'nda yer alan tedarik hedeflerine yer verilmiştir. Bu çerçevede tedarik zincirinin etkinliğini ve sürdürülebilirliğini sağlamak için uçtan uca yönetim yapısı oluşturulması; ihtiyaç planlaması, satın alma, sipariş, stok, lojistik ve sözleşme yönetimi alanlarında hukuki düzenlemeler ve bilişim altyapısı çalışmaları yapılması hedefler olarak ortaya konulmaktadır. Ayrıca sağlık market çalışmaları kapsamında sağlık kuruluşlarında sık tüketilen ve temininde güçlük yaşanan malzeme gruplarında alternatif alım yöntemleri ile edinme maliyetleri

³³ Büber, s. 6.

düşürüleceği ifade edilmektedir.³⁴ Maliyet avantajı sağlamak amacıyla Tedarik Paylaşım Platformu ve tedarik zinciri iyileştirme çalışmaları Stratejik Plan'da 29'uncu tedbir olarak yer almaktadır.

Kamu alım sistemlerinde idareler için mal veya hizmet alımı gerçekleştiren veya kuruluşlar adına ihale veya çerçeve anlaşma yapan "merkezi satın alma kuruluşları" bulunmaktadır. Türkiye'de Devlet Malzeme Ofisi merkezi satın alma kuruluşudur. 2018 yılı itibariyle Sağlık Bakanlığı ile Devlet Malzeme Ofisi (DMO) Genel Müdürlüğü arasında "Sağlık Market" uygulamasının hayata geçirilmesi konusunda protokol imzalanarak marketin hayata geçirilmesiyle birlikte DMO'nun tıbbi cihaz ve tıbbi sarf malzemesi alımlarında rolü artmaya başlamıştır.

Sağlık Bakanlığında satın alma faaliyetleri hastane, İl Sağlık Müdürlüğü ve Bakanlık merkezi olmak üzere temelde üç farklı düzeyde yürütülmektedir. Hastane düzeyindeki satın alımlar, daha çok acil ihtiyaç temelli iken, İl Sağlık Müdürlüğü ve Bakanlık düzeyi, uzun vadeli ve merkezî satın alma çerçevesinde yapılmaktadır. Sağlık Bakanlığının merkezî satın alma payının kontrollü olarak artırılmasının, toplam cihaz ve sarf malzeme maliyetlerinin aşağı çekilmesinde etkili olacağı ifade edilmektedir.³⁵

Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerdeki tıbbi hizmet alımlarının bir kısmı için Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğünden merkezi izin alınmasına yönelik düzenleme yapılmıştır. Bunu hizmetlerin planlaması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlayacak bir tedbir olarak değerlendirebiliriz.

4734 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde, "açık ihale usulü", "belli istekliler arasında ihale usulü" ve "pazarlık usulü" olmak üzere üç ihale usulü öngörülmüştür. Bu maddede 30/7/2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle "doğrudan temin" yöntemi bir ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Sağlık kuruluşlarınca 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (f) bentleri kapsamında ilan yapılmaksızın en az üç firma davet edilerek pazarlık usulüyle gerçekleştirilen ihalelerde davet edilmeye yönelik nesnel ölçütler olmadığı ifade edilmekte ve bu husus şikâyete konu olmaktadır.

Sağlık Bakanlığı, en çok ihale işlemleri en çok itirazın şikâyet başvurusuna konu olan bakanlıktır. 2018 yılında Kamu İhale Kurumuna yapılan 2.117 itirazın şikâyet başvurusunun 410 (%19,37) adedi Sağlık Bakanlığının ihalelerine yöneliktir.³⁶ 2019 yılında ise Kamu İhale Kurumuna 1.767 adet itirazın şikâyet başvurusu yapılmış olup bunlardan 323 (%18,28) adedi Bakanlığın ihalelerine yöneliktir.³⁷

³⁴ *Sağlık Bakanlığı 2019-2023 Stratejik Planı*, Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2019, s. 41.

³⁵ s. 142.

³⁶ *Kamu Alımları İzleme Raporu - 2018*, Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2019, s. 32.

³⁷ *Kamu Alımları İzleme Raporu -2019*, s. 31.

2018 yılında ihalelere katılmaktan yasaklı firma sayısı 8.679 olup, bunlardan 942 adeti Sağlık Bakanlığınca yasaklanmıştır. Yasaklama sayısı 984 olan İçişleri Bakanlığından sonra en çok yasaklama işlemi tesis eden ikinci bakanlıktır.³⁸ 2019 yılında Sağlık Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığından sonra en çok ihalelerden yasaklama kararı veren yine ikinci bakanlıktır. İhalelerden yasaklı toplam firma sayısı 8.470 adet olup Sağlık Bakanlığınca yasaklanan firma sayısı 1.001 adettir.³⁹

Sağlık sektörüyle ilgili mal ve hizmet alımı ihalelerinde sıklıkla şikâyet konusu olan hususlar bulunmaktadır. Başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere sektör paydaşlarının bu hususları inceleyerek uygulamayı yönlendirici kararlar alması önem taşımaktadır. 4734 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık on yedi yıl geçmesine rağmen benzer ihaleler için uygulama birliğini sağlayacak ihale dokümanlarının oluşturulamaması ve ihalelerin iptaline yol açan hususların ihale dokümanında tekrar tekrar yer alması, sorun olarak varlığını korumaktadır.

Sağlık Bakanlığı tarafından 2019 yılında gerçekleştirilen alımların toplam tutarı 19.195.139.000 TL'dir. 4734 sayılı Kanun kapsamında 8.896 adet ihale gerçekleştirilmiş olup sözleşme tutarı 18.116.492 TL'dir. İstisnalar kapsamında 31 adet alım yapılmış olup sözleşme tutarı 519.195.000 TL'dir. Doğrudan temin ile yapılan alımların sayısı ise 42.596 olup bu alımların tutarı 559.452 TL'dir.⁴⁰ Ancak doğrudan temin ile yapılan tüm alım tutarlarının Kamu İhale Kurumuna bildirilmediği ve bu nedenle tutarın düşük olduğu görüşündeyiz.

A. SAĞLIK HİZMETİ SUNAN İDARELERİN MAL ALIMLARI

Sağlık hizmeti sunan idareler 4734 sayılı Kanun'unda düzenlenen ihale usullerine göre mal alımları gerçekleştirdikleri gibi doğrudan temin yöntemi ya da istisna kapsamında da mal alımları yapmaktadır. 4734 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen mal alımı ihalelerine ilişkin esas ve usuller Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir.

Sağlık kuruluşlarınca alımı gerçekleştirilen belli başlı mallar şöyle sıralanabilir:

- a) Sağlık sektörüyle ilgili ilaç ve cihaz alımları,
 - a.1) İlaç, serum, anti-serum, aşı, kan ve kan ürünleri,
 - a.2) Tıbbi cihazlar,
 - a.3) Tıbbi sarf malzemesi,

³⁸ *Kamu Alımları İzleme Raporu -2018*, s. 34.

³⁹ *Kamu Alımları İzleme Raporu -2019*, s. 34.

⁴⁰ *Kamu Alımları İzleme Raporu -2019*, s.13.

- a.4) Kit alımı ile birlikte kit karşılığı geçici olarak cihaz temini,⁴¹
- a.5) Ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri,
- a.6) Dişçilikle ilgili cihaz ve malzemeler,
- a.7) Ambulans,
- a.8) Hasta yatağı.
- b) Sağlık sektörüyle doğrudan bağlantısı olmayan alım konusu mallar şunlardır:
- b.1) Hastane mobilyası,
- b.2) Bilgisayar ve diğer bilişim donanımları,
- b.3) Fotokopi makinesi, telefon, telefon santrali, faks cihazı, ciltleme ve laminasyon makineleri gibi büro malzemeleri,
- b.4) Deterjan, kağıt havlu, tuvalet kağıdı, çöp torbası, çöp kovası ve benzeri temizlik ürünleri,
- b.5) Televizyon, çamaşır makinesi ve diğer elektronik beyaz eşyalar,
- b.6) Akaryakıt,
- b.7) Elektrik,
- b.8) Sağlık personeli için giysi ve diğer tamamlayıcı aksesuarlar,
- b.9) Kalem, silgi, kağıt, toplu iğne, raptiye gibi kırtasiye malzemeleri,

Bina temizliği, ziyaretçi yönlendirme ve özel güvenlik hizmeti gibi personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinin sona ermesiyle temizlik malzemeleri ve personel kıyafeti alımlarının sayısı ve tutarında artış olmuştur.

İdarelerin sağlık hizmetleriyle ilgili tıbbi cihaz ya da ilaç alımlarına yönelik itirazın şikâyet başvuruları incelendiğinde başvuruların şu konularda yoğunlaştığı görülmektedir:

- a) Teknik şartnamelerin belirli bir marka ve model esas alınarak hazırlanması,
- b) Ürün Takip Sistemine (TİTUBB) ilişkin belgelerin yanlış istenmesi ya da belgelerin yanlış değerlendirilmesi,
- c) Numune değerlendirmesi ve demonstrasyon işlemlerinde yapılan hatalar,

⁴¹ Kamu İhale Genel Tebliği'nde Tebliğ'de kit alımı ile birlikte kit karşılığı geçici olarak cihaz temini ihalesi, "kitlerin teslim programına uygun olarak idareye teslim edilmesi ile bu kitlerin tahlil edildiği cihazların sözleşmede belirtilen süre boyunca idarenin laboratuvarında kurulu bulundurulması ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen diğer yükümlülükleri yerine getirmesi olarak" tanımlanmaktadır. Sağlık Bakanlığının çeşitli düzenlemelerinde "Kit Karşılığı Cihaz Edinme Uygulaması" tabiri veya "Kit veya Sarf Karşılığı Cihaz Kullanma Uygulaması" ifadeleri kullanılmaktadır.

ç) İhale komisyonunca ihale mevzuatına aykırı değerlendirme ve işlem yapılması,

d) İhale üzerinde bırakılan isteklinin teklif ettiği ürünün teknik şartname kriterlerini karşılamaması,

e) İsteklinin teklif ettiği malın teknik şartnamedeki kriterleri sağlamadığı gerekçesiyle teklifinin değerlendirme dışı bırakılmasına karşı itiraz,

f) İhale üzerinde bırakılan isteklinin idari şartnamedeki yeterlik kriterleri sağlamaması.

Sağlık kuruluşlarınca gerçekleştirilen mal alımlarında, yerli malı ürünlerin tercih edilmesine yönelik talepler yapılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 63'üncü maddesine göre mal alımı ihalelerinde yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanabilir. Ancak Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak orta ve yüksek teknolojlili sanayi ürünleri arasından belirlenen ve Kurum tarafından ilan edilen listede yer alan malların ihalelerinde, yerli malı teklif eden istekliler lehine %15 oranında fiyat avantajı sağlanması mecburidir. Yayımlanan orta ve yüksek teknolojlili ürünler listesinde tıbbi cihazlar da yer almaktadır. Teklif edilen malın yerli malı olduğu, bu usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen Yerli Malı Belgesi ile belgelendirilmektedir. Belge, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine (TOBB) bağlı ilgili Oda/borsa veya Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonuna (TESK) bağlı ilgili Esnaf veya Sanatkarlar Odası tarafından düzenlenmektedir.

Kamu ihalelerinde teklif fiyatların gerçekçi olarak oluşması ve yüklenicilerin taahhütlerini sorunsuz olarak yerine getirmesi için ödeme tarihlerinin açık olarak düzenlenmesi ve bu düzenlemelere uygun olarak ödemelerin yapılması önem taşımaktadır. 2005 yılı sonrası özellikle Sağlık Bakanlığına bağlı idarelerce mal alımlarında yüklenicilere ödemeler daha düzenli yapılmaya başlanmıştır. Buna karşılık üniversite hastaneleri tarafından tıbbi cihaz ve ilaç alımlarında sözleşme bedellerinin yüklenicilere zamanında ödenmemesi; ödemelerin iki veya üç yıl sonra yapılması en çok şikâyet edilen hususların başında gelmektedir.

B. SAĞLIK HİZMETİ SUNAN İDARELERİN HİZMET ALIMLARI

Kamu idareleri süreç içerisinde farklı nitelikteki hizmetleri dış aktörlerden temin etmeye yönelmişlerdir. Bu çerçevede bir kamu örgütünün daha önce kendi teşkilat yapısı içinde kendi personeli eliyle yerine getirdiği hizmetleri ihale etmesi ya da diğer kamu örgütlerinden ihale yöntemine başvurmadan temin ettiği ihtiyaçları ihale yoluyla sağlamaya yönelmesi veya teknolojik gelişmeler çerçevesinde ortaya çıkan bir hizmet ihtiyacının dış aktörlerden sağlanmasının

benimsenmesi, kamu örgütlenmesi ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesini etkilemektedir.

Kamu örgütlerinin hizmet alımı ihalelerine yönelmesi, özel sektör işletmelerinin dış kaynak kullanımına (*outsourcing*) paralel bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Hizmetlerin ihale yoluyla özel sektörden temin edilmesine yönelik ortaya konulan gerekçeler, kamu yönetiminin piyasa yönelimli yapılanmasında ortaya konulan gerekçelerle paralellik taşımaktadır. Hizmet alım ihaleleri, hizmetleri daha ucuza sağlayacak ve özel sektörün dinamizmini kamu yönetimine aktaracak; kamu yönetiminde gerçekleştirilemeyen reform veya yeniden yapılanma sonucu ulaşılabilecek hedefleri kısa sürede sağlayacak bir yöntem olarak ortaya konulmuştur.

İdarelerin hizmet alımlarında 1980'lerin son yılları ve 2000'lerin ilk yılları ile 2017 yılı büyük dönüşüm dönemlerinin başlangıç yıllarıdır. 1980'li yılların sonunda, büyük illerdeki kamu örgütleri tarafından bina temizliği, personel taşıma hizmeti ile yemek hazırlama ve dağıtım hizmetleri ihale edilmeye başlanmıştır. Ankara Numune Hastanesi tarafından 1988 yılında gerçekleştirilen temizlik hizmet alımı ihalesi, hastanelerin "otelcilik hizmetleri" olarak adlandırılan hizmetlerinin ihale yoluyla temininin başlangıcı olmuştur.⁴² 2000'li yıllarla birlikte bilişim teknolojilerindeki gelişmeler çevresinde hastane bilgi yönetim sistemi ile yazılım ihalelerinin sayısı hızla artmıştır.

2002 yılı sonrasında özellikle Sağlık Bakanlığı ve üniversitelerde bütün hizmetlerin ve/veya bu hizmetlerde çalıştırılacak personelin ihaleler yoluyla sağlanabileceği düşüncesi egemen olmuştur. Kamu örgütlerince hangi hizmetlerin ihale konusu edebileceğine ilişkin hukuki bir açıklık bulunmaması nedeniyle süreç içerisinde ihale yöntemiyle temin edilen hizmet türü ve sayısı hızla artmıştır.

Hastaneler 2005 yılına kadar laboratuvar tetkik hizmetleri için kit alımı ihaleleri gerçekleştirmiştir. Bu ihalelerde kit ve kitlerin tahlilinin yapıldığı cihazlar temin edilmiş; tetkik hizmetleri ise idarenin doktor ve sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmiştir. 2005 yılından itibaren Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler, laboratuvar tetkik sonucu hizmet alımı ihalelerine yönelmiştir. Bu ihalelerde tetkik hizmetleri, yüklenicinin personeli tarafından gerçekleştirmekte ve tahlil raporları idareye sunulmaktadır.

İhale konusu hizmetler incelediğinde, tıbbi görüntüleme veya laboratuvar sonuç hizmeti alımı hizmetleri doğrudan sağlık hizmeti niteliğindedir. Bu niteliğiyle bina temizliği ve ziyaretçi yönlendirme hizmetleri gibi destek hizmetlerinden ayrılmaktadır.

⁴² Bina temizliği, haşerelere karşı ilaçlama hizmeti, yemek hazırlama ve dağıtım ile bulaşıkların yıkanması, veri hazırlama ve hastane bilgi yönetim sistemi işletmeciliği, çamaşırhane hizmetleri, ziyaretçi yönlendirme, özel güvenlik, ısıtma ve soğutma sistemlerinin bakım, onarım ve işletilmesi gibi hizmetler otelcilik hizmetleri olarak adlandırılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'a tâbi idarelerce, Kanun kapsamında gerçekleştirilen önemli hizmet alım ihalelerinden biri de yemek hizmeti alım ihaleleridir. 1980'lerin son yıllarına kadar idareler tarafından kendi mutfaklarında kendi personeliyle yemek üretimi gerçekleştirilmiştir. Ancak bu yıllarda ekonomik politikadaki değişim çerçevesinde idareler yemek hizmet alımı ihaleleri gerçekleştirmeye başlamışlardır. Bu ihaleler; ihaleye teklif veren isteklilerce kendi mutfaklarında yemeğin üretimi ve yemeğin idarenin yemekhanesinde servisinin sağlanması; idarenin mutfağında isteklilerce sağlanan malzeme ile yemeğin üretimi ve idarede servisinin sağlanması; idarenin mutfağında idarece sağlanan malzeme ile isteklice yemeğin üretimi ve servisinin sağlanması çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Sağlık kuruluşlarınca yemek hizmet alımı ihaleleri sürdürülmektedir. Ancak zaman zaman alım konusu yemeklerin kalitesi şikâyete konu olabilmektedir.

696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname öncesi sağlık kuruluşlarının ağırlıklı olarak personel çalıştırılmasına dayalı hizmet olarak adlandırılan bina temizliği, özel güvenlik hizmeti, ziyaretçi yönlendirme teknik bakım ve onarım için personel temini en çok ihalesi yapılan hizmetlerdir.⁴³ Ayrıca yemek hazırlama ve dağıtım hizmeti, personel servis hizmeti, tıbbi cihaz bakım ve onarım ihaleleri de hem sayısal hem de sözleşme tutarı olarak yüksek ihalelerdir. Ayrıca idareler özellikle 2010 yılı sonrasında farklı hizmetleri birleştirerek tek bir ihale kapsamında temin etmeye yönelmişlerdir. Sağlık hizmetleri için hava ambulansı kiralanması ihalelerinin sayısı az olmakla birlikte sözleşme bedeli yüksek ihalelerdir.

Bina ve kent temizliği, ziyaretçi yönlendirme ve özel güvenlik gibi işgücünün yoğun olarak kullanıldığı hizmetlerde, üretim kapasitesinin sermaye birikimine bağımlılığının görece zayıf olması sebebiyle bu sektörlerde çok sayıda işletme faaliyette bulunmaktadır. İşletme sayısının fazla olması ve düşük ücretle personel çalıştırma olanağının bulunması nedeniyle personel ağırlıklı hizmet alımı ihalelerinde yoğun bir rekabet yaşanmıştır. Bu ihalelerin sözleşmelerinin uygulanması aşamasında çalıştırılan personelin ücretlerinin zamanında ve tam olarak ödenmemesi en sık duyulan şikâyetler olmuştur. Çalıştırılan personelin hizmet içi eğitime tâbi tutulmaması veya ihale konusu hizmetle ilgili yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmaması özellikle sağlık kurumlarındaki temizlik hizmetlerinin yürütülmesinde önemli sorunlar ortaya çıkarmıştır.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinde, ihale üzerinde bırakılan isteklinin teklifinin aşırı düşük teklif olduğu veya tekliflerin aşırı düşük teklif olması sebebiyle değerlendirme dışı bırakılmasının mevzuata uygun olmadığı, şikâyet ve itirazın şikâyet

⁴³ İdareler temizlik hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde sadece bina temizliği ihtiyaçlarını değil, "fotokopi çekilmesi", "çay hazırlanması ve dağıtılması", "sekreterlik" gibi destek hizmetlerini de sağlamıştır.

başvurularında en sık yer alan iddialar olmuştur. Kamu İhale Kurumu, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım ihalelerinde tekliflerin oluşturulması ve aşırı düşük teklifin belirlenmesinde idarelere ve isteklilere yardımcı olmak üzere “İşçilik Hesaplama Modülü”nü geliştirerek, Kurumun internet sayfasında tarafların yararlanmasına sunmuştur. Bu modül, süreç içerisinde küçük değişikliklere uğramıştır.

Türkiye’de kamu personel rejimine ilişkin temel düzenleme olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Tesis edilen sınıflar” başlıklı 36’ncı maddesinin “yardımcı hizmetler” sınıfını düzenleyen (VIII) numaralı bendinde 1988 yılında yapılan değişiklik ile “*Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür.*” paragrafı eklenmiştir. Bu maddede diğer değişiklik ise 2003 yılında “sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfını” düzenleyen (III) numaralı bendinde yapılmıştır. Yapılan değişiklik ile “*Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.*” paragrafı eklenmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından yukarıda anılan değişiklikten sonra “Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller” hazırlanmıştır.⁴⁴ Esas ve Usullerin “Amaç” başlıklı 1’inci maddesinde, düzenlemenin amacının Bakanlığa bağlı bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile tüm yataklı tedavi kurumların, bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla lüzumu halinde, sağlık hizmetlerinin satın alma yoluyla gördürülmesine dair esas ve usulleri belirlemek olduğu hüküm altına alınmıştır. Esas ve Usuller’de “hizmet”, “*657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda tanımlanan sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken sağlık hizmetleri*” olarak tanımlanmıştır.

Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi tarafından Esas ve Usuller ile Denizli Devlet Hastanesince gerçekleştirilen “2004 yılı (4 aylık) Psikiyatri Uzmanı, Onkoloji Uzmanı, Çocuk Psikiyatri Uzmanı, Alerji Hastalıkları Uzmanı Hizmetleri” ihalesi ve Teknik Şartnamesinin iptali istemiyle Sağlık Bakanlığına karşı Danıştay’da iptal davası açılmıştır. Ayrıca sözü edilen düzenlemenin dayanağı olan yasal düzenlemenin, Anayasanın 2’nci, 10’uncu ve 128’inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesi isteminde bulunulmuştur.⁴⁵ Danıştay Beşinci Dairesi Anayasa’ya aykırılık savını ciddi bularak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.⁴⁶

⁴⁴ Esas ve Usuller, 5/5/2004 tarihli ve 25453 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁵ Başvuruda “sağlık hizmetinin, kamu sağlık personeline değil, bir kısım tacirlerin işçisi durumuna getirilecek sağlık çalışanlarına gördürüleceği, bu şekilde çalıştırılacak

Anayasa Mahkemesi başvuruya ilişkin olarak 22/11/2007 tarihli ve E: 2004/114, K: 2004/85 sayılı Kararı ile iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁴⁷ Bu kararda kamu hizmeti “devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler” olarak tanımlanmakta, sağlık hizmetlerinin niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı bir hizmet olduğu belirtildikten sonra Anayasa’nın 47’nci maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organının yetkili kılındığı vurgulanmaktadır. Anayasa’nın 47’nci ve 128’inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesinin olanaklı olmadığı; sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği ifade edildikten sonra, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesinin olanaklı olduğuna karar verilmiştir. Daha önceki yargı kararlarında memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilecek hizmetlerde, “hizmetin asli ve sürekli” niteliğine vurgu yapılmasına karşın Mahkeme kararında bir hizmetin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesinin koşulu

hekimler ile diğer sağlık personelinin, çalışanlara tanınan güvence ve haklardan yoksun olacağı, iki farklı istihdam pazarı ve iki farklı hukuk düzeninin ortaya çıkacağı, düzenlemenin, kazanç amaçlı emek ve insan ticareti yapılması olanağı getirdiği, bu durumun hukuk devletinin yurttaşlarına hukuk güvenliği sağlaması gerekliliğine aykırı olduğu, bu nedenle anılan yasal düzenlemenin Anayasanın 2, 10 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu” ileri sürülmüştür.

⁴⁶ Danıştay Beşinci Dairesinin başvuru kararının gerekçe bölümünde şu görüşler ifade edilmiştir:

“...Anayasanın bu hükmünden, sağlık hizmetlerinin toplumun genel ve ortak ihtiyaçları kapsamında ele alındığı ve bu hizmetlerin bir kamu hizmeti olarak nitelendirildiği açıkça ortaya çıkmaktadır...

Sağlık Bakanlığının doğrudan, genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu sağlık hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesi de, Anayasanın 128 inci maddesinin gereğidir...

Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda istihdam şekilleri, Anayasanın 128 inci maddesinin anılan hükmüne paralel biçimde düzenlenmiş; 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında ‘Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.’ hükmüne yer verilmiş; 5 inci maddesinde de, dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılması yasaklanmıştır.

657 sayılı Yasanın 36 ncı maddesine 4924 sayılı Yasanın 11 inci maddesiyle eklenen hüküm ise, Anayasanın ‘Kamu hizmeti görevleriyle ilgili hükümler’ başlıklı 128 inci maddesinde öngörülmeleyen bir istihdam şeklini düzenlemekte; idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü sağlık hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi şeklinde dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsemektedir.”

⁴⁷ Bu Karar, 24/12/2007 tarihli ve 26736 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

olarak o hizmetin “*genel idare esaslarına göre yürütülmesinin zorunlu olması gerektiğine*” vurgu yapılmaktadır. Ancak kararda genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmetlerin nasıl belirleneceğine yönelik bir tartışma yapılmadığı dikkat çekmektedir.

Danıştay Beşinci ve Onüçüncü Daireleri 5/12/2007 tarihli ve E: 2004/4439, K: 2007/6598 sayılı Kararı ile Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usullere yönelik başvurunun reddine; Denizli Devlet Hastanesinin başvuruya konu hizmet alım ihalesi ile bu ihaleye ilişkin düzenlenen Teknik Şartnamenin iptaline karar vermiştir.

Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında, 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yeni bir döneme girilmiştir.⁴⁸ Yapılan düzenleme ile idarelerin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde hizmet alımı yapamayacağı hüküm altına alınmıştır.⁴⁹ Yapılan düzenleme ile personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı sözleşmeleri kapsamında çalışan personel belirli koşulları yerine getirmesi şartıyla sürekli işçi kadrosunda idarelerde istihdam edilmeye başlanmıştır.

SONUÇ

Kamu sağlık kuruluşlarının gerçekleştirdikleri alımların sayısı ve bu alımlara yönelik harcama tutarı giderek artmaktadır. Bu kuruluşların ihale yoluyla gerçekleştirdikleri alımlar, dönemin hâkim ekonomik ve siyasal yaklaşımından dolayı veya doğrudan etkilenmektedir. Ülkemizde kamu sağlık kuruluşlarının alımlarına yönelik politika ve strateji oluşturma girişimlerinin başarılı olabilmesi için farklı kamu örgütlerinin eşgüdüm ve işbirliği içerisinde hareket etmesi zorunludur. Ayrıca kamu sağlık alımlarında kamu kaynaklarının verimli kullanılabilmesi ve ihtiyaçların zamanında karşılanabilmesi için etkin bir kamu alım sisteminin kurulması gerekmektedir.

Kamu alımlarına yönelik sektörel toplantılarda özellikle üniversite hastanelerinde görevli akademik personel, mevcut kamu alım düzenlemelerinin kendi alımlarına uygun olmadığı görüşünü ifade etmektedir. Tıbbi cihaz ve sarf malzemesi alımları, “nevi şahsına

⁴⁸ 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/12/2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁹ 4734 sayılı Kanun’un 62’nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin 2 numaralı alt bendinde personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı, “ihale konusu işte çalıştırılacak personel sayısının ihale dokümanında belirlendiği, bu personelin çalışma saatlerinin tamamının idare için kullanıldığı, yaklaşık maliyetinin en az %70’lik kısmının asgari işçilik maliyeti ile varsa aynı yemek ve yol giderleri dahil işçilik giderinden oluştuğu ve niteliği gereği süreklilik arz eden işlere ilişkin hizmet alımları” olarak tanımlanmaktadır.

münhasır” alımlar olarak görülmektedir. Bu ise kamu alımlarına ilişkin bütün düzenlemeleri reddetme şeklinde bir yaklaşım tarzını ortaya çıkarabilmektedir. Kamu örgütlerindeki üst düzey yöneticiler ile kariyer meslek sahibi personelin, kamu alım mevzuatına ilişkin bilgi düzeyinin artırılması gerekmektedir.

Kamu alım kurallarının karmaşıklığı, kamu alım örgütlenmesinde istenilen etkin yapının kurulamaması, kamu alım işlerini yürüten personelin profesyonelleşememesi, kamu idarelerinin ihtiyaçlarını zamanında belirleyememesi, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında etkin bir muayene ve kabul komisyonunun kurulamaması, isteklilerin ihale sürecinde rekabeti engelleyici şekilde aralarında gizli anlaşmalar yapmaları; kamu sağlık alımlarındaki sorunların en önemli sebepleridir.

Kamu sağlık alımlarında, orta ve yüksek teknoloji sanayi ürünleri listesinde yer alan tıbbi cihazların ihalelerinde yerli malına fiyat avantajı tanınması zorunludur. Alımlarda yerli malı tercih edilmesine yönelik tüm yaklaşımlara karşın tıbbi cihaz alımlarında yerli malı teklif eden istekliler aleyhine sonuçlar doğuran düzenlemeler yapılmaya devam edilmektedir. Bu düzenlemeleri örnekleyecek olursak en yaygın olanı, mal alım ihalelerinde “mesleki ve teknik yeterlik kriteri” olarak yabancı kalite belgelendirme kuruluşlarının belgelerinin istenilmesi ya da ABD’de malların piyasaya arzı için yetkili otoriteden Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (U.S. Food and Drug Administration /FDA) alınan belgelerin istenilmesidir.

Sağlık kuruluşlarında 80’li yılların sonuna kadar yardımcı hizmet sınıfları tarafından yerine getirilen temizlik ve yemek hizmetlerinin ihale yolu ile temin edilmesiyle başlayan süreç, 2000’li yıllarla birlikte bu nevi hizmetlerin türü, sayısı ve sözleşme tutarlarında da hızlı bir artışı beraberinde getirmiştir. Tıbbi görüntüleme ve laboratuvar tahlilleri gibi doktor ve yardımcı sağlık personeli tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinin ihale yoluyla temin edilmesi yeni bir dönemin başlangıcı olmuş, idareler tanımlanmış hizmet alımı ihalelerinden ziyade personel teminine dayalı hizmet alımı ihaleleri gerçekleştirmiştir. Ancak 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile idarelerin personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde hizmet alımı yapamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Türkiye’de kamu personel rejimi ile kamu maliyesini ve kamu alımlarını düzenleyen mevzuatta kamu alım işlerini gerçekleştirecek personelin sahip olması gereken nitelikler konusunda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sağlık Bakanlığında tedarik sistemine yönelik oluşturulan birimler, kamu sağlık alımlarında profesyonelleşmeye katkı sağlayacak bir gelişmedir. Kamu sağlık alımlarında elektronik ihalelerin yaygın olarak kullanılması ihale sürecinde şeffaflığın ve kamuoyu denetiminin sağlanması ile katılımın artırılmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Bös, Dieter, *Bureaucrats and Public Procurement*, CESifo Working Paper, Munich, 2001. (et: 1/5/2020)

Büber, Bülent, Yeni Bir Çatışma Alanı: Kamu Alımları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı, Ankara, 2008.

Büber, Bülent, *Sağlık Sektörü İhale Rehberi*, TUMDEF Yayınları, Ankara, 2013.

Büber, Bülent, “Sağlık Hizmeti Sunan İdarelerin Teşhis ve Tedaviye Yönelik Olarak Birbirlerinden Yapacakları Mal ve Hizmet Alımları”, İdari ve Mali Mevzuat Dergisi, S. 157, Ekim 2013, ss. 13-16.

“Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA)”, Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 442-443, 2006, ss.46- 47.

On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Ankara, 2019.

Kamu Alımları İzleme Raporu – 2018, Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2019.

Kamu Alımları İzleme Raporu-2019, Kamu İhale Kurumu Kurumsal Gelişim ve Araştırma Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2020.

Sağlık Bakanlığı 2019-2023 Stratejik Planı, Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2019.

Sağlık İstatistikleri Yıllığı – 2018, Editörler: Basara, Berrak B. / Çağlar, İrem S. / Aygün, Asiye vd, Sağlık Bakanlığı Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019.

Sarı, Nil, “Tıp – Osmanlı Dönemi”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, C. 41, İstanbul, 2012, ss. 101-111.

Tekeli, Doğan, “Cumhuriyetin Binaları”, Türkiye Mühendislik Haberleri, S. 442-443, 2006, ss.30-63.

Terzioğlu, Arslan, “Bîmârîstan”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 6, TDV Yayınları, İstanbul, 1992, ss. 163-178.

Thai, Khi V., “Public Procurement Re-Examined”, Journal Of Public Procurement, C. 1, S. 1, 2001, ss. 9-50.

“ŞUHÛDÜ'L HÂL”İN TARİHSEL GELİŞİMİ VE OSMANLI DEVLETİNDEKİ FONKSİYONU

Historical Development Of "Şuhûdü'l Hal" And Its Function In The Ottoman Empire

Arş. Gör. Merve Nur ÖZTÜRK*

Özet: Çalışmada “şuhûdü'l hâl” in tarih boyunca üstlendiği fonksiyonların Osmanlı yargılama hukukuna yansımaları ele alınmıştır. İlk olarak “şuhûdü'l hâl” kavramı üzerinde durularak “şuhûdü'l hâl” in benzer kavramlardan ayırt edilmesi amaçlanmıştır. Müessesenin teşekkülünde etkili olan nedenler ortaya konulmaya gayret edilmiştir. Geçmişte “şuhûdü'l hâl” ile benzer görevleri ifa eden heyetler hakkında bilgi verilmiş, böylelikle müessesenin tarihsel gelişimi aktarılmıştır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde “şuhûdü'l hâl” in ihtiyaçlara bağlı olarak üstlendiği çeşitli fonksiyonlara değinilmiştir.

Osmanlı yargı teşkilatında ise eskiden “şuhûd/şuhûdü'l udûl” e ait olan işlevlerin farklı görevlere bırakıldığı görülmektedir. “Şuhûdü'l hâl” in fonksiyonları önceki uygulamalara kıyasla daha sınırlı ve spesifik bir hâl almıştır. Makalenin amacı “şuhûdü'l hâl” in Osmanlı uygulamasındaki farklılıklara dikkat çekmektir. Müessesenin Osmanlı yargılama hukukundaki fonksiyonlarının ayırt edilmesine çalışılmıştır. “Şuhûdü'l hâl” in mahkemede hazır bulunarak yargılama faaliyetine ve diğer hukukî işlemlere şahitlik ettiği bilinmektedir. Bu sayede “şuhûdü'l hâl” yargılamada ahenliği sağlamakta, “kadı” nın hüküm verirken bağımsız ve tarafsız hareket etmesinde etkili olmaktadır. Yargılamanın hukuka uygunluğunun dolaylı denetimini sağladığını söylemek mümkündür. Müessesenin Osmanlı hukukunda üstlendiği fonksiyonların yargılamanın temel ilkelerine ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: “şuhûdü'l hâl”, aleniyet, tarafsızlık, denetim, şahitlik

Abstract: In this study, the reflection of the functions throughout the history of “şuhûdü'l hâl” to Ottoman judicial law was discussed. The concept of “şuhûdü'l hâl” was emphasized at first and it was intended to be distinguished from similar concepts. Efforts were made to reveal the reasons that had effectuated in the establishment of the institution. Information was given about the delegations that had been performing similar to the “şuhûdü'l hâl” in the past. In this way, the historical development of the institution was conveyed. In the historical development process, various functions of “şuhûdü'l hâl” undertaken depending on the needs were mentioned.

In the Ottoman judicial organization, it is seen that the functions belonging to şuhûd/şuhûdü'l udûl were left to different officials. The functions of “şuhûdü'l hâl” became more limited and specific compared to previous applications. The aim of the article is point to the differences in the Ottoman practice of “şuhûdü'l hâl”. It was tried to distinguish the functions of the institution in Ottoman judicial law. It is known that “şuhûdü'l hal” was present at the court and witnessed the judicial activity and other legal procedures.

In this way, “şuhûdü'l hâl” provides publicity in the judgment and it is effective for “kadı” to act independently and impartially while making judgments. It is possible to say that “şuhûdü'l hâl” provides indirect control of the lawfulness in judicial process. It is concluded that the functions assumed by the institution in Ottoman law are related to the basic principles of judgment.

Keywords: “şuhûdü'l hâl”, publicity, impartiality, supervision, testimony

* Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
mervenur.k@hotmail.com, ORCID ID: 0000 0002 3998 3716
Makale Geliş Tarihi: 04/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 12/06/2020

GİRİŞ

Osmanlı Devleti gerek devlet teşkilatını gerekse adli teşkilatını yapılandıırken önceki İslâm ve Türk devletlerinin uygulamalarını ve tecrübelerini göz ardı etmemiştir. Özellikle ilk dönemlerde Osmanlı adli teşkilatı Abbasilerle birlikte Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerinin adli yapısının yeniden şekillendirilmesi ve geliştirilmesiyle vücut bulmuştur.¹ Şeyhülislâmlık müessesesinin etkisinin hızla arttığı Kanunî dönemine kadar ilmiye sınıfının ve yargı teşkilatının başı olarak varlığını sürdüren kazaskerlik makamı bu hususta örnektir.²

Önceki İslâm ve Türk devletlerinde görülen kâdilkudatlık müessesesinin devamı olarak faaliyet gösteren kazaskerler kadıların ve müderrislerin tayin ve azillerinde yetkili olmuşlar, aynı zamanda Divan-ı Hümayun'da, sadrazam konağında düzenlenen Huzur Murafaalarında (Cuma Divanı) ve kendi konaklarındaki divanlarında davalara bakmışlardır.³ Osmanlı adli teşkilatı içerisinde yargılama faaliyetinin yürütülmesinde en önemli rol şüphesiz önceleri kazaskerlerin, daha sonra ise şeyhülislâmların önerisi üzerine atanan kadılarına ait olmuştur. Esasen hükümdara ait olan ihtilafları halletme yetkisini vekâleten kullanan kadılar idarî ve ilmî vazifelerin yanı sıra asıl olarak hukukî meselelerin çözümünde ve adaletin tesisinde görevlendirilmiştir.⁴

¹ Cin, Halil / Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2018, 10. Baskı, s.161-162; Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Yayınları, Ankara, 2011, 15.Bası, s.191; Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi, Konya, 2017, 6.Bası (Güncelleştirilmiş), s.129.

² Ebussuud Efendi'nin şeyhülislâm olmasıyla birlikte makamın itibarı hızla yükselmiştir. Hazırladığı tefsirin padişaha takdimi üzerine, maaşına yapılan artışla aldığı günlük maaş kazaskerlik maaşından yüksek bir seviyeye gelmiştir. Aynı dönemde üst düzey kadı ve müderrislerin tayini hususunda kazaskerlerin yetkisi sınırlandırılarak, şeyhülislâm arzı usulü yerleşmiştir. Kazaskerlik makamının Rumeli ve Anadolu olmak üzere ikiye ayrılmasıyla birlikte de şeyhülislâmlık ilmiye sınıfı içerisinde yükselişe geçmiştir. Şentop, Mustafa, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2005, s.49-50; Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, 3.Baskı, s.177-180.

³ Ortaylı, İlber, *Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, 3.Baskı, s.233; İpşirli, Mehmet, "Osmanlı Devletinde Kazaskerlik (XVII.yüzyıla kadar)", *Bellekten*, C.61, S.232, 1997 Aralık, s.683-695; Şentop, 2005, s.111-140.

⁴ İslâm adliye teşkilatının temelleri Hz. Peygamber döneminde atılmış, davalar devlet reisi sıfatıyla Hz. Peygamber tarafından çözülmüştür. İslâm topraklarının genişlemesi ve kazâi işlerin çoğalmasıyla birlikte şer'î hükümleri iyi bilen, tarafların beyanlarını ve delillerini aklı selim ile değerlendirebilecek kimseler kadı olarak tayin edilmeye başlamıştır. Hz. Peygamber'den sonra halifeler de merkezde yargı görevini bizzat yürütmüşler, taşrada ise bu görevi valilere devretmişlerdir. Hz.Ömer devrinde ilk kez yargı, icradan ayrılmış, birçok vilayete adli ve kazâi işlerin yürütülmesi için kadılar tayin edilmiştir. Atar, Fahrettin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2019, 3.Baskı, s. 83-84; Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, 3.Baskı, s. 66,72. Osmanlı Devleti de İslâm hukukunun teşekkül ettiği ilk devirlerden itibaren tatbik edilen bu uygulamaya devam etmiştir.

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan Tanzimat dönemine kadar hukukî ihtilâfları nihayete erdirmek ve her türlü hakkı sahibine teslim etmekle görevli merci şer'iyye mahkemeleri olmuştur.⁵ Tek hâkimli bu mahkemelerde kazaî yetki ve sorumluluk kadıya ait olmakla birlikte kadılara görevlerini ifa ederken yardımcı olan çeşitli görevlilerin mevcut olduğu bilinmektedir.⁶ Bu görevliler arasında nâîp, kassam, kâtip, muhızır, mübaşir, tercüman, subaşı, çavuş ve şuhûdü'l hâlin sayılması mümkündür.⁷

Çalışmamızın konusunu teşkil eden şuhûdü'l hâlin pek çok yönden kadıya yardımcı diğer görevlilerden ayrıldığı ve üstlendiği fonksiyonlar bakımından birçok farklılığa haiz olduğu söylenebilir. Osmanlı yargılama hukukunun araştırılmasında birincil kaynak olan şer'iyye sicillerine bakıldığında, hukukî ihtilâflara ilişkin kadı kararlarında ve hukukî bir durumun tespitinden ibaret kayıtlarda şuhûdü'l hâlin varlığı açıkça görülmektedir. Sicillerde öncelikle kadı önüne gelen hadise anlatılmakta, ardından hüküm bildirilmekte, son kısımda ise tarih ve şuhûdü'l hâl ibaresi altında yargılama esnasında dinleyici olarak hazır bulunan veya huzurda gerçekleşen hukukî muameleye şahitlik eden kimselerin isimleri zikredilmektedir.⁸ Sicillerde kendine hususî bir yer edinmesi ve kişi isimlerinin açıkça yazılması şuhûdü'l hâlin yargılama sürecinde önemli bir rolü olduğuna işaret etmektedir.

Nâîp, kâtip, kassam, muhızır gibi kadı yardımcılarının görevlerini ve maaşlarını düzenleyen hükümler ilk dönem kanunnâmelerinde dahi mevcutken şuhûdü'l hâlin görev ve yetkilerine, maaşlarına ilişkin

⁵ Tanzimat dönemine kadar şer'iyye mahkemeleri dışında Divan-ı Hümayun, İkinci Divanı, kazasker ve defterdarların konaklarında kurulan divanlar, Ağa Divanı, Kaptan Paşa Divanı gibi çeşitli divanlarda da davalar görülmüştür. Ancak bu divanların tek veyahut öncelikli görevi dava dinlemek olmamış, bir kısmı ise askerî mahkeme fonksiyonu görmüştür. Aynı dönemde faaliyet gösteren cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin gördüğü davalar ise zimmilerin aile ve miras hukukuna ilişkin davalarıyla sınırlı kalmıştır. Cin/ Akyılmaz, 2018, s.175. Klasik dönemde hukukî uyuşmazlıkların çözümünde karşımıza çıkan bir diğer müessese ise muslihündür. Muslihün, tarafların kendi iradeleri ile, kadı onayı gerekmeksizin anlaşmalarını sağlamıştır. Kılınc, Ahmet, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihün: Osmanlı Arabuluculuğu", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.2, s.23.

⁶ Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 10.Baskı, s.78; Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, 5.Baskı, s.373.

⁷ Ekinci, 2017, s.376-377; Aydın, 2013, s.84-85; Cin / Akyılmaz, 2018, s.173-175; Avcı, 2017, s.138.

⁸ Saylan, Şenol, "Celâleddîn El-İmâdî'nin Ğurerü-ş-Şürût ve Dürerü's-Sümût Adh Eserinin Tahkik ve Tahlili", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2012, s.64-73; Akgündüz, Ahmet, *Şer'îye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1988, C.1, s.21; Taş, Hülya, "Osmanlı Kadı Mahkemesindeki "Şuhûdü'l Hâl" Nasıl Değerlendirilebilir?", Bilig, S.44, 2008 Kış, s.25; Bayındır, Abdulaziz, *İslâm Muhâkeme Hukûku*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2015, 2.Baskı, s.35.

doğrudan bir kanunî düzenleme ile şimdiye kadar karşılaşmamıştır.⁹ Bu durum öğretide şuhûdü'l hâlin yargılama sürecinde üstlendiği fonksiyonlara dair çeşitli yorumların gelişmesine sebep olmuştur. Şuhûdü'l hâlin mahkemelerde âdil karar verildiğine şahitlik eden, yargılama sürecinde aleniyetin sağlanmasına hizmet eden ve karara doğrudan müdahil olmayıp varlıklarıyla dolaylı olarak kadın adaleti tesis etmesinde etkisi olan kimseler olduğu görüşü yaygındır.¹⁰

Şuhûdü'l hâli konu alan çalışmalar müesseseyi çeşitli yönlerden incelemiştir. Bu çalışmaların birinde şuhûdü'l hâlin tarihi gelişimi ele alınmış, görev ve işleyişine değinilerek benzer müesseselerle mukayesesi yapılmış, İslâm yargılama hukukundaki yeri tespit edilmiş ve Osmanlı uygulamasına da değinilmiştir.¹¹ Bir diğer çalışmada şuhûdü'l hâlin kimlerden teşekkül ettiği ve bu kimselerin yargılama esnasında nasıl bir rol üstlendiği üzerinde durulmuştur.¹² Başka bir çalışmada ise Orta Çağ İslâm dünyasında şuhûdü'l hâle benzerlik arz eden heyetler incelenmiş ve Osmanlı mahkemelerindeki şuhûdü'l hâlin dava konusunun şahitlerinden ayırt edilmesi hususuna dikkat çekilmiştir.¹³ Araştırmaların genellikle müessesenin tarihi üzerinde yoğunlaştığı veya konuyu İslâm hukuku açısından ele aldığı görülmektedir. Şuhûdü'l hâli hukukî açıdan ele alarak Osmanlı yargılama hukukundaki yerine değinen çalışmalar da mevcuttur.¹⁴ Müessesenin yerine getirdiği işlevi yeniden değerlendiren bir diğer araştırma da dikkat çekmektedir. Araştırmada keşif heyetinde bulunan şuhûdü'l hâlin, aynı zamanda bilirkişilik görevini de ifa ettiği durumlarda yargılamanın seri bir şekilde gerçekleştirilmesinin yanı sıra yargılama faaliyetine de doğrudan katkı sağladığı ortaya konmaktadır.¹⁵

Bu çalışmada ise tarihî açıdan şuhûdü'l hâlin ortaya çıkışındaki etkenlerin izahıyla yetinilerek hukukî bakımdan müessesenin Osmanlı yargılama hukukunda üstlendiği fonksiyonlar üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda önceki benzer heyetler ile Osmanlı uygulaması arasındaki

⁹ Örneğin; Kanunnâme-i Osmânî'de Fî Rûsûm-i Kudât faslında kadının yerine getirdiği vazifeye karşılık aldığı harç düzenlenmektedir. Kadıyla birlikte kadıya yardımcı olan kâtip ve nâiplerin de ödenen resimden pay aldığı görülmektedir. Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, C.4, s.330.

¹⁰ Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996, s.264-265; Ekinci, 2017, s.376; Aydın, 2013, s.84; Avcı, 2017, s.137; Cin/ Akyılmaz, 2018, s.173-174.

¹¹ Aslan, Nasi, *İslâm Yargılama Hukukunda "Şuhûdü'l - Hâl" Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Karahan Kitabevi, Adana, 2018, 2.Baskı.

¹² Taş, Hülya, "Osmanlı Kadı Mahkemesindeki "Şuhûdü'l Hâl" Nasıl Değerlendirilebilir?", Bilig, S.44, 2008 Kış, s.25-44.

¹³ Erünsal, İsmail E., "Osmanlı Mahkemelerinde Şahitler: Şuhûdü'l-'udûlden Şuhûdü'l- hâle Geçiş", Osmanlı Araştırmaları, C.LIV, 2018, s.303-352.

¹⁴ Yurtseven, Yılmaz/ Kayar, Gülcan, "Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şuhûdü'l Hâl", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, 2018 Haziran, s.57-77.

¹⁵ Kılınç, Ahmet/ Kayar, Betül, "Osmanlı Yargılama Hukukunda "Şuhûdü'l Hâl" in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği", Adalet Dergisi, S.62-63, 2019 Aralık, s.33-48.

benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Böylelikle mevcut diğer araştırmalardan farklı olarak Osmanlı mahkemesindeki řuhūdū'l hâlin görev ve yetkileri önceki İslâm ve Türk devletlerindeki benzer uygulamalardan ayırt edilerek yargılama sürecinde üstlendiği fonksiyonlar tespit edilecektir.

I-ŞUHŪDŪ'L HÂL KAVRAMI

Osmanlı yargı teşkilâtı içerisinde kendine özgü bir yeri olan řuhūdū'l hâl müessesesinin temelleri İslâm hukukunun erken dönemlerinde atılmıştır. İslâm hukukunun Osmanlı'dan önceki devletlerdeki tatbikatında karşılaştığımız bazı heyet ve müesseseler yerine getirdikleri görevler ve hizmet ettikleri amaçlar bakımından řuhūdū'l hâl ile benzerlik göstermektedir. *Şuhūd, udūl, řuhūdū'l udūl, udūl-i müslimîn* gibi ifadelerle anılan bu heyet ve müesseseler řuhūdū'l hâlin Osmanlı yargılama hukukundaki konumunda etkili olmuşlardır. Bununla birlikte söz konusu heyet ve müesseselerin görev ve fonksiyonları yönünden řuhūdū'l hâl ile birçok farklılık arz ettiklerini söylemek mümkündür. Literatürde yukarıda zikredilen ifadelerin genellikle Osmanlı řuhūdū'l hâli ile aynı manada kullanılması řuhūdū'l hâlin oluşumunun, işleyişinin, görev ve yetkileri ile üstlendiđi fonksiyonların bu müesseseler ile ayniyet gösterdiđi yanılıısına sebep olabilmektedir. Şuhūdū'l hâlin yargılamaya ilişkin fonksiyonlarının doğru anlaşılabilmesi için ilk olarak sık karşılaşılan benzer terimlerden ayırt edilmesi yararlı olacaktır.

A- TERMİNOLOJİ

Şuhūd ifadesi şâhit kelimesinin çoğulu olup şâhit; "...bir kimsenin âhar kimsede olan hakkını ispat için huzûr-ı hâkimde ve hasmeymin muvâcehelerinde şehâdet lafzıyla yâni şehâdet ederim diye haber veren kimse" ye denilmektedir.¹⁶ Kelimenin türediği şehâde kökü bilgi, kesin haber anlamlarına gelmektedir.¹⁷ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1684.maddesinde de şehâdetin, şehâdet lafzı ile "şehâdet ederim" denilerek haber vermek olduğu tarif edilmiştir. Aynı madde kapsamında bu haberi veren muhbire şâhit denildiği düzenlenmiştir. Şuhūd tâbirinin hem řuhūdū'l hâli ifade etmek için hem de kadı önüne getirilen davaya konu somut olayın tanıkları için kullanılması yanlış anlamalara yol açabilmektedir. Ayrıca Osmanlı'dan önceki dönemlere ait bir müessese olan "*řuhūd heyeti*"nin kâtiplik, noterlik, şâhitlik, müşâvirlik gibi pek çok vazifeyi bir arada yürütmesi de iki ifadenin eş manada kullanılması

¹⁶ Türzkâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel İstlâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*, Haz.: Fethi Gedikli/ İbrahim Enes Onat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.219.

¹⁷ Aslan, 2018, s.1.

sonucu Osmanlı şuhûdü'l hâlinin yargılamaya ilişkin fonksiyonları hususunda yanılığa sebep olabilmektedir.¹⁸

Hâl ise şimdiki zaman, oluş, bulunuş, sûret, keyfiyet ve durum manalarını taşımaktadır.¹⁹ Buna göre “*Şuhûdü'l Hâl*” tamlaması hâl'in şâhitleri anlamına gelmekte ve keyfiyete şâhit, mevcut durumun bilgisine sahip, bu bilgiyi haber verip nakledebilecek kimseleri ifade etmektedir. Mahkemede gerçekleşen yargılama sürecine ve kadının yürüttüğü yargılama faaliyetine şâhit olan, kadının verdiği kararın ve mahkemede gerçekleştirilen tescil, satım akdi gibi diğer kayıt işlemlerinin bilgisine sahip kimseler de Osmanlı hukukunda şuhûdü'l hâl şeklinde isimlendirilmiştir.

Şuhûdü'l hâl öğretilerinde yaygın olarak *şer'îye mahkemelerindeki yargılamaya âdil karar verildiğini tespit için müşâhit sıfatıyla katılan, mahkemenin işleyişine ve alınan kararlara müdahale etmedikleri halde yargılamayı gözlemleyerek ve aleniyeti sağlayarak kadı üzerinde dolaylı yoldan etki doğuran, aralarında beldenin ileri gelenlerinin, davanın niteliğine ve taraflarına bağlı olarak eski kadı ve kazaskerlerin de bulunduğu sayıları en az iki olmak şartıyla değişkenlik gösteren topluluk* şeklinde ifade edilmektedir.²⁰

Tarihsel süreç içerisinde sık karşılaşılan bir diğer ifade *udûl/udûl-i müslimîn* olup âdil sıfatının çoğulu olan *udûl* kelimesi ile iyiliği kötülüğüne üstün kimseler kastedilmektedir.²¹ Dürüst ve âdil olan, hakkı gözeten kimseleri işaret eden tâbir şuhûdü'l hâlin tarafsız ve adaletli kimselerden teşekkül ettiğine vurgu yapmaktadır. Müessesenin sadece bir niteliğini karşılamakta olan ifadenin manası oldukça geniş olduğundan şuhûdü'l hâlin *udûl-i müslimîn*den olması beklenmekle birlikte, *udûl-ı müslimîn* ifadesinin somut olayın şâhitleri veya çeşitli mesleklerin ehli hibreleri başta olmak üzere farklı kimseler için de kullanıldığı sicillerde görülmektedir.²² Bu nedenle Abbasi, Emevi ve Selçuklu devletlerindeki *udûl/udûl-i müslimîn* olarak tarif edilen kimselerin yerine getirdiği yargılamaya dair fonksiyonların tamamının şuhûdü'l hâl tarafından da ifa edildiğini düşünmek hatalı olacaktır.²³

B- OSMANLI MAHKEMELERİNDE ŞUHÛDÜ'L HÂL VE ŞUHÛDÜ'L UDÛL KAVRAMLARININ KULLANIMI

Şuhûdü'l hâlin incelendiği çeşitli araştırmalarda karşılaşılan bir diğer kavram ise şuhûdü'l udûldür. *Şuhûdü'l udûl* Orta Çağ İslâm

¹⁸ Erünsal, 2018, s.305-311; Aslan, 2018, s.21-32.

¹⁹ Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Aydın Kitabevi, Ankara, 2012, 29.Baskı, s.363.

²⁰ Aydın, 2013, s.84; Ekinci, 2017, s.376; Cin/ Akyılmaz, 2018, s.173-174; Avcı, 2017, s.137; Aslan, 2018, s.4; Yurtseven/Kayar, 2018, s.57-77.

²¹ *Türk Hukuk Lügati*, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, 4.Baskı s.4.

²² Kılınç / Kayar, 2019, s.36.

²³ Aslan, 2018, s.24-33; Turan, Osman, *Türkiye Selçukluları Hakkında Resmî Vesikalar*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s.41-42.

dünyasında kadılar tarafından bölgelerinde âdil olarak bilinen kişiler arasından tayin edilen bir heyet olup bünyesinde ulemâdan fakih, müfessir ve muhaddis kimseleri barındırmaktaydı. Heyetin başlıca görevleri mahkemede düzenlenen yazılı belgelerin hukuka uygunluğunu sağlamak ve bu belgelerin geçerliliğini tescil etmek, dinlenilecek şahitlerin güvenilir ve âdil olduklarını tespit etmek, yargılama sürecine şahitlik etmektir.²⁴ Âlim kimseler olmaları hasebiyle gereken hallerde danışma şurası işlevi gördükleri, mirasın tespiti ve paylaşılması, bir kimsenin ölüm sebebinin tespiti, evlilik akitlerinin düzenlenmesi gibi durumlarda da görev yaptıkları bilinmektedir.²⁵

Şuhûdü'l udûl heyetinin mahkemede hazır bulunarak yargılamaya şahitlik etmeleri ve kadının verdiği kararlar ile şahitlik ettikleri diğer tescil işlemleri hususunda her zaman başvurulabilecek birer ispat vasıtası olmaları yönünden Osmanlı şuhûdü'l hâli ile benzerlik gösterdiği açıktır. Ancak heyetin maaşlı çalışanlardan oluşması ve kendilerine tahsis edilen *dükkân/dekâkin, hânut/ havânîtu'l- udûl, merâkizü's-şuhûd* isimleriyle anılan bürolarda çalışmaları, noterlik, şahitlerin soruşturulması, ikrarları kayıt altına alma, nikâh kıyma gibi faaliyetlerde bulunmaları iki müessesenin arasındaki farkı ortaya koymaktadır.²⁶

Osmanlı şer'îye sicillerinde sıklıkla karşılaşılan *şuhûdü'l udûl* ifadesiyle ise kadı huzurunda dinlenen dava konusu olayın tanıkları kastedilmektedir. Davacı tarafın iddiasını ispat için somut olaya dair şehâdetlerine başvurulmuş bu kimseler yargılama sürecinde aktif bir rol oynamaktadır. Dava konusuna doğrudan şahitlik eden ve bu şahitliklerini kadı huzurunda beyan ederek hukukî ihtilafın giderilmesinde ve hakkın sahibine tesliminde etkili olan Osmanlı şuhûdü'l udûlü, şuhûdü'l hâl ve geçmişteki şuhûdü'l udûl heyeti (dâimi şahitler) ile karıştırılmamalıdır.

Kadı sicillerinde ve davanın taraflarına verilen hüccetlerde şuhûdü'l hâlin hüküm ve tarihten sonra alt kısımda yazıldığı görülmektedir. Sayıları en az iki olduğu, daha kalabalık oldukları durumlarda ise tamamının isimlerinin zikredilmediği ve diğerlerinin “ve gayrihüm” ibaresiyle belirtildiği görülmektedir. Şuhûdü'l udûlün isimleri ise kadı kararının metni içerisinde zikredilmekte, *şâhit, şuhûdü'l udûl, udûl-i ricalden, udûl-i müslimînden* ifadelerinin ardı sıra yazılmaktadır. Bu husus belgelerde şuhûdü'l hâl ve şuhûdü'l udûlün ayırt edilmesini kolaylaştırmaktadır.

Örneğin terekenin taksimine ilişkin “... *vasiyy-i merkûm Yorgaki müdde'âsını vech-i meşrûh üzere şuhûd-ı udûl ile ba'de'l-ısbât zevce-i vasiyy-i mezbûre mu'arazadan men' olunup bağ-ı mahdûd-ı mezkûr tereke-i halik-i merkûm Manolaki'den olmak üzere tescil olunduğu bi'l-iltimâs huzûr-ı âlilerine*

²⁴ Erünsal, 2018, s.304-305. Maaşlı birer mahkeme çalışanı olan bu kimseler zamanla belge düzenlemede uzmanlaşmışlar, şurut ve sicillat ilminin doğmasını sağlamışlardır.

²⁵ Aslan, 2018, s. 2-5.

²⁶ Erünsal, 2018, s.310-311.

i'lâm olundu..." şeklindeki kayıttan şuhûdü'l udûlün somut olaya ilişkin bilgi sahibi olan şahitler oldukları anlaşılmaktadır.²⁷

Borç ilişkisinden doğan ihtilâfın giderilmesine dair bir örnekte ise iddianın ispatı için şahit dinletilmiş ve bu husus sicile "... *udûl ve sikâtdan Ahmed Bey b. Abdullah el-cündî ve İbrahim Bey b. Abdullah el-cündî li-ecliş-şehâde hâzırân olup fi'l-hakika müdde-i-i mezbûr Mehmed bizim huzûrumuzda mezbûr Şemâil zimmetinde bir câriye bahâsından olan yüz kırk riyâlî guruş hakkının yüz yirmi beş guruşunu ahz ve istifâ edip mâ'adâ on beş guruşdan zimmetini ibrâ ve iskât eyledim bu husûsa şahidlerimiz şehâdet dahi ederiz deyü herbiri edâ-yı şehâdet-i şer'iyye eylediklerinde şehâdetleri hayyiz-i kabûle vusûl bulmağın mücebiyle müdde-i-i mezbûr bilâ-beyyine ta'arruzdan men' olundu, mâ-vaka'a bi't-taleb sebt ü ketb olundu. Fi'l-yevmi's-selâse aşer min-Zilhicceti ş-şerîfe li-sene selâse ve sittin ve elf.*

Şuhûdü'l-hâl: Hasan Beşe b. Hasan, İbrahim Çelebi b. Davud, Resûl Beşe b. Hüseyin, Mehmed Çelebi b. Hüseyin, Mehmed b. Abdullah el-muhzır." şeklinde kaydedilmiştir.²⁸

Kararın metninden udûl ve sikâttan denilerek isimleri zikredilen Ahmed Bey ile İbrahim Bey'in dava konusu olaya ilişkin şehâdetlerini şehâdet lafzıyla yerine getirdikleri ve ihtilâfın hallinde rol oynadıkları anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında hazır bulunan ve yargılama süreci ile karara şahitlik eden şuhûdü'l hâlin isimleri ise en altta tarihten sonra hususî olarak belirtilmiştir. Görüldüğü üzere şuhûdü'l udûl ve şuhûdü'l hâl kavramları birbirinden farklı hususlara işaret etmektedir ve aynı sicil kaydında ikisine de rastlamak mümkündür.

II- ŞUHÛDÜ'L HÂLİN ORTAYA ÇIKIŞINDAKİ ETKENLER

Kadıya yardımcı görevlilerden nâipler, kâtipler, kassamlar, muhızrlar ve tezkiye memurları gibi çoğu görevliye ilişkin çeşitli hukukî düzenlemeler mevcuttur.²⁹ Osmanlı hukukunda şuhûdü'l hâl müessesesini düzenleyen, şuhûdü'l hâlin tayinine, azline, aldıkları ücrete ve görevlerine dair doğrudan bilgi veren bir düzenlemeye ise henüz rastlanılmadığını söylemek mümkündür. Şuhûdü'l hâl hakkında şu ana kadar ortaya konmuş çalışmalarda en önemli bilgi kaynağının şer'iyye

²⁷ Adalar Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, C: 75, Hüküm No: 38, s.52.

²⁸ Ahi Çelebi Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, C: 49, Hüküm No: 154, s.139.

²⁹ Örneğin Fatih Sultan Mehmet dönemine ait Aydın Sancağı Kanunnâmesi'ndeki "Hiç kimesne yasağum arasına girmeye ve ol yerün sancağı beği ve kadıları ve subaşıları ve yerlerine duran adamları ve nâibleri ve kethüdâları mezkûr kuluma mu'âvenet edeler." hükmü ile Serez Sancağı Kanunnâmeleri'ndeki "Ol tarafun kadıları ve subaşıları ve yerlerine duran adamları ve nâibleri ve kethüdâları bu bâbda mezkûr kuluma yardım edeler, taksirluk etmeyüb 'alâmete i'timâd kılalar." hükmü kadı, naip ve diğer görevlilere vazife buyurulan düzenlemelerdendir. Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, C.1, s. 539,592.

sicilleri ile müessesesyle yakından ilişkili diğer kurumlara dair hukukî düzenlemeler ve veriler olduğu görülmektedir.³⁰

Şuhûdü'l hâle dair kanunî hükümlerle sık karşılaşılmamasının nedenleri arasında müessesenin İslâm hukukunun ilk dönemlerinde teşekkül ederek sonraki İslâm ve Türk devletlerinde de farklı isimler altında, çeşitli fonksiyonlar üstlenerek varlığını sürdürmesi, Osmanlı yargı teşkilatının Abbasiler ve Selçuklulardan örnek alarak devam ettirdiği uygulamalar arasında olması sayılabilir. Her müessese gibi birtakım ihtiyaçları gidermek amacıyla ortaya çıkan şuhûdü'l hâl, devrin ihtiyaçlarına ve hukukî yapılanmasına göre süreç içerisinde kimi görevlerini farklı görevlilere devrederek kimi fonksiyonlarını ise koruyarak mevcudiyetini devam ettirmiş ve Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde kendine özgü bir yer edinmiştir.

Bu bağlamda Osmanlı hukukunda şu ana kadar kanunî dayanağına rastlayamadığımız şuhûdü'l hâlin hukukî temelini ve niteliğini izah etmek amacıyla müessesenin ortaya çıkışında etkili olan iki husus üzerinde durmak gerekmektedir.

A- YAZILI VESİKALARIN HUKUKİ GEÇERLİLİK KAZANMASINDA ŞAHİTLERİN GEREKLİLİĞİ

Toplumsal hayatta her dönemde kişiler arasında hukukî ihtilâfların doğduğu bilinmektedir. Bu ihtilâfların çözümü için yetkili mercilere başvurulmaktadır. Osmanlı hukukunda da Tanzimat dönemine kadar davaların görülmesinde yetkili merci şer'iyeye mahkemeleri olmuştur. Yargılama süreci davacının kadıya müracaat etmesi ile başlamaktadır. Kadı önce davacının iddiasını dinler daha sonra davalıdan davacının iddiasına ilişkin cevabı sorulur. Eğer davalı müddeinin iddiasını kabul ederse ikrarla birlikte dava sona erer. Ancak davalı iddiayı reddederse bu durumda davacıdan iddiasını hukuka uygun deliller vasıtasıyla ispatlaması beklenir.³¹ Bu husus Mecelle'nin 1817.maddesinde "*Müdde'a aleyh ikrâr ederse hâkim onu ikrârıyla ilzâm eder ve eğer inkâr ederse hâkim müdde'iden beyyine talep eder.*" şeklinde düzenlenmiştir. Mecelle'nin 76.maddesi hükmü de "*Beyyine müdde'î için ve yemin münkir üzerinedir.*" demektedir. "*İspat edici delil (beyyine) getirmek davacıya, yemin ise iddiayı reddedene düşer*" manasını taşıyan hadis hükme temel teşkil etmektedir.³²

Doğruluğu kesinlik taşıyan ispat vasıtalarına beyyine denilmektedir. Gerek hukuk gerekse ceza davalarında gerçeği ortaya çıkaracak ve hakkın sahibine teslimini sağlayacak her delil hükme dayanak teşkil edebilir. Ancak şehâdet (şâhitlik), hücec-i hattiye (yazılı

³⁰ Aslan, 2018, s.9,34.

³¹ Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*, Kronik Yayınları, İstanbul, 2019, 10.Baskı, s.75.

³² Buhârî, "Rehn", 6; Tirmizî, "Aşkâm", 12.

delil) ve karîne-yi katîa (kesin karine) olarak adlandırılan üç delil çeşidi kesin delillerden olup ihtilâfın nihayete erdirilmesinde herhangi bir şüpheye veya kadının takdirine mahal bırakmamaktadır.³³

Borç ilişkilerinin ispatı için yol gösteren Bakara/282.ayetin inmesiyle birlikte ayetin hükmü gereğince insanlar borç ilişkilerini yazdırmaya başlamışlardır. Hz. Peygamberin de başta vahiyler olmak üzere, yapılan anlaşmaların metinlerinin, ileri gelen kimselere yapılan dine davetlerin, sahabenin çeşitli görevlere tayinlerinin, ticari işlemlerin yazıyla kayıt altına alınmasını istediği ve kendi yaptığı akitleri de ayetin tarif ettiği şekilde yazdırdığı bilinmektedir.³⁴ Toprakların genişlemesi ile hukukî muamelelerin yazıya aktarılmasına duyulan ihtiyaç artmış, davaların çoğalmasıyla mahkeme kararları da yazıya geçirilmeye başlanmıştır.

Ayette borç ilişkisinin yazıya aktarılmasının yeterli görülmediği ve bu işlem sırasında iki erkeğin, iki erkek yoksa bir erkek ve iki kadının şahitlik etmesinin de istendiği görülmektedir.³⁵ Erken dönemlerden itibaren sadece yazının kesin delil olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. İslâm mahkemelerinde muhtevasına şahitlik edecek iki şahit olmadıkça yazılı vesikalar delil olarak kabul edilmemiştir. Yazılı belge ancak şahitlerle birlikte hukukilik kazanmakta ve beyyine sayılmaktadır.³⁶ Bunun sebebi yazının tahrife uğrama ihtimali ve yazının

³³ Bardakoğlu, Ali, "Beyyine", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, C.6, s.97; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Fıkıh İlmi & İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Haz.: Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2017, 2.Baskı, s.45; Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, 2017, s.41.

³⁴ Aktaş, Ayşe, Osmanlılar'da Şurût İlmi: Ali Haydar Efendi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s.9; Atar, Fahrettin, 1991, s.214. El- Addâ b. Hâlid'den bir köle satın alan Hz.Peygamber satış senedi düzenleterek satışın kimler arasında gerçekleştiğini, alınan kölenin niteliklerini yazıyla kayıt altına almıştır. Buhârî, "Buyû", 19.

³⁵ "Ey iman edenler! Belli bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman bunu yazın. Aranızda bir yazıcı adaletle yazsın. Yazıcı, Allah'ın kendisine öğrettiği şekilde yazmaktan kaçınmasın, (her şeyi olduğu gibi dosdoğru) yazsın. Üzerinde hak olan (borçlu) da yazdırsın ve Rabbi olan Allah'tan korkup sakınsın da borçtan hiçbir şeyi eksik etmesin (hepsini tam yazdırsın). Eğer borçlu, akli ermeyen, veya zayıf bir kimse ise, ya da yazdıramıyorsa, velisi adaletle yazdırsın. (Bu işleme) şahitliklerine güvendiğiniz iki erkeği; eğer iki erkek olmazsa, bir erkek ve iki kadını şahit tutun. Bu, onlardan biri unutacak olursa, diğerinin ona hatırlatması içindir. Şahitler çağırıldıkları zaman (gelmekten) kaçınmasınlar. Az olsun, çok olsun, borcu süresine kadar yazmaktan usanmayın. Bu, Allah katında adaletle daha uygun, şahitlik için daha sağlam, şüpheye düşmemeniz için daha elverişlidir. Yalnız, aranızda hemen alıp verdiğiniz peşin ticaret olursa, onu yazmamanızdan ötürü üzerinize bir günah yoktur. Alış-veriş yaptığınız zaman da şahit tutun. Yazana da, şahide de bir zarar verilmesin. Eğer aksini yaparsanız, bu sizin için günahkârca bir davranış olur. Allah'a karşı gelmekten sakının. Allah size öğretiyor. Allah her şeyi hakkıyla bilendir." Bakara 2/282.

³⁶ Bir kişinin belirli bir şeye dayanarak uygulama yapması için o şeyin kesin bir delile dayanması gerekmektedir. Kesin delil ise bizzat gözle görülerek ve kulakla işitilerek elde edilen bilgidir. Hakimi de bağlayacak delilin bu nitelikleri taşıması beklenmektedir. Bu hususta tanıklık hakimler için bağlayıcı kılınmış, birden çok kişinin verdiği doğru haber bir kişinin verdiği haberdan kuvvetli görülmüştür.

yazıya benzerlik gösterebilmesidir.³⁷ Mecelle'nin 1736. maddesinde de yalnız hat ve hatm ile amel olunmayacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere yazılı vesikaların mahkeme nazarında kesin delil olarak kabul görmeleri ve böylece hukukî ihtilafın çözümünde etkili olmaları için hukukî geçerlilik ve güvenilirliklerinden emin olunması önem taşımaktadır. Yazılı vesikalara bu niteliğin kazandırılması ise muhtevalarına şahitlik edecek ve belge düzenlenirken hazır bulunacak kimselerin varlığına bağlı kılınmıştır.³⁸ Bu husus mahkeme kararlarının yazıya geçirilmesi ve mahkemede gerçekleşen diğer hukukî işlemlerin tescilinin gerçekleştirilebilmesi bakımından sürece ve yargılamaya mutlaka şahitlik edilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylelikle mahkemelerde şahitler hazır tutulmaya başlanmıştır.

B- DAİMÎ ŞAHİTLER

Şahitliğin en sık başvurulan ispat vasıtası olması ve bir diğer beyyine çeşidi olan yazılı vesikaların delil olarak dikkate alınmasında muhtevalarına şahitlik edecek kimselerin varlığının aranması âdil şahitlere ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. İslâm ve Osmanlı hukukunda büyük günah işleyen veya küçük günahlarında ısrar eden, kötü davranışları iyi davranışlarından fazla olan, dinin emirlerine uymayan kişilerin şahitliği kabul edilmemiştir.³⁹

Şahitlerin âdil olmaları şart olduğundan Hz. Peygamber döneminden itibaren davalarda şahitlik edecek kimseler beyanları dikkate alınmadan önce soruşturulmaya başlanmıştır. Davaların ve buna bağlı olarak soruşturulması gereken şahitlerin sayılarının artmasıyla şahitlerin tezkiyesi vazifesi sâhibu'l-mesâil veya müzekkî adıyla anılan memurlara devredilmiştir. Müzekkîler kadı tarafından bölgelerinde âdil bilinen ulema sınıfının ileri gelenleri arasından seçilerek tayin edilmiştir.⁴⁰

İleriki dönemlerde tezkiye görevinin yanısıra mahkemede düzenlenen belgelerin muhtevalarına şahitlik ederek hukuka uygunluklarını temin ve hukukî geçerliliklerini tescil etmek amacıyla ulemadan âdil kimseler mahkemede devamlı olarak hazır bulundurulma yoluna gidilmiştir.⁴¹ Mahkemede alınan kararların tescilinin

“Hakimlik bir kordur. Sen o kuru iki maşa ile (yani iki tanığın tanıklığı ile) kendinden uzaklaştı.” hadisiyle de hüküm vermede dayanılacak sağlam ve kesin delilin tanıklıkla elde edileceği kastedilmektedir. Serahsî, Mabsût, Ed.: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, C.16, s. 94,168-170.

³⁷ Atar, Fahrettin, 1991, s.213-214; Aslan, Nasi, 2018, s.18.

³⁸ Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, Çev.: Mehmet Dağ/ Abdulkadir Şener, Otto Yayınları, Ankara, 2018, s.217-218.

³⁹ Yurtseven, Yılmaz, “İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S.2, 2018, s.99; Atar, 1991, s.198.

⁴⁰ Başoğlu, Tuncay, “Tezkiye”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 2012, C.41, s.77.

⁴¹ Atar, 2019, s.136; Erünsal, 2018, s.305; Aslan, 2018, s.19.

yaygınlaşması ile birlikte mahkemede hazır bulunan bu heyet kadının verdiği hükme ve hükmün yazılmasına da şahitlik etmeye başlamıştır.⁴²

Aralarında kadı, fakih, muhaddis ve müfessirlerin de bulunduğu şuhûd heyetinin yargılama esnasında hazır bulunması kadının adaletli davranmasında tesirli olmuş, ayrıca mirasın taksimi, mehirin hesaplanması, ölüm sebebini tespiti gibi çözümlü güç meselelerde heyet danışmanlık ve bilirkişilik fonksiyonlarını da ifa etmiştir. Yargılama esnasında hazır bulunarak yargılamaya şahitlik eden kimselerin varlığı hususundaki gereklilik Osmanlı uygulamasında şuhûdü'l hâl müessesesi ile yerine getirilmiştir.

III- ŞUHÛDÜ'L HÂL'İN TARİH BOYUNCA ÜSTLENDİĞİ FONKSİYONLARIN OSMANLI UYGULAMASINDA GÖRÜNÜMÜ

Şuhûdü'l hâl teşekkül ettiği dönemden itibaren zaman içerisinde çeşitli fonksiyonlar üstlenmiş, farklı devirlerde farklı adli teşkilatlar dahilinde varlığını sürdürmüştür. Osmanlı yargı teşkilatında ise önceki uygulamalardan farklı bir görünüm sergilediğini, fonksiyonlarının daha sınırlı ve kendine özgü bir hal aldığını söylemek mümkündür.

A- ŞUHÛDÜ'L HÂL'İN BENZER MÜESSESELER İLE İLİŞKİSİ

Tarih boyunca şuhûdü'l hâlin ifa ettiği görevlerin Osmanlı yargı teşkilatında hangi müesseseler tarafından ve ne şekilde yerine getirildiğinin tespiti, şuhûdü'l hâlin faaliyetlerinin yargılama sürecinin şeffaflığını ve aleniyetini sağlayarak sosyal bir denetim mekanizması işlevi görmek üzerinde yoğunlaştığını teyit etmek bakımından önem taşımaktadır.

1.Şâhitlerin Tezkiyesi

Kadı huzurunda dinlenen şâhitler somut olaya ilişkin şehâdetlerini beyan ettikten sonra, davalıya şâhitlerin şehâdetlerinde sadık olup olmadıkları sorulmaktadır. Davalı şâhitlerin sadık veya âdil olduklarını beyan ettiği halde iddiayı ikrar etmiş olur ve ikrar ile hükmolunur. Ancak davalı şâhitlerin şehâdetini yalan beyanda buldukları veya hata ettikleri, dava konusu olayı hatırlamadıkları gerekçesiyle inkar ederse şâhitlerin açık ve gizli olarak tezkiyeleri yapılır.

⁴² Kadı hükümlerinin tescilinin Süleym b. Itr (695) ile başladığı rivayet edilmektedir. Kadı Süleym hükme bağlanmış bir miras davasında yeniden hüküm vermesi için huzuruna gelen taraflar hakkında önceden verdiği hükme dair bir yazılı belge düzenleterek şuhûdü'l- udûlden ordu komutanı olan ikisini hükmüne şahit tutar. Aslan, 2018, s.19.

Âdil kimselerden olup olmadıkları ve şehâdetlerinin makbul sayılıp sayılmayacağı soruşturulur.⁴³

Osmanlı'da tezkiye ile görevli kimseler müzekkilerdir. Müzekkiler, şahitlerin gizli ve açık tezkiiyelerini şahitler öğrenci iseler kaldıkları medreselerin müderrislerinden ve güvenilir mensuplarından, asker iseler subay ve memurlardan, memur iseler âmirlerinden ve diğer görevlilerden, tüccar iseler şahidi tanıyıp bilen güvenilir tüccarlardan, esnaf iseler kethüdalardan ve lonca ustalarından, sayılanlar harici kimseleri ise ikamet ettikleri mahallin güvenilir sâkinlerinden soruştururlar.⁴⁴

Şahitlerin tezkiye olunduktan sonra şehâdetlerinin itibar kazandığı ve hükme dayanak teşkil ettiğine dair kayıtlar şer'iyye sicillerinde mevcuttur. Örneğin; vefat etmiş Kazancıbaşı el-Hâc Ahmed Ağa'ya borcu olan Hançer v. Tekfur'un borcunu varislere ödemesine ilişkin davada "... Mehmed'den da'vâsına mutâbika beyyine taleb olundukda udûl-i ricâlden olup tâife-i mezbûrenin kethüdâları olan el-Hâc İbrahim b. Musa tâife-i merkûmenin odabaşısı Şa'ban b. Mehmed nâm kimesneler li-ecli's-şehâde meclis-i şer'a hâzırân olup istişhâd olunduklarında fi'l-hakika merkûm Hançer zikr olunan yüz yirmi vakıyye bakırın hesâb-ı mezkûr üzere kıymeti olup benim ve mezbûr Avanes'in emrimiz ile cânib-i mirîye edâ eylediği altı bin akçeden el-ân zimmetimde üç bin akçe müteveffâ-i mezbûra hâl-i sıhhatinde deynimiz vardır deyü bizim huzûrumuzda mezbûr Hançer bi's-sâf ikrâr u i'tirâf eyledi, bu husûsa biz bu vech üzere şahidleriz şehâdet dahi ederiz deyü herbiri edâ-yı şehâdet-i şer'iyye ettiklerinde ba'de't-ta'dil ve't-tezkiye şehâdetleri makbûle olmağın mücebince meblağ-ı mezbûr üç bin akçesi vasıyy-i mezbûra edâ etmek üzere merkûm Hançer'e tenbîh-birle mâ-vaka'a bi't-taleb ketb olundu.

Şuhûdü'l-hâl: Hüseyin b. Mustafa hüddâm-ı mahkeme, Hüseyin b. Mehmed, Halil Beşe b. Derviş." şeklinde hüküm verilmiştir.⁴⁵

Kadı sicilinden şahitlerin dava konusu olaya ilişkin bilgilerini huzurda beyan ettikleri, şehâdetlerinin ise tadil ve tezkiiyeden sonra makbul bulunması suretiyle beyanları doğrultusunda hüküm verildiği görülmektedir. Hüküm metninin alt kısmında ise şuhûdü'l hâlin isimleri sayılmıştır. Ebû Hanife, Ebû Yusuf ve İmam Malik müzekkîyi şahitliğe benzetmişler; İmam Muhammed ve İmam Şafiî ise müzekkînin bir çeşit gizli şahit olduğunu kabul etmişlerdir.⁴⁶

2.Kâtiplik ve Noterlik

Hüccet ve ilamların yazılması, dava sürecinin zabta geçirilmesi, resmî yazışmaların usûlüne uygun olarak yürütülmesi gibi görevleri

⁴³ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye 1716.-1719.maddeler.

⁴⁴ Mecelle 1717.Madde; Doğan, Hasan, "İslam Muhakeme Hukukunda Ta'dil ve Tezkiye", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.29, 2017 Nisan, s.15; Bayındır, 2015, s.205.

⁴⁵ Ahi Çelebi Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, C: 49, Hüküm No: 231, s.184.

⁴⁶ Doğan, Hasan, s.16.

yürüten kâtipler Osmanlı yargı teşkilatında müstakil bir kurum olarak varlık göstermiştir. Kanunnâme-i Sultan Selim Hân'da kadıların aldıkları ücrete ilişkin düzenlemede kâtiplere de yer verildiği görülmektedir.⁴⁷ Genellikle medrese mezunu olan kâtipler tarafların iddia ve müdafaaları ile şâhitlerin beyanlarını belirli usûllerle kayda geçirmektedir.

Osmanlı döneminde belgelerin düzenlenmesine ilişkin usûl *sakk-ı şer* olarak isimlendirilmiştir. İslâm hukukunun erken dönemlerinden itibaren hukukî muamelelerin yazıya aktarılarak kayıt altına alınması ve resmî belgelerin düzenlenmesine ilişkin ilkeleri tespit etmek şurût ilminin konusu olmuştur.⁴⁸ İlm-i şurûtu; *“İki veya daha fazla şahıs arasında gerçekleşen çeşitli işlem ve tasarrufların, anlaşmazlıkları engelleyecek açıklıkta, tarafların haklarını ortaya koyacak ve koruyacak tarzda, naslara, fakihlerin görüşlerine ve yerleşik örfî kurallara uygun olarak, şer’î açıdan geçerli ve yargı önünde ispat gücüne sahip olacak şekilde nasıl yazılacağını konu edinen ilim dalı”* şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴⁹

Şurût ilminde belge düzenleyen kimselerin *“udûl”* ve *“eş-şuhûdü'l-udûl”* terimleri ile ifade edildiği görülmektedir.⁵⁰ Bu noktada geçmişte şuhûdü'l-udûl olarak adlandırılan kimselerin tüm görev ve fonksiyonlarının isimlerindeki ve diğer başka vazifelerindeki benzerlik dolayısıyla Osmanlı'daki şuhûdü'l hâl ile aynı olduğu yanılığası oluşabilmektedir. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere Osmanlı mahkemelerinde şuhûdü'l udûl terimi ile somut olayın şâhitleri kastedilmekte ve belge düzenlenmesi görevi şuhûdü'l hâl tarafından değil kâtipler tarafından yerine getirilmektedir. Nitekim görevleri nedeniyle yargılama süresince hazır bulunmaları beklenen kâtipler sadece yaptıkları işin tabiatı gereği hâle şâhit olmakta ve şuhûdü'l hâlden farklı bir fonksiyon üstlenmektedirler.

Tanzimat döneminden itibaren ise şer’iyye mahkemelerindeki belgelendirme işleri aynı usûl üzerine devam ederken, nizamiye mahkemeleri kapsamında bu vazifeyi yerine getirmek üzere modern noterlik hizmetleri gelişmeye başlamıştır. İlk olarak Dersaadet Ticaret Deavi Kalemi Nizamnamesi ve Ticaret-i Bahriye Deavi Kalemi Nizamnamesi ile ticaret alanındaki sözleşme ve evrakların düzenlenmesi ve tescili görevi Deavi Kalemine verilmiştir. 1876'da belge düzenleme ve onaylama görevlerinin müstakil bir merci tarafından yapılmasına karar

⁴⁷ *“Kadı hüccetinin resmi budur ki, yirmi altı akçe alma; yirmisi kadının ola, dördü nâibin, ikisi kâtibin ola...”* Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991, C.3, s.106.

⁴⁸ Örsten Esirgen, Seda, *“Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Noterliğin Gelişimi”*, II. *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.1, s.52.

⁴⁹ Saylan, Şenol, *“İslam Hukukunda Belge Tanzîmi: İlm-i Şurût (Belgeleme İlimi)”*, I. *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.374.

⁵⁰ Saylan, 2014, s. 375.

verilmiş ve Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi ile mukavelat muharrirliği uygulamasına geçilmiştir.⁵¹

3.Müşavirlik

İslâm dini her türlü işin görülmesinde istişâreyi tavsiye etmiş, önemli idarî işlerde meşverete başvurulması emredilmiştir.⁵² Devlet yönetiminde şurâ prensip halini almış ve Hz. Peygamber döneminden itibaren devlet başkanının görev alanına giren işler hakkında ilgililere danışılıp, görüşleri dikkate alınarak hareket edilmiştir.⁵³ Şurâ prensibinin yargılamaya yansımaları ise müşavirlik ile olmuştur. Yine Hz. Peygamber'den itibaren hüküm verileceği vakit çoğu defa hüküm meclisinde hazır bulunan ileri gelen âlim kimselerle istişâre edilmiş ve kadıların hüküm vermelerine yardımcı olacak âlimlerin yargılama esnasında hazır bulunmaları çok erken dönemlerde yaygınlaşmıştır.⁵⁴

Osmanlı'dan önceki İslâm ve Türk devletlerinde şuhûd/ şuhûdü'l udûl heyetleri pek çok âlim, müfessir, muhaddis, fakih barındırmaları sebebiyle danışma kurulu vazifesi de görmüşler, kadının kendilerine danıştığı hallerde görüş bildirmişlerdir. Şuhûdü'l hâlde eski kadıların, müftü ve müderrislerin bulunmasının önceki müşâvere ve şuhûd heyetlerini andırdığı gerekçesiyle şuhûdü'l hâlin kadıya hüküm vermede hukukî mütâlaada bulunarak yardımcı olduğunu iddia eden görüşler mevcuttur.⁵⁵

Ancak Osmanlı'da müşavirlik görevini şuhûdü'l hâlden ziyade müftüler yürütmüştür. İhtilâfların çözümünde iftâ müessesesinin, hukukî veya dini bir meselenin halli için müftülere soru sorularak fetva alınması yolunun oldukça yaygın bir şekilde işletildiği görülmektedir.⁵⁶

Örneğin Sinop'taki Kutluhan Vakfı'nın mallarına bakma görevinin kime ait olduğu hususundaki sicil kaydındaki "... *sahib-i arzuhâl merkûmun yedinde olan fetvâ-yı şerîfeye nazar olundukda bir vakıf karye toprağında tapu ile tarlalara mutasarrıf olan kimesnelerin ber-müceb-i emr ü defter mütevellîye verecekleri oşr-i mahsûlü Amr tegallüben ol kimesnelerden ahz ile mütevellîsi ol kimesnelerin tevkîli ve ihâleleriyle oşr-i merkûmu vakıf için Amr'dan almağa*

⁵¹ Örsten Esirgen, 2016, s.53-55.

⁵² "İş konusunda onlarla müşavere et." Âl-i İmrân 3/159.

⁵³ Türçan, Talip, "Şûra", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, C.39, s.231.

⁵⁴ Hz. Ömer'in de hüküm verirken yanında fıkıh bilen kimseler bulundurduğu rivayet edilmiştir. Çünkü hakim bu kimselere danışma gereği duyabilir, fakihlerin bildiği bir husus hakimin gözünden kaçtığı takdirde bilen fakihler hakimi uyurabilir. Ayrıca hakim bu kimseleri bir şeye tanık tutma gereği duyabilir. Bu nedenle fıkıh bilen salih kimseler tedbiren hüküm meclisinde bulundurulmuşlardır. Serahsî, s.120; Aslan, 2018, s.57-59.

⁵⁵ Aslan, 2018, s.60-61; Ortaylı, 2019, s.72-75; Özdemir, Rifat, XIX. *Yüzyılın İlk Yarısında Ankara*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1986, s.185.

⁵⁶ Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2017, 13.Baskı, s.99; Atar, 1991, s.122.

kâdir olur deyü mastûr ve musarrah olmağın..." ifadesinden arzuhâl sahibinin iddiasını desteklemek için mahkemeye fetva beyan ettiği anlaşılmaktadır.⁵⁷

Bir diğer kayıтта ise "... *kütüb-i mu'teberât-ı fıkhiyeden Fetvâ-yı Ali Efendi'nin Kitâbü'l-kazâ'sında Zeyd'in Amr ile bir husûsa müte'allika da'vâsı olmağla Zeyd kâdıya varıp Amr veyâ vekili hazır değil iken ol husûs da'vâ ve müdde'asına bazı kimesneler şehâdet etmekle kâdı husûs-ı mezbûru Zeyd'e hükmedip hüccet verse hükm nâfiz ve hücceti mu'teber olur mu, el-cevâb olamaz deyü verilen bir kit'a fetvâ-yı şerif mücebince nâib-i mezbûrun verdiği i'lâm gayr-ı sahîh ve onunla takarrur eden fermân-ı âlişân dahi ma'mûlün-bih olmayıp bu sûretde merkûm Ahmed Ağa'nın yedine i'tâ kılınan fermân-ı şer'inin kaydı bâlâsına şerh verilerek müceddeden mütevellî-i mûmâ-ileyh yedine kemâfi's-sâbık emr-i âli i'tâsı muktezâ-yı hâl ve menût-ı re'y-i sâmilere idiği huzûr-ı âlilerine i'lâm olundu..." denilmekte ve hüküm verilirken Çatalcalı Ali Efendi'nin fetvasına müracaat edildiği görülmektedir.⁵⁸*

Davanın tarafları iddialarını kadı nezdinde kuvvetli kılmak için müftülerden fetva sorup verilen cevapları kadıya beyan edebilmişlerdir. Kadılar bu fetvalara uygun hüküm vermek mecburiyetinde olmasalar da hükmün sıhhatinden emin olmak ve aldıkları kararların taraflardan biri vasıtasıyla Divan-ı Hümayun'a intikal ettirildiği hallerde zor durumda kalmamak için müçtehid hukukçuların ve özellikle şeyhülislamın fetvalarına dayanma eğilimi göstermişlerdir.⁵⁹ Tarafların fetva sordukları müftülerin yargılamayı izlemek amacıyla hazır bulunmaları mümkün olabilir, fakat şuhûdü'l hâl içerisinde müftü bulundurulmasına dair bir mecburiyet yoktur. Şuhûdü'l hâl içerisinde her daim müftülerin bulunmaması, müftülerin hazır olmadığı hallerde dahi kadının fetvaya dayanarak hüküm verebilmesi müşavirlik görevinin şuhûdü'l hâlden ziyade müftüler tarafından üstlenildiğini göstermektedir. Nitekim Hükâm-ı Şer ve Mehakim-i Şer'îye Hakkında Kanun-i Muvakkat'ın 8.maddesi gereğince 1913 senesinden itibaren şer'î mahkemelerde ihtiyaca göre bir veya iki müşavir bulundurulmaya başlanması bu tarihten önce yargı teşkilatı içerisinde daimi olarak müşavirlik vazifesini ifa eden bir müessese olmadığını ortaya koymaktadır. Kanaatimizce fetva ile kadının hüküm vermesinde yol gösterici olan müftülerin kimi zaman şuhûdü'l hâl olarak hazır bulunup yargılamayı izlemiş olması müşavirlik görevinin şuhûdü'l hâlin aslî fonksiyonlarından biri olduğu yorumunu yapmak için yeterli değildir.

⁵⁷ Anadolu Sadareti Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, C: 93, Hüküm No: 17, s.55.

⁵⁸ Anadolu Sadareti Mahkemesi, 1 Numaralı Sicil, C: 93, Hüküm No: 166, s.160.

⁵⁹ Örsten, Seda, Osmanlı Hukukunda Fetvâ, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2005, s.10; Aydın, 2013, s.98; Ekinci, 2017, s.375-376.

4.Bilirkişilik

İslâm hukukunda önemli meselelerde istişare etmek ve yeterli düzeyde bilgi sahibi olunmayan konularda uzman kişilere danışarak edinilen doğru bilgiler doğrultusunda hareket etmek tavsiye edilmiştir.⁶⁰ İslâm hukuk kurallarının yön verdiği Osmanlı hukukunda da devletin kuruluşundan itibaren özellikle çeşitli zanaat ve esnaf gruplarına ilişkin düzenlemelerde ehl-i hibre denilen bilirkişilere başvurulduğu görülmektedir.⁶¹

Yargılama hukukunda ise bilirkişilik müessesesi teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren ihtilâflarda varlık göstermektedir. İhtilâfın konusu hakkında uzman, tarafsız, âdil ve Müslüman kimselerden seçilen bilirkişiler suyu uyuşmazlıkları, ayıplı malın satımı, dava konusu malvarlığı değerlerinin saptanması, terekenin gerçek değerinin hesaplanması, mehrin belirlenmesi, ölüm sebebinin tespiti gibi hususlarda sahip oldukları teknik ve özel bilgi ile ihtilâfın sonlandırılmasına katkı sağlamışlardır.⁶²

Sicillerde bilirkişileri niteleyen “bî-garaz”, “udûl-i müslimin” gibi ifadelerden sahip oldukları vasıflar bakımından müessesenin şuhûdü’l hâl ile benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Şuhûdü’l hâlden önceki şuhûd/ şuhûdü’l udûl heyetlerinin teknik bilgi gerektiren hususların çözümünde, mirasın tespiti ve paylaşılması, bir kimsenin ölüm nedeninin saptanması gibi durumlarda görev aldıklarına dair örnekler de mevcuttur.⁶³ Osmanlı uygulamasında da özellikle şuhûdü’l hâl ve bilirkişinin birlikte keşfe katıldığı vakalarda aynı kimselerin hem şuhûdü’l hâl hem de bilirkişi olabildiği görülmektedir.⁶⁴

Şuhûdü’l hâl ve bilirkişilik görevlerinin aynı kimseler tarafından ifa edilmesi için iki ihtimal mevcuttur. Keşifte bilgisine başvuru kimseler aynı zamanda hâle şahitlik ettiklerinden dolayı şuhûdü’l hâl içerisinde isimlerinin zikredilmesi mümkündür. Bir diğer ihtimal ise şuhûdü’l hâlden olup aynı zamanda bilirkişi sıfatına da haiz kimselerin somut olayda bilirkişi olarak atanmasıdır. Bu ihtimaller özelinde şuhûdü’l hâlin bilirkişilik görevini ifa ettiği ve doğrudan bir karar vermemekle birlikte yargılamaya doğrudan katkı sağladığı söylenebilir.

⁶⁰ “Senden önce de ancak, kendilerine vahyettiğimiz birtakım erkekleri peygamber olarak gönderdik. Eğer bilmiyorsanız ilim sahiplerine sorun.” Nahl 16/43.

⁶¹ Örneğin; II. Beyâzîd dönemine ait Bursa İhtisâb Kanunnâmesi’nin mukaddimesinde alınıp satılan malların narhlarının belirlenmesinde ehl-i hibrelerin de hazır bulundurulduğu belirtilmektedir. Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, C.2, s.191.

⁶² Kılınç, Ahmet, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.84-91.

⁶³ Erünsal, 2018, s.305.

⁶⁴ Şuhûdü’l hâlin aynı zamanda bilirkişi olduğu vakalara ilişkin sicil örnekleri için bkz. Kılınç, 2019, s.71-73.

Bu durumda şuhûdü'l hâl gözlemci statüsünde kalmayarak aktif bir rol üstlenmiş olacaktır.⁶⁵

Ancak şuhûdü'l hâlin her vakada bilirkişilik göreviyle keşifte hazır bulunduğunu veya şuhûdü'l hâl içerisinde olup bilirkişi vasfına da haiz olan kimselerin hâle şahitlik ettikleri her vakada bilirkişilik görevini de ifa ettiklerini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle yukarıda izah edilen durum iki müessesenin işlevlerini karıştırmaya sebep olmamalıdır. Bilirkişiler belirli ihtilâflarda kadının hüküm verirken bağlı olmadığı takdiri bir delil işlevi görürken, şuhûdü'l hâl mahkemede kadı huzurunda gerçekleşen yargılama faaliyetine ve işlemlere şahitlik etmektedir.

5.Toplu Hâkimlik - Jüri

Şuhûdü'l hâlin bir meşveret heyeti, danışma kurulu niteliği taşıdığı ve bu yönüyle toplu hâkim sistemi ve jüri usulü ile benzerlik gösterdiğine ilişkin yaygın olmayan bir görüş de mevcuttur.⁶⁶ İslâm hukukunun ilk dönemlerinden itibaren kadıların ihtiyaç duydukları hallerde âlimlerle istişare ederek hüküm vermesi, şuhûd/ şuhûdü'l udül heyetlerinin kadı ile hukukî mütalaada bulunarak kadıya yardımcı olması bu kanaatin oluşmasında etkili olmuştur. Ancak Osmanlı uygulamasında şuhûdü'l hâl tek hâkim sisteminin geçerli olduğu şer'iyye mahkemelerinin ayrılmaz bir parçasıdır. Müşavirlik görevi müftüler tarafından ifa edilmekte, müftülerin ise hüküm verilirken herhangi bir oy hakkı bulunmamaktadır. Müftülerin görüşleri sadece kadıyı daha dikkatli hüküm vermeye sevk ederek sorumluluk duygusunu pekiştirmekte etkili olabilmektedir. Hüküm verme yetkisi ve sorumluluğu sadece kadıya ait bulunmaktadır.

B- ŞUHÛDÜ'L HÂL'İN OSMANLI UYGULAMASINDAKİ FONKSİYONLARI

Şuhûdü'l hâlin Osmanlı Devleti'nden önceki uygulamalarda üstlendiği fonksiyonların çoğunun Osmanlı yargı teşkilatında farklı müesseseler tarafından yerine getirildiği anlaşılmaktadır. Başlangıçta diğer Türk ve İslâm devletlerinin tecrübelerinden yararlanılarak inşa edilen Osmanlı yargı teşkilatı, zamanla devlet teşkilatının da olgunlaşmasıyla önceki devletlerin ulaşamadığı bir yapılanmaya sahip hale gelmiş ve devletin devamında en etkili organlardan biri olmuştur. Şuhûdü'l hâl müessesesi de Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde belirli fonksiyonların sağlanmasında etkili ve özgün bir role sahiptir.

⁶⁵ Kılınç/ Kayar, 2019, s.45.

⁶⁶ Gür, A. Refik, *Osmanlı İmparatorluğu'nda Kadılık Müessesesi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, 2.Baskı, s.37; Ortaylı, 2019, s.72.

1.Yargılamanın Denetlenmesi

Şuhûdü'l hâl mahallin ileri gelenlerinden, eski kadı, müftü, müderris gibi ilim sahibi kimselerden veya dava ve taraflarla ilişkili somut olaya dair bilgi sahibi kişilerden teşekkül etmekte ve bu kimseler toplumda âdil, güvenilir, sözlerine itimat edilir kimseler olarak bilinmektedir. Kadının taraflara eşit davranması, yargılamanın tarafsız ve şeffaf bir şekilde gerçekleştirilmesi, hüküm aşamasında adaletli ve özenli olunması hususlarında şuhûdü'l hâlin etkisi yadsınamaz. Kadının hukuka riayet ederek isabetli hükümler vermesine katkı sağlayan şuhûdü'l hâlin yargılama üzerindeki denetiminin istinaf ihtiyacını büyük ölçüde ortadan kaldırdığına dikkat çeken çalışmalar bulunmaktadır.⁶⁷ Mahkemenin işleyişine ve hükme müdahale etmeyen şuhûdü'l hâlin yargılama üzerindeki denetimi dolaylı bir denetim olup yargılamanın gözlemcisi olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁸

2.Yargılamanın Gözetimi ve Aleniyetin Temini

İslâm adlî teşkilatının erken dönemlerinden beri var olan şuhûdü'l hâl uygulamasının Osmanlı yargılama hukukunda üstlendiği asli fonksiyon yargılamanın gözetimi ve aleniyetin teminidir. Tarihteki şuhûd/şuhûdü'l udül heyetlerinin ifa ettiği başka diğer vazifelerin Osmanlı yargı teşkilatında çeşitli görevliler tarafından yerine getirildiği, şuhûdü'l hâlin ise mahkemede hazır bulunarak yargılama sürecine şahitlik ettiği görülmektedir.

Mahkemenin işleyişine ve verilen hükme müdahalede bulunmamakla birlikte şuhûdü'l hâlin varlığı yargılamanın işleyişinde oldukça etkili olmuştur. Toplum nazarında saygın, güvenilir, bilgili kimselerin yargılamayı izliyor oluşu kadıların tarafsız ve âdil davranmaya sevk etmiş, böylelikle davanın tarafları iddia ve savunmalarını rahatlıkla beyan edebilmişlerdir. Böylelikle kadıların davaların görülmesinde kendilerinden beklenen edebe riayet etmeleri; mahkemenin saygınlığını koruyacak şekilde hareket etmeleri, taraflardan birini diğerine tercih ediyor izlenimi gibi kötü anlaşılmalara ve töhmete yol açmamaları, hüküm verirken uyku, öfke, keder ve benzeri nedenlerle sağlıklı düşünmeye engel bir hal içerisinde bulunmamaları sağlanmıştır.⁶⁹ Bu bağlamda kadının hukuka uygun ve adaletli hükümler vermesinde dolaylı olarak denetim sağladıkları söylenebilir. Aynı zamanda taraflardan gelebilecek itirazlar karşısında şuhûdü'l hâl, kadının tarafsız

⁶⁷ Ekinci, E. Buğra, "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)", Belleten, Türk Tarih Kurumu Basımevi, C. LXXV, S. 244'ten ayrışım, 2002, s.976; Fendoğlu, 1996, s.264.

⁶⁸ Aydın, 2013, s.84; Cin/ Akyılmaz, 2018, s.174.

⁶⁹ Kılınc, Ahmet, "Osmanlı Devletinde Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı", *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2017, s.142-178.

ve adaletili davranarak hüküm verdiğinin ispatında, hâle şahitlik etmelerinden dolayı önemli bir delil teşkil etmektedir.

Kadılar buldukları kazâlarda hukukî görevlerinin yanında birtakım önemli idarî görevler de ifa etmekteydi. Bu nedenle bazı durumlarda bölgedeki kaim-i makam, subaşı, voyvoda, sancakbeyi, beylerbeyi gibi ehl-i örften kimselerle karşı karşıya gelebilmekte, aralarında nüfuz mücadelesi yaşanabilmekteydi. Ehl-i örften kimselerin veya başka makam ve güç sahibi kişilerin taraf oldukları davalarda kadıların baskı altında kalmadan, bağımsız bir şekilde yargılamada bulunabilmelerinde şuhûdü'l hâl önemli bir rol üstlenmiştir. Bu davalarda şuhûdü'l hâl sayıca her zamankinden daha fazla olduğu gibi üst kesimden saygın ve vasıflı kimselerden teşekkül etmiştir. Toplum nezdinde kabul ve kıymet gören bir heyetin halkı temsilen yargılamada hazır bulunması kadıya yapılabilecek müdahaleleri önlemede ve kadının, yargılamanın bağımsızlığını koruyarak hüküm vermesinde etkili olmuştur.⁷⁰

Kadının baskı ve müdahalelere maruz kalmadan bağımsız bir şekilde âdil ve tarafsız hüküm vermesini sağlayan şuhûdü'l hâlin mahkemede hazır bulunabilmesi hem İslâm hukukunda hem de Osmanlı hukukunda yargılamanın aleniliği prensibinin benimsenmiş olması sayesinde. Tarafların iddia ve savunmalarının, yargılamanın, ortaya konan delillerin ve kadı tarafından verilen hükmün, gözlemci sıfatıyla hazır bulunanlar tarafından duyulması ve anlaşılması kamu vicdanında adaletin yerini bulduğu ve hakkın sahibine teslim edildiği kanaatinin oluşmasına yardımcı olmaktadır.⁷¹ Bu sayede verilen hükme itiraz edilmesi veya yargı mercinin adaletle hükmetmediğine dair kanaatlerin oluşması önlenmektedir. Şuhûdü'l hâl yargılama sürecinin şeffaflığını sağlayarak yargı mercinin saygınlığının ve güvenilirliğinin teminatı olmaktadır.

SONUÇ

Şuhûdü'l hâl, Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde kendine özgü yeri olan ve şer'iyye sicillerinde sıklıkla karşılaşılan bir müessesedir. Müessesenin temelleri İslâm hukukunun erken dönemlerinde atılmış ve İslâm ve Türk devletlerinin neredeyse tamamında uygulama alanı bulmuştur. Teşekkülünde İslâm hukukuna göre yazılı vesikaların, muhtevalarına şahitlik edecek kimseler olmadan kesin delil kabul edilmemesi ve güvenilir şahitlerin varlığına duyulan ihtiyaç etkili olmuştur. Mahkemelerde ulemadan güvenilir, âdil kimseler hazır

⁷⁰ Ünal Özkorkut, Nevin, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.1, 2008, s.234.

⁷¹ Turgut, Hasan, *Osmanlı'dan Günümüze Türk Hukukunda Yargı Etiği ve Hâkimin Vasıfları*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s.86; Aslan, Nası, *İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Kitabevi, Adana, 2018, s.168-171.

tutulmaya başlanmış ve şuhûd/şuhûdü'l udûl denilen bu heyet şâhitlerin soruşturulması, mahkeme kararlarına şâhitlik edilmesi ve bu kararların tescilinin sağlanması hususlarında görev almıştır. Zamanla belge tanziminde uzmanlaşan bu kimseler hukukî muamelelerin düzenlenmesi ve tescili görevini de ifa etmişlerdir. Aynı zamanda aralarında çok sayıda fakih, muhaddis, müfessir ve âlim olması sebebiyle ihtiyaç duyulan hallerde danışma kurulu işlevi görmüşler, teknik ve ayrıntılı bilgi gerektiren hallerde ise ehil kimseler olarak bilirkişilik fonksiyonu üstlenmişlerdir.

Osmanlı'da ise şuhûdü'l hâl adıyla anılan müessese bazı yönlerden şuhûd/şuhûdü'l udûl heyeti ile benzer özellikler gösterse de yargı teşkilatı içerisinde daha sınırlı ve ayırt edici bir role sahiptir. Osmanlı'daki şuhûdü'l hâlin, geçmişteki uygulamalardan ayırt edilmesi ve fonksiyonlarının tamamıyla ayniyet gösterdiği yanılığının terk edilmesi gerekmektedir.

Öncelikle adlandırmaları her ne kadar benzerlik gösterse de şuhûdü'l hâl ile şuhûdü'l udûl tabirlerinin eş manada kullanılamayacağını belirtmek gerekir. Osmanlı yargılama hukukunda şuhûdü'l udûl tabirinden kasıt, dava konusu somut olaya şâhitlik eden ve kadı önünde bu şâhitliklerini şehâdet lafzıyla beyan ederek ihtilâfın nihayete erdirilmesinde aktif rol oynayan kimselerdir. Şuhûdü'l hâlin ise mahkemenin işleyişine kural olarak herhangi bir müdahalesi söz konusu olmadığı gibi şâhitlikleri somut olaya değil yargılama sürecine ilişkindir.

Şuhûdü'l hâl yargılama sürecini gözlemlemekte, varlığıyla kadının tarafsız ve âdil davranmasında, baskılardan uzak ve bağımsız hareket edebilmesinde etki göstermektedir. Bu bağlamda yargılama faaliyetinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinde, adaletli ve isabetli hüküm verilmesinde hem dolaylı bir denetim sağlamakta hem de bu hususta gelebilecek itirazlara karşı bir ispat vasıtası olmaktadır.

Şuhûdü'l hâlin tarih boyunca üstlendiği diğer fonksiyonlar ise Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde farklı görevliler tarafından üstlenilmiştir. Şâhitlerin tadil ve tezkiyeleri müzekkiler tarafından gerçekleştirilmiştir. Mahkeme kararlarının zabta geçirilmesi, hukukî muamelelerin düzenlenmesi ve tescili kâtiplerin görevi olmuştur. Osmanlı yargılama hukukunda fetva yoluna sıkça müracaat edilmiş, bu noktada şuhûdü'l hâlin değil müftülerin müşâverede rol aldıkları görülmüştür. Uzmanlık gerektiren teknik meselelerde ise bilirkişilik müessesesi faaliyet göstermiştir. Bazı hallerde bilirkişilik ve şuhûdü'l hâl müesseselerinin tek heyet üzerinde birleştiği de görülmektedir. Şuhûdü'l hâlin üstlendiği asli fonksiyon ise yargılamanın aleniliğini sağlamak, mahkeme sürecine, mahkemede gerçekleşen işlemlere ve verilen hükme şâhitlik etmek, böylelikle bir nevi denetim sağlamak ve teminat oluşturmak olmuştur.

Devletlerin refahı ve uzun ömürlü olmaları adalet mekanizmalarının nasıl işlediğiyle yakından alakalıdır. Osmanlı Devleti, yargılama makamlarının halk nezdinde itimat gördüğü, hukuka riayetin

titizlikle sağlandığı kuruluş ve yükseliş dönemlerinde altın çağını yaşamış, giderek haksız kazanç ve rüşvetin adaleti tesis etmekle görevli makamlara sirayet etmesi ise hızlı bir çözölme başlatmıştır. İyi işleyen adalet mekanizmalarında yargı bağımsızlığı ve yargılamanın aleniyetinin temini vazgeçilmez bir husustur. Bunu sağlayacak müessese ve kuralların önemi Osmanlı pratiği ve şuhûdü'l hâl özelinde yeniden gözlemlenmektedir.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, C.1.
- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, C.2.
- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul, 1991, C.3.
- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, C.4.
- Akgündüz, Ahmet, *Şer'îye Sicilleri*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1988, C.1.
- Aktaş, Ayşe, Osmanlılar'da Şurût İlmi: Ali Haydar Efendi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Aslan, Nasi, *İslâm Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Kitabevi, Adana, 2018.
- Aslan, Nasi, *İslâm Yargılama Hukukunda "Şühüdül - Hâl" Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, Karahan Kitabevi, Adana, 2018, 2.Baskı.
- Atar, Fahrettin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2019, 3. Baskı.
- Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, 3. Baskı.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi, Konya, 2017, 6.Bası (Güncelleştirilmiş).
- Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 10. Baskı.
- Bardakoğlu, Ali, "Beyyine", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, C.6, ss.97-98.
- Başoğlu, Tuncay, "Tezkiye", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2012, C.41, ss.77-79.
- Bayındır, Abdulaziz, *İslâm Muhâkeme Hukûku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2015, 2. Baskı.
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Fıkıh İlmi & İslâm Hukuku Terimleri Sözlüğü*, Haz.: Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2017, 2. Baskı.
- Cin, Halil / Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2018, 10. Baskı.
- Devellioğlu, Ferit, *Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Aydın Kitabevi, Ankara, 2012, 29. Baskı.

Doğan, Hasan, “İslam Muhakeme Hukukunda Ta’dil ve Tezkiye”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S.29, 2017 Nisan, ss. 9-20.

Ekinci, E. Buğra, *Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk*, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, 5. Baskı.

Ekinci, E. Buğra, “Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)”, *Belleten*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, C. LXV, S. 244’ten ayrıbasım, 2002.

Erünsal, İsmail E., “Osmanlı Mahkemelerinde Şâhitler: Şuhûdü’l-’udûlden Şuhûdü’l- hâle Geçiş”, *Osmanlı Araştırmaları*, C.LIV, 2018, ss.303-352.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı*, Beyan Yayınları, İstanbul, 1996.

Gür, A. Refik, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Kadılık Müessesesi*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, 2. Baskı.

İpşirli, Mehmet, “Osmanlı Devletinde Kazaskerlik (XVII. yüzyıla kadar)”, *Belleten*, C.61, S.232, 1997 Aralık, ss.597-699.

Karaman, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2017, 13. Baskı.

Kılınç, Ahmet, *Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Kılınç, Ahmet/ Kayar, Betül, “Osmanlı Yargılama Hukukunda “Şuhûdü’l Hâl”in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği”, *Adalet Dergisi*, S.62-63, 2019 Aralık, ss.33-48.

Kılınç, Ahmet, “Osmanlı Devletinde Hâkimlerin Uyması Gereken Etik İlkeleri: Hâkimin Adabı”, *Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu*, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2017, ss.121-187.

Kılınç, Ahmet, “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.2, ss.15-81.

Ortaylı, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı*, Kronik Yayınları, 2019, 10. Baskı.

Ortaylı, İlber, *Türkiye Teşkilât ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, 3. Baskı.

Örsten Esirgen, Seda, “Osmanlıdan Cumhuriyete Noterliğin Gelişimi”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.1, ss.49-86.

Örsten, Seda, “Osmanlı Hukukunda Fetvâ”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2005.

Özdemir, Rifat, *XIX. Yüzyılın İlk Yarısında Ankara*, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1986.

Saylan, Şenol, “İslam Hukukunda Belge Tanzîmi: İlm-i Şürût (Belgeleme İlmî)”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Saylan, Şenol, “Celâleddin El-İmâdî'nin Ğurerü-ş-Şürût ve Dürerü's-Sümût Adlı Eserinin Tahkik ve Tahlili”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.

Serahsî, *Mebisüt*, Ed.: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, C. 16.

Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş*, Çev.: Mehmet Dağ/ Abdulkadir Şener, Otto Yayınları, Ankara, 2018.

Şentop, Mustafa, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, Klasik Yayınları, İstanbul, 2005.

Taş, Hülya, “Osmanlı Kadı Mahkemesindeki “Şühûdü'l Hâl” Nasıl Değerlendirilebilir?”, Bilig, S.44, 2008 Kış, ss.25-44.

Turgut, Hasan, *Osmanlı'dan Günümüze Türk Hukukunda Yargı Etiği ve Hâkimin Vasıfları*, Adalet yayınları, Ankara, 2019.

Türcan, Talip, “Şûra”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, C.39, ss.230-235.

Türkzâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi, *Osmanlı Hukuk Sözlüğü: Mükemmel İstilâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası*, Haz.: Fethi Gedikli/ İbrahim Enes Onat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, 3. Baskı.

Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Yayınları, Ankara, 2011, 15. Bası.

Ünal Özkorkut, Nevin, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.1, 2008, ss.225-242.

Yurtseven, Yılmaz, “İslam-Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şahitlik Müessesesi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2, 2018, ss.85-140.

Yurtseven, Yılmaz/ Kayar, Gülcan, “Osmanlı Muhakeme Hukukunda Şühûdü'l Hâl”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, 2018 Haziran, ss.57-77.

İNTERNETTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN GÖREV VE SORUMLULUKLAR KAPSAMINDA BİLGİYE ERİŞİM VE GİZLİ BİLGİ PAYLAŞIMI

*Duties and responsibilities relating to freedom of expression on the Internet
Access to information and disclosure of confidential information*

Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL*

Özet: Gelişen yeni teknolojiler ışığında, ifade özgürlüğünün de internet üzerinde aktif şekilde kullanılmaya başlandığı ve basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü üzerinde gerçekleşen kısıtlamaların, internetin hızlı ve daha geniş kitlelere ulaşabilen ve kalıcılığı olan bir mekanizma olması da düşünüldüğünde çeşitlilik arz ettiği görülmektedir. Özellikle pandemi sonrası son dönemde, kamuoyunun bilgi alma hakkı çerçevesinde güvenilir ve doğru bilginin aktarılması anlamında sosyal medyada gazetecilik faaliyetinin önemi yadsınamaz. Bu noktada devlet organlarının sağlıklı bilgi akışı sağlanmasının önündeki engelleri ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri alması ve sosyal medyada kullanılan ifade özgürlüğü üzerinde demokratik toplumda gerekli olmayan, ölçüsüz müdahalelerden kaçınması gereklidir. Bu noktada, devlet organları elinde bulunan gizli ibareli olduğu değerlendirilen bilgiye erişim hakkının da ayrıca kamu yararı güden konularla ilgili olarak demokratik tartışma ortamına katkı sağlanması değerlendirilerek, çatışan haklar arasında bir denge analizinin uluslararası insan hakları standartları çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Gizli bilgilerin yayınlanmasına ilişkin yapılacak tartışmada, özellikle basın özgürlüğüne tanınmış garantilerin ve basının halkın gözcüsü konumunda olduğu dikkatlerden kaçmamalı, ancak açıkça kanuna aykırı yönemlere başvurulması haliyle sınırlı bir değerlendirme yapılması gereklidir. Bu noktada özellikle yerel mahkemelere düşen demokratik toplumda gereklilik testinin uygulanmasına ilişkin kapasitenin artırılması ve ifade özgürlüğüne yönelik olarak ceza hukukunun caydırıcı şekilde kullanılmasının önüne geçilecek adımların atılması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: İnternet, ifade özgürlüğü, gizli bilgi, bilgiye erişim, gazetecilik

Abstract: In the light of developing new technologies, freedom of expression is started to be used actively on the Internet, and the restrictions on press freedom and freedom of expression vary considering that the internet is a rapid and permanent mechanism that can reach a wider audience. Especially in the recent period after the outbreak of COVID-19, the importance of journalism activity in social media is undeniable in terms of transferring reliable and correct information within the framework of the right of public to demand information. At this point, it's necessary that state organs should take the necessary measures to eliminate the obstacles to ensure a healthy information flow, and avoid extreme intervention in the democratic society, which is not necessary in the social media in terms of freedom of expression. Thus, a fair balance between conflicted rights needs to be carried out in accordance with international human rights standards. It should be noted that the right of access to information which is considered as confidential by the state authorities contributes to the discussion on matters of public interest. In the discussion about the disclosure of confidential information, especially the guarantees granted to press freedom and the fact that the press is considered as a *public watch dog* have to be taken into account, however, a limited restriction may be considered only in case of use of methods which are clearly contrary to the law. At this point, some steps should be taken to prevent the use of penal code as a deterrent for the freedom of expression and to increase the capacity for the implementation of the necessity test especially in the democratic society in the domestic courts.

Keywords: Internet, freedom of expression, confidential information, access to information, journalism

* İstanbul Barosu, ORCID ID : <https://orcid.org/0000-0001-6157-7549>
Makale Geliş Tarihi: 15/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 26/06/2020

Giriş

Çin'de ortaya çıkan ve dünyayı etkisi altına alan korona virüsü nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü tarafından salgının pandemi ilan edilmesi üzerine, salgınla mücadele tedbirleri alınmaya başlandı. Hatta Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkeler bu gelişme üzerine temel hak ve özgürlüklere getirecekleri birtakım sınırlamalar kapsamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden [AIHS] kaynaklanan bazı yükümlülüklerini AIHS madde 15 kapsamında askıya aldıklarına dair Avrupa Konsey, Genel Sekreteri'ne bildirimde bulundular¹. Bu çerçevede AIHS'te garanti altına alınmış ve bir sınırlama rejimine tabi olan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak, devletlerin salgınla mücadele kapsamında alacakları tedbirlerin, pek çok hak arasında, özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı, özel hayat ve aile hayatının korunması ve ifade özgürlüğünün korunması bakımından bazı hukuki sorunları beraberinde getirdiği söylenebilecektir. Bu makale özelinde ele alınacak olan konu ise ana hatlarıyla ifade ve basın özgürlüğü bağlantılı olarak ortaya çıkan bazı meselelerdir.

İçinde bulunduğumuz salgını da kapsayacak şekilde genel olarak kriz dönemlerinde, Devletlerin güvenilir bilgi akışını sağlamak için uygun ortamı yaratmak ve özellikle basının bilgi verme hakkını kullanmasına yönelik caydırıcı etki oluşturabilecek her türlü müdahaleden kaçınmak konusunda pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda, kamuoyunun güvenilir ve doğru bilgiye erişiminin sağlanması için Devletlerin gereken tüm kolaylıkları sağlaması ve ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü üzerinde meşru olmayan ve ölçsüz bir müdahalede bulunulmaması gerektiği Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Raportörü ve ifade özgürlüğü alanında çalışan uluslararası sivil toplum kuruluşları tarafından açıklamalar yayınlanmıştır².

Özellikle sosyal medya üzerindeki paylaşımlara yönelik erişim engellemeleri başta olmak üzere internet üzerinde erişime getirilen çeşitli sınırlamaların ifade özgürlüğüne ilişkin uluslararası standartlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsama gizli ya da devletin güvenliğine ilişkin olduğu devlet otoriteleri tarafından değerlendirilen bilgiye erişim de dahildir.

¹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>

² <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-governments-must-protect-essential-role-of-journalists-in-democracy-especially-in-times-of-crisis>; <https://www.coe.int/en/web/portal/-/coronavirus-guidance-to-governments-on-respecting-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law>; <https://news.un.org/en/story/2020/05/1063152>; <https://www.article19.org/resources/ensuring-the-publics-right-to-know-in-the-covid-19-pandemic/>; <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Guidance%20on%20COVID-19%20related%20Hate%20Speech.pdf>;

Bu çalışmada internet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik müdahaleler, özellikle bilgiye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilecek ve bu kapsamda “gizli” olarak nitelendirilen belgelerin paylaşılması konusu insan hakları hukuku açısından tartışılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin [AİHM] özellikle internet üzerinde kullanılan ifade özgürlüğüne ilişkin belirlediği ilkeler ışığında öncelikle gazetecilik faaliyeti açısından bir değerlendirme yapılacak [I], akabinde ise özellikle gizli olarak nitelendirilen bilgilere erişim ve yayımlanmasıyla ilgili olarak sınırlamaların kapsamına değinilecektir [II].

I. İnternette bilgiye erişim hakkı ve gazetecilik faaliyetinin korunması

Bu bölümde öncelikle, internet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılmasının kapsamı ve devlet otoriteleri tarafından sosyal medya paylaşımlarının izlenmesi ile, içeriğe getirilen sınırlamalar ve erişim engellemeleri dikkate alınacak (a), daha sonra basın özgürlüğüne sağlanan geleneksel teminatlar çerçevesinde kalınarak gazetecilik faaliyeti bakımından internet üzerinde basına yüklenen görev ve sorumlulukların farklılaşp farklılaşmadığına değinilecektir (b).

a) İnternet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılması ve devlet otoriteleri tarafından izlenmesi

İnternet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılması demokratik tartışma ortamına katkıda bulunmak bağlamında düşünceleri ifade etmek ve kamuoyu açısından da bu bilgilere erişmek günümüzde özel bir önem içermektedir. İnternette bilginin hızlıca yayılması ve geniş kitlelere ulaşması bağlamında yeni teknolojilerin gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğünün kullanılmasında baskıya ve caydırıcı bir etkiye maruz kalmadan bu paylaşımları yapabilmesi önemli bir garantidir. Devletin de bu durumu temin edebiliyor olması gerekir. Özellikle internet üzerinde anonim olarak ifade özgürlüğünün kullanılması da bireyler açısından önemli bir teminattır ve ifade özgürlüğünü hiçbir korku ve baskı hissetmeden kullanabilmesinin bir yoludur. Bununla birlikte, sosyal medyada suç teşkil eden paylaşımlarda bulunanların çeşitli ceza soruşturmaları kapsamında tespit edilebilmesi için, merkezleri yurtdışında bulunan yer sağlayıcıların kişisel verileri soruşturma mercilerine, kural olarak çocuk pornografisi veya insan öldürme suçları dışında, kişisel verileri koruma meşru gerekçesiyle aktarmamasından kaynaklanan ancak yürütülen soruşturmanın akıbetini etkileyen bazı hukuki sorunlar yaşamakta olduğu da kamu otoriteleri tarafından dile getirilmektedir.

Bireylerin kimliklerini gizleyerek anonim hesaplar üzerinden paylaşımında bulunması şüphesiz ki ifade özgürlüğünün nasıl kullanılacağına bireyin takdirinde olmasıyla ilişkilidir. İfade özgürlüğünün kullanım biçiminin de ifade özgürlüğü bağlamında

garanti altına alınmış olduğu tartışma konusu değildir³. Zira ifade özgürlüğü çerçevesinde ifadenin içeriği korunduğu gibi, ifade etme şekli de korunur⁴. Bununla birlikte ifade özgürlüğü korumasının sınırını şiddet ya da şiddete teşvik içeren, şiddeti öven, nefrete teşvik içeren paylaşımlar oluşturmaktadır⁵.

Öte yandan, internet ortamında yapılan paylaşımların kolluk tarafından sanal devriye yöntemi uygulanarak izlendiği ve kolluk tarafından yapılan bir değerlendirmeye, suç teşkil edebileceği konusunda izlenim oluşan sosyal medya paylaşımlarının ihbar mahiyetinde soruşturma makamlarına iletilmekte olduğu gözlemlenmektedir. Bu paylaşımları içeren kolluk fevlekelerinin ifade özgürlüğü ile çatışan diğer haklar açısından, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, suç işlemenin önlenmesi, ulusal güvenlik, kamu düzeni gibi meşru gerekçeler somut olarak tartışılmadan ve bir adil denge analizine tabi tutulmadan iddianameye dönüştürülmesi pratiği ise uygulamada ceza kanunlarındaki pek çok suç tipinin keyfi şekilde ifade özgürlüğü bağlantılı konularda kullanılmasına neden olmaktadır. Ancak asıl tartışılması gereken mesele, bu iddianamelerin kaynağı olarak kullanılan bilgileri kolluğun hangi kanuni temele dayanarak ve hangi usuli garantiler sağlanarak elde ettiğidir. Zira kolluğun sanal devriye yetkisine ilişkin olarak, istihbari bir yetki olmakla, kanunda öngörülmüş bir düzenleme mevcut değildir⁶. Bununla birlikte, 5559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu [PVSK] Ek 6. Maddesinin 13. Fıkrasında yetkili savcılığın belirlenmesine ilişkin kolluğa verilen bir yetki bulunmakta idi ve bu yetki internet abonelerinin kişisel verilerinin toplanması ve bir sanal devriye oluşturulmasına ilişkin bir düzenleme idi. Kolluğa verilen böyle bir yetki, ancak yargısal bir garanti ile kullanılabileceğinden, kolluğa tek başına ve yargısal garantileri bypass ederek bu kişisel veri toplama yetkisi verilmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğinden ve dolayısıyla demokratik toplumda gerekli olmadığında iptal edilmiştir⁷. Buradan da anlaşılmaktadır ki, internet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılması halinde ifade özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin üçlü testin uygulanması yani kanunilik ilkesi, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik incelemesinin her şart altında yapılması gereklidir. Bu değerlendirmenin yapılmasına bir muafiyet getirilmesi ya da devlet

³ AIHM Murat Vural/Türkiye, Başvuru no: 9540/07; § 44, 21/10/2014; AIHM Karakaş/Türkiye, Başvuru no: 76991/01, 13/06/2006

⁴ AIHM Jersild/Danimarka, Başvuru no: 76991/01, 23/09/1994

⁵ AIHM Gündüz/Türkiye [Kabul Edilebilirlik Kararı], Başvuru no: 59745/00, 13/11/2003; AIHM Erbakan/Türkiye, Başvuru no: 59745/00, 06/07/2006; AIHM Sürek (no 1)/Türkiye, Başvuru no: 26682/95, 08/07/1999; AIHM Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, Başvuru no: 12606/11, 17/12/2013; AIHM Altıntaş/Türkiye, Başvuru no: 50495/08, 10/03/2020

⁶ AIHM Mustafa Sezgin Tanrıkulu/Türkiye, Başvuru no: 27473/06, 18/07/2017

⁷ Anayasa Mahkemesi (AYM), 2018/163 E. sayılı 19/02/2020 tarihli iptal kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2020-13.docx>

makamlarına bir açık çek verilmesi ulusal güvenlikle ilgili endişeler de dahil kriz zamanlarında dahi mümkün değildir. Aksine böyle zamanlarda Devlet organlarının takdir yetkisi geniş olsa da hukukilik denetimi daha sıkı uygulanır⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM] içtihadına bakıldığında, *Sloninya'ya karşı Benedik* kararında⁹, polisin, çocuk pornografisine ilişkin bir paylaşım sitesinde paylaşım yapılmasına dinamik IP adresine dayalı kullanıcı bilgisini mahkeme kararı olmaksızın elde etmesi AİHS'nin 8. Maddesi kapsamında ele alınmıştır. Bu yetkiyi veren kanun maddesinin keyfilige karşı garanti sağlanmaması ve kanun maddesinin açıklık içermemesi nedeniyle kanunilik kriterini karşılamadığından dolayı ihlal kararı verilmiştir.

Aynı doğrultuda, *Avusturya'ya karşı bir başvuruda*, Polis Yetkileri Kanunu'nda da internet kullanıcıları ve cep telefonu verisinin herhangi bir bildirim yapılmadan ve iç hukukta bir başvuru yolu bulunmadan polis tarafından istenmesine ilişkin yetkiyi Anayasa Mahkemesi önüne taşımış ve doğrudan mağdur olmaması nedeniyle edilemez bulunması dolayısıyla AİHM önünde kanunilik kriterini taşıması nedeniyle başvuruda bulunmuştur. Bu başvuru da Hükümet'e özel ve aile hayatını korunması hakkı kapsamında bildirmiştir¹⁰.

Bu kararlarla birlikte değerlendirildiğinde, internette ifade özgürlüğünü kullanan kişilere ilişkin olarak yürütülen ceza soruşturmalarında her şart ve koşul altında kanuna dayalı, yargısal garantilerin sağlandığı, kanunda var olan meşru amacın güdüldüğü ve demokratik toplumda gerekli ve son tahlilde ölçülü bir müdahalenin var olup olmadığı yetkili yargı organları tarafından dikkate alınmalıdır. Yargı mercilerinin bu denge analizinde kullandıkları gerekçelerin yeterli ve uygun olması gereklidir.

Öte yandan, internet ortamında yapılan paylaşımlara erişim engeli getirilmesinin de aynı garantilere ve denge analizine tabi olması ve tümünden bir yasak [*blanket ban*] oluşturabilecek keyfi ve demokratik toplumda gerekli olmayan sınırlamalar yoluna gidilmesinden kaçınılmalıdır. AİHM daha önce de 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu'nun değişiklik öncesi 8. maddesi çerçevesinde *Google Sites* isimli internet adresine uygulanan erişim engellemesine ilişkin olarak *Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım* başvurusunu karar bağlamıştır. Bu kararda yerel mahkemenin internet erişiminin bütün halinde engellenmesinin gerekli olup olmadığını değerlendirirken, çatışan menfaatlerden herhangi birine ağırlık

⁸ AİHM *Klass ve diğerleri/Almanya*, Başvuru no: 5029/71, 06/09/1978

⁹ AİHM *Benedik/Slovenya*, Başvuru no: 62357/14, 24/04/2018

¹⁰ AİHM *Ringler/Avusturya*, Başvuru no:2309/10, 06/05/2013 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

verdiğine ilişkin bir girişiminin bulunmadığını, bu eksikliğin de bu konuda bir inceleme yapma yükümlülüğü yükleyen bir ulusal mevzuat bulunmadığı” tespitinde bulunmuş ve yasanın kanunilik kriterini taşımadığı kanaatine varmıştır¹¹. Bu kararlarla belirlenen temel ilkeler *Türkiye’ye karşı Cengiz ve diğerleri* başvurusunda da YouTube internet platformuna erişimin engellenmesi bakımından tekrarlanmış ve yerleşik içtihat oluşturmuştur¹².

Anayasa Mahkemesi de Wikipedia isimli internet bilgi kaynağına erişimin 5651 sayılı Kanun’un bu sefer 8/A maddesi uygulamasıyla tümüyle engellenmesine ilişkin olarak, *Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri* kararında hem internette erişim engeline ilişkin idari organlara kanunla verilen yetkinin nasıl kullanılacağına hem de yargısal usuli garantiler çerçevesinde yargı mercilerinin hangi temel ilkeleri gözetmesi gerektiğine değinmiştir¹³. Anayasa Mahkemesi bir internet sitesinin erişiminin tümüyle engellenmesinde de yine yeterli ve uygun gerekçelendirilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiş ve tümüyle bir erişim engelinin getirilmesinin demokratik toplumda gerekli olmadığına kanaat getirmiştir¹⁴. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi’nin ifade özgürlüğü ile çatışan haklar bakımından yapılan denge analizini erişim engellemeleri bakımından da uyguladığı ve özellikle de hem idari mercilere hem de yargı makamlarına uymaları gereken orantılılık incelemesi kriterlerini hatırlatarak, yeterli ve uygun gerekçe ile sınırlamaları değerlendirmelerinin altı çizilmiştir.

Bununla birlikte özellikle pandemi ile mücadele kapsamında alınan tedbirler arasında, internet üzerinde erişim engellemelerinde bir artış olduğu söylenebilir¹⁵. Ancak ulusal makamların erişim engellemeleri bakımından ifade özgürlüğü bağlamında çatışan haklar arasında adil denge kurarken, Anayasa Mahkemesi’nin tespitlerinin aksine, kanunda öngörülme-yen birtakım amaçları da kullandıkları ya da tedbirin acil bir sosyal ihtiyaca nasıl cevap verdiğini somut olayda uygun ve yeterli şekilde gerekçelendiremedikleri de gözlemlenmektedir. Bu noktada, özellikle haber siteleri açısından gazetecilik faaliyetinin icra edilmesinin de gerektiği gibi dikkate alınıp alınmadığı tartışmaya açıktır.

¹¹ AİHM Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, 18/12/2012

¹² AİHM Cengiz ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 48226/10 14027/11; 01/12/2015

¹³ AYM Genel Kurulu Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri kararı, Başvuru no: 22355/17, 15/01/2020 <https://www.anayasa.gov.tr/media/6426/2017-22355.pdf>

¹⁴ AYM Ali Ergin Demirhan kararı, Başvuru no: 2015/16368, 11/3/2020 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16368?KelimeAra%5B%5D=sendika>

¹⁵ <https://www.dw.com/tr/verilerle-turkiyede-yayin-ve-erisim-yasaklari/a-53307444>; <https://www.icisleri.gov.tr/sosyal-medyada-asilsiz-koronavirus-paylasimlari-ve-terror-propagandasi-yapan-1748-hesap-tespit-edildi>; <https://www.rtuk.gov.tr/haberler/3787/8296/basin-aciklamasi.html>;

b) Gazetecilik faaliyeti bakımından internet üzerinde yüklenen görev ve sorumluluklar

AİHM kararlarına da bakıldığında, hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette basının vazgeçilmez rolü vurgulanmakta olduğu bilinmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamındaki meşru amaçlarla sınırlı olacak biçimde birtakım sınırlamalar getirilebilirse de siyaseti ve kamuoyunu ilgilendiren konularda bilgi ve fikir aktarmak basının görevidir. Basın özgürlüğü siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını öğrenmeleri ve haklarında bir kanaat oluşturmalarında halka sunulmuş en iyi araçlardan biridir¹⁶. Bu anlamda basın *halkın gözcüsü/ köpeği (public watch dog)* olarak nitelendirilmektedir. Basın özgürlüğü aynı zamanda bir dereceye kadar abartı ve provokasyona ve hatta tahrike izin verir¹⁷. Kamuoyunun toplumun bir kesimindeki, bölücü olmayan ve şiddete teşvik etmeyen ve resmi tezin aksi yöndeki görüşler hakkında bilgi alma hakkı da vardır¹⁸. Bu aslında *Birleşik Krallığa karşı Handyside* davasından beri yerleşik içtihadı dönüştüren "*halkın bir kesimini rahatsız eden, şoke eden, kaygılandırarak görüşlerin de ifade özgürlüğü korumasından yararlanacağı*" prensibinin de bir getirisi¹⁹. Kaldı ki basın açısından, başkalarını rencide veya tahrik edebilecek, itibarını zedeleyebilecek beyanlara resmen ve sistematik olarak mesafeli durmaları yönünde genel bir koşul getirilmesi, basının güncel olaylar, görüşler ve fikirler hakkında bilgi verme rolüyle bağdaşmamaktadır²⁰. Elbette basın özgürlüğüne ilişkin geleneksel prensiplerin, internet üzerinde kullanılan basın özgürlüğü için de aynı şekilde geçerli olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak internet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanılmasının kapsamında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesinde internetin kendisine has yapısal özelliğinin de dikkate alınması gerekeceği söylenebilir²¹.

Geleneksel basın araçlarına teknolojinin getirisiyle internetin de eklendiği dikkate alındığında, basın özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin kanuni temellerin interneti de kapsadığına ilişkin yasal mevzuatta bir açıklık bulunması gerekir. Zira devletlerin gazetecilerin internet üzerinde de basın özgürlüğünü kullanmalarına ilişkin bir yasal çerçeve oluşturması konusunda bir pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. *Ukrayna'ya karşı Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel* kararında, geleneksel basın mevzuatının internet üzerindeki yayınlar için de

¹⁶ AİHM Castells/, Başvuru no: 11798/85, § 236, 23/04/1992

¹⁷ AİHM Prager ve Oberschlick/Avusturya, Başvuru no: 15974/90, 26/04/1995

¹⁸ AİHM Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, Başvuru no: 12606/11, 17/12/2013

¹⁹ AİHM Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5493/72, 07/12/1976

²⁰ AİHM Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29/03/2001; AİHM Saygılı ve Falakaoğlu/Türkiye, Başvuru no: 39457/03, 21/10/2008; *gerçeğin çarpıtılmasına ilişkin* AİHM Ruzovy Partner/Çekya, Başvuru no: 20240/08, § 32, 02/02/2012

²¹ Genel olarak, DUBUISSON François-RORIVE Isabelle, La Liberté d'expression a l'Epreuve d'Internet, s. 361-394; COCOLLI Jacapo, The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: an Analysis of Some Critical Issues in the Digital Area, Volume 1, Issue 2, July 2017, 224-250

otomatik olarak uygulanacağı bununla ilgili olarak özel düzenlemeler içermesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararda önemli olan tespit, gazetecilerin internette daha önce yayımlanmış haber ve bilgileri yeniden yayımlamasına ilişkin olarak yasal mevzuatta açık düzenleme yapılması gerektiğidir²². Kanunda böyle bir açıklık olmadığından, bu başvuruda kanunilik kriteri açısından ihlal kararı verilmiştir.

Bu çerçevede özellikle gazetecilik faaliyetinin icra edilmesi bakımından, internet üzerindeki paylaşımların aynı zamanda internet arşivlerini de oluşturduğunu vurgulamakta fayda bulunmaktadır. Bilinmektedir ki, internet üzerinde paylaşılan bir bilginin internet üzerinde tümüyle silinmesi teknik olarak mümkün değildir. Buna ilişkin birtakım tedbirler alınarak internet arama motorlarının ihtilaf konusu içerikleri hakları zedelendiği iddiasında olan kişinin talebi üzerine liste dışı bırakması ya da internet sitelerinde uyar-kaldır sistemi ya da filtreleme gibi tekniklerin kullanılması mümkündür. Bu teknik imkân, doktrinde ve kamuoyunda her ne kadar “unutulma hakkı” olarak algılsa da hukuki anlamda bir unutulma hakkı söz konusu olmadığı söylenebilir²³. Zira liste dışı bırakma yöntemiyle içeriği arama motorundan ve internet üzerinden tamamen çıkartmanın ya da silmenin mümkün olmayacağını da ifade etmek gerekir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın [ABAD] *Google Spain SL Google Spain SL ve Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ve Mario Costeja González* kararında ilgisiz, geçersiz ve güncel olmayan içeriğin ilgilinin talebi üzerine arama motorundan kaldırılması konusunda arama motoruna yükümlülük yükleyen bir karar verdi²⁴ ve bu karar büyük bir yankı buldu.

Ancak, aynı doğrultuda, ABAD’nın *NT1 ve NT2* kararlarında²⁵ da içeriğin silinmesine ilişkin talepler değerlendirilirken bilgi alma hakkı kapsamında ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması kapsamındaki kişilik haklarının korunması kapsamında denge analizinin yapılması gerektiğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu değerlendirme

²² AİHM Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel/Ukrayna, Başvuru no: 33014/05, § 64, 05/05/2011

²³ DUPONT-LASSALLE Julie, *Beaucoup de bruit pour rien? La précarité du “droit à l’oubli numérique” consacré par la Cour de Justice de l’union européenne dans l’affaire Google Spain*, evur trimestrielle des Droits de l’Homme, 104/2015, s. 1000-1001; SPAHU Irma, *Case Note: Google Spain and Google*, European Oublic Law 21, no. 4 (2015), s.693, s.691-702; MYJER Egbert- KEMPEES Peter, *Lord of the Cloud The Right to be Forgotten; or, hoe the Internet raises new Human Rights questions and how one of them was recently answered by the Court of Justice of the European Union in Google v. Spain*, *Liber amicorum Dean Spielmann*, 411-427, s. 422

²⁴ ABAD *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, 13/05/2014 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

²⁵ ABAD’nın *NT1 ve NT2/ Google LLC*, 13/04/2018 tarihli kararları, değerlendirme için bkz: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/ntl-nt2-v-google-press-summary-180413.pdf>

yapıldıktan sonra liste dışı bırakma yöntemiyle içeriğe müdahale edilebileceği sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada, unutulma hakkı şeklinde bir hakkın bulunduğu algısı bazı hatalı sonuçlara neden olabilir. İhtilaf konusu içeriğin basın özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi ve sonrasında bir adil denge kurularak içerik hakkında bir karar verilmesinin yargısal denetime ilişkin usuli gerekliliklerinin tam olarak sağlanmaması halinde, hukuken sorunlu hatta tek taraflı bir denge analizine neden olabileceği göz ardı edilmemelidir.

Bu denge analizi benzer şekilde AIHM tarafından ele alınan bireysel başvurularda da görülmektedir²⁶. Dolayısıyla içeriğin internet arşivlerinde silinmesi talebine ilişkin çatışan haklar arasındaki demokratik toplumda gereklilik incelemesinin her somut olay bakımından yapılması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu gereklilik internet üzerinde basın ve ifade özgürlüğü üzerinde orantısız ve caydırıcı etki oluşturacak müdahalelerin oluşmasının engellenmesi bakımından önemlidir. Bu noktada, *Türkiye'ya karşı Nedim Şener*²⁷ kararında da AIHM somut olayın özelinde tutuklama tedbirinin uygulanması bakımından başvurucu ve devlet organlarının davranış ve hareketleri üzerine yorum ve araştırma yapan gazeteciler bakımından oto sansür ortamı oluşturacağını vurgulamıştır.

Bu çerçevede, internette suç teşkil ettiği ya da hukuka aykırılık içerdiği iddia edilen içerikler açısından devlet organları tarafından uygulanması düşünülen tedbirlerin ya da yasal düzenleme önerilerinin internet üzerindeki paylaşımlara müdahalede yer ve hizmet sağlayan şirketler açısından özdenetim tedbirlerine başvurulmasına da yol açmaması gerekir. Zira ön bir sansüre yol açacak hiçbir tedbir AIHM içtihadında ifade özgürlüğü üzerinde izin verilen bir müdahale şekli değildir. Aksine, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde sansüre neden olarak caydırıcı etki oluşturacaktır.

Nitekim, AIHM *Birleşik Krallık'a karşı Mosley* kararında, siyasiler tarafından verilen röportajlar ya da soruşturmaların haber yapılmasında gazetecilerin yüksek derecede bir teminattan yararlandığının altını çizmiştir. AIHM somut olayda bir gazetenin yayın yapmadan evvel ilgiliye ön bir bildirimde bulunması gibi bir yükümlülüğünü kabul etmemiştir²⁸.

Bununla birlikte, *Polonya'ya karşı Węgrzynowski ve Smolczewski* davasına konu olayda²⁹ avukat olan başvuruçuların bir gazeteye karşı itibarın zedelenmesi nedeniyle açtıkları davayı kazanmalarının ardından, davaya konu yazının internette erişilebilir olması nedeniyle

²⁶ AIHM M.L. ve W.W./Almanya, Başvuru no: 60798/10 65599/10, 28/06/2018; GILLEMİN Gabrielle, *The Right to be Forgotten: whose Amnesia*, 229-235, s. 230 vd.

²⁷ AIHM Nedim Şener/Türkiye, Başvuru no: 38270/11, § 122, 08/07/2014

²⁸ AIHM Mosley/Birleşik Krallık, Başvuru no:48009/08, § 132, 10/05/2011

²⁹ AIHM Węgrzynowski ve Smolczewski/Polonya, Başvuru no: 33846/07, 16/07/2013

gazetenin bu içeriği kaldırması için talepte bulunmuşlar ancak bu talepleri sansür etkisi doğuracağından ve tarihin yeniden yazılması anlamına geleceğinden reddedilmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi okuyucuların içeriğin ihtilafı olduğundan haberdar olabilmesi için internet sitesine bir link bağlantısı verilmesinin arzu edilir olduğunu belirtmiştir. AİHM bu davada internet arşivlerine erişim ile ilgili meşru amacın ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu belirtmiştir³⁰. AİHM somut olay özelinde ilk derece mahkemesinin denge analizi yapma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Diğer taraftan, ifade özgürlüğünün eleştirel boyutta kullanılmasına ilişkin olarak, AİHM *Fransa'ya karşı Renaud* davasında internette paylaşımlar açısından bir değerlendirme yaparak siyasilerin provokatif paylaşımlara karşı daha hoşgörülü olmasına dikkat çekmiştir³¹. Benzer yaklaşım, kamu görevlilerinin hukuka aykırı olduğu iddia edilen eylemlerine ilişkin kamuoyuna bilgi verilmesi açısından da geçerlidir. AİHM *Rusya'ya karşı Savva Terentyev* davasında genç bir blogger'in polis memurlarına karşı hakaret içeren internet paylaşımlarını değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre bu paylaşımlar hakaretimiz ve saldırgan nitelikte olsa da bu içeriklerin polis memurlarına karşı nefrete teşvik etmediği, şiddet eylemini provoke etmek gibi bir potansiyeli olmadığı gibi, açık ve yakın bir tehlikeye de maruz bırakıcı nitelikte olmadığı altını çizmiştir. Bu sebeple ertelenmiş olsa da hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir³².

II. Gizli bilgiye erişim ve sınırlarının değerlendirilmesi

İnternetin kamuoyunun bilgiye erişmesi açısından zengin bir içeriğe sahip olduğu dikkate alındığında, bu bölümde ilk olarak bireylerin bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğü çerçevesinde ne şekilde ele alındığına göz atılacak (a); ikinci olarak ise, gazetecilik faaliyeti kapsamında elde edilen gizli bir bilginin kamuoyuna aktarılmasının ifade özgürlüğü bağlamında nasıl değerlendirildiği tartışılacaktır (b).

a) Bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi

Özellikle son dönemde korona virüs salgını konusundaki gelişmeler kamuoyunun menfaatini gerektirir ve sağlıklı ve doğru

³⁰ *İnternet arşivlerine ilişkin* AİHM Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2) /Birleşik Krallık, Başvuru no: 3002/03 23676/03, 10/03/2009

³¹ AİHM Renaud/Fransa, Başvuru no: 13290/07, 25/02/2010

³² AİHM Savva Terentyev/Rusya, Başvuru no: 10692/09, 28/08/2018; AİHM Buda/Polonya, Başvuru no: 38940/13, 19/01/2015 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir; aksi yönde AİHM [Büyük Daire] Janowski/Polonya, Başvuru no: 25716/94, 21/01/1999

bilgiye erişim açısından güvenilir gazetecilik faaliyetine de ihtiyaç bulunduğu bir gerçektir. Kriz dönemlerinin kamuoyunun bilgiye erişimini engelleyici bir gerekçe olarak kullanılması mümkün değildir. İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasıyla uyumlu olması gereği göz ardı edilemez³³.

AİHM, bilgiye erişim hakkı konusunda, pandemi dönemine denk gelen *Ukrayna'ya karşı Centre for Democracy and the Rule of Law kararında*, bir sivil toplum kuruluşuna, siyasetçilerin özgeçmişlerinin paylaşılmasına ilişkin talebinin “gizli” bilgi olduğu gerekçesiyle paylaşılmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir³⁴.

Aslında bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğünün kapsamında ilk kez değerlendirilmesi *Macaristan'a karşı Magyar Helsinki* Büyük Daire kararı ile 2016 yılında olmuş ve AİHM bu kararda bilgiye erişim hakkının ortaya çıkabilmesi için birtakım kriterler belirlemiştir. Bu kriterler *bilginin talep edilme amacı, istenen bilginin türü, bilgiyi talep edenin bu bilgiyi alma ve kamuoyuyla paylaşmadaki rolü ve bilginin hazır ve mevcut bir bilgi olup olmadığıdır*³⁵. Dolayısıyla AİHM içtihadında genel bir bilgiye erişim hakkının söz konusu olmadığı ve belirli şartlar ve kriterlerin karşılanması halinde bu hakkın ifade özgürlüğü korumasından yararlanacağını ifade etmek gerekir.

Bununla birlikte Macaristan kararındaki ilkeler çerçevesinde değerlendirme yapan AİHM'nin, *Gürcistan'a karşı Studio Monitori* kararında³⁶ bilgiye erişim hakkı bakımından ihlal sonucuna varmadığını, aksi yönde bir değerlendirme yaptığını görmekteyiz. Bu davada yerel mahkeme arşivinde bazı milletvekillerinin yolsuzlukla mücadele kapsamında önceki suç kayıtlarının istenmesi talebinin reddinde ifade özgürlüğüne ilişkin bir orantısız müdahale görmemiştir.

Diğer taraftan, *Centre for Democracy and the Rule of Law* kararına yeniden döndüğümüzde, somut olayın şartlarında devlet makamlarının “gizli bilgi” olarak değerlendirdiği bir bilgiye erişimde AİHM'nin Gürcistan kararındaki değerlendirmesinin aksine ve Macaristan kararı ile aynı doğrultuda bir değerlendirme yapıldığını görüyoruz. Bu başvuruda seçim kanununda “gizli” olarak belirlenen ve ancak siyasetçinin rızası üzerine verilebileceği belirtilen özgeçmiş bilgisinin talep üzerine verilmemesi söz konusudur. AİHM burada somut olayın şartlarını AİHS'in 8. maddesi kapsamında özel hayatın korunması hakkının

³³ <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis>;
<https://rm.coe.int/msi-joq-2018-rev7-e-draft-recommendation-on-quality-journalism-finalis/168098ab76>

³⁴ AİHM *Centre for Democracy and the Rule of Law/Ukrayna*, Başvuru no: 10090/16, 26/03/2020

³⁵ AİHM [Büyük Daire] *Magyar Helsinki Bizottság / Macaristan*, Başvuru no:18030/11, 08/11/2016

³⁶ AİHM *Studio Monitori/Gürcistan*, Başvuru no: 44920/09 8942/10, 30/01/2020

bir bileşeni olan kişilik hakları ile kamu yararı taşıyan bir bilgiye erişimi ifade özgürlüğü çerçevesinde denge analizine tutmuştur. Bu denge analizinde bilginin “kamu yararı gütmesine” özel bir önem atfedildiğinin altını çizmek gerekir³⁷. Bu çerçevede kamu yararı güden ve demokratik toplumda tartışma ortamına katkı sunan bilgiye erişimde özellikle basının kamunun gözcüsü rolünü oynamasına atfedilen önemi bir kez daha vurgulamak ve değerlendirmeyi bu şekilde yapmak gerekir. Bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğü içinde açıkça tanınması, gazetecilik faaliyeti başta olmak üzere kamuoyunun bilgi alma hakkı kapsamında önemli bir teminattır. Gazetecilik faaliyetine tanınan bu teminatın, demokratik bir toplumdaki önemi dikkate alındığında sivil toplum kuruluşlarına da kıyasen genişletilmekte olduğunun altını çizmek gerekir³⁸.

Dolayısıyla, bilgi alma hakkına ilişkin davaları değerlendirildiğinde, özellikle devlet organları nezdinde tutulan bilgiler açısından AİHM'nin “kamu yararı” kriterini denge analizinde önemli bir yeri olduğunu vurgulamak gerekir.

b) Gazetecilik faaliyeti bakımından gizli bilginin yayımlanması

Yukarıda bilgiye erişim hakkı bakımından ele alınan durumu, özellikle araştırmacı gazetecilik faaliyeti açısından değerlendirildiğinde, internet üzerinde gazetecilik faaliyetinin yürütülmesinde, özellikle devlet organları tarafından “gizli” olarak değerlendirilen bilgilerin yayımlanması bakımından gazetecilerin görev ve sorumluluklarında bir farklılaşma olup olmadığını da ele almak gerekebilir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, kamu yararı gerektiren konulardaki bilginin paylaşılmasında ve toplanmasında gazetecilerin rolü tartışılmazdır. Ancak elbette AİHS 10. maddesinde de belirtildiği üzere ifade özgürlüğünü kullananların belli bir görev ve sorumluluklar da söz konusudur. Bu doğrultuda, gazetecilerin de paylaşıldığı zamanda gerçek görünen ve güvenilir bilgiyi, gazetecilik etiğine uygun olarak aktarması gerektiği AİHM içtihadıyla ortaya konmuştur³⁹.

Öyle ki, gazetecilik etiğini de içine alan bir demokratik toplumda gereklilik analizinin gerçekleştirilmesi sırasında, AİHM profesyonellik ya da gazetecilik tekniğine ilişkin birtakım kuralların olduğunu da belirtmektedir⁴⁰. Ancak şu kuralın da göz ardı edilmemesi ve tekrarlanması gerekir, AİHM uyguladığı kontrolde ifadenin içeriğini

³⁷ Detaylı inceleme için bkz: <https://strasbourgeoiservers.com/2020/04/27/refusal-to-give-access-to-confidential-information-about-politicians-violated-ngos-article-10-rights/>

³⁸ AİHM Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete ve Index.hu Zrt/Macaristan, Başvuru no: 22947/13, 02/02/2016

³⁹ AİHM Thorgeir Thorgeirson/, Başvuru no: 13778/88, § 64, 25/06/1992; AİHM Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç, Başvuru no: 21980/93, § 55, 20/05/1999

⁴⁰ AİHM Flux [no:6] /Moldova, Başvuru no: 22824/04, § 34, 29/07/2008

önemseydi gibi ifade edilme şeklini de korumaktadır. Dolayısıyla, gazetecilik etiği kapsamında yapılacak bir değerlendirme editöryal bağımsızlığa ya da yayının şekline ilişkin bir müdahale teşkil edecek biçimde yorumlanmamalıdır. Burada kastedilen, gazetecilik faaliyeti çerçevesinde elde edilen bilginin elde edilmesinde uygulanan yöntemin kanuna ve hukuka aykırı olup olmadığıdır. Bu kapsamda özellikle internet üzerinde gazetecilik faaliyeti kapsamında paylaşılan bilgilerde gazetecilik deontolojisinin tartışıldığı en temel davalardan biri *İsviçre’ye karşı Stoll* davası örnek verilebilir⁴¹.

Gizli stratejik bir belgenin yayımlanması nedeniyle bir gazetecinin mahkum edilmesine ilişkin *Stoll* başvurusunda, Holokost mağdurlarının alacaklarına ilişkin mağduriyetin giderilmesiyle ilgili İsviçre’nin Amerika Büyükelçisi tarafından yürütülen görüşmelere ilişkin gizli ibareli stratejik bir belgenin büyük bir bölümünün yüksek tirajlı bir gazetede, büyükelçi hakkında antisemitist niyetler yakıştıran, okuyucuyu yanlış anlamaya yöneltecek biçimde kısa ve budanmış bir şekilde yayımlanmış olmasında, toplumsal tartışmaya katkısının önemli ölçüde düşürülmüş olduğuna ve verilen para cezasının orantısız olmadığına karar verilmiştir. AİHM’nin bu davada özellikle gazetecinin davranışına da denge kriteri olarak ağırlık verdiğini, yayımlanma tarihi itibarıyla hassas bir dönem olmasının yanı sıra, gazetecinin raporun yayımlanmasının ceza kanunu açısından suç teşkil ettiğini bilmesi gerektiği, yazının şeklinin de yukarıda da belirtilen nedenlerle deontolojik kurallar bakımından sorunlu olduğuna dikkat çekmiştir. Özellikle diplomatik gizli raporlar açısından bu değerlendirme yapılırken, bunların gizliliğinin ne pahasına olursa olsun korunmasının söz konusu olmadığı, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde yayının içeriğinin ve ortaya çıkaracağı muhtemel tehlikenin dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla devlet organları uhdesindeki her gizli belge açısından yerel mahkemeler tarafından bu denge analizinin yapılması kaçınılmazdır.

Aynı doğrultuda *Türkiye’ye karşı Görmüş ve Diğerleri* başvurusunda da⁴², her ne kadar kamu ihbarcılarının korunmasına ve gazetecilerin kaynaklarının gizliliğine ilişkin bir dava olsa da, AİHM tarafından yerel mahkemenin gerekçesi değerlendirilirken gizli ibareli belgenin niteliği üzerinde durulmamış ve tartışılmamış olmasının da dikkate alınması önemli bir tespittir.

Diğer taraftan, gizli ibareli bir raporun yayımlanmasını takiben dağıtımdan çekilmesine ilişkin, *Vereniging Weekblad Bluf/Hollanda* kararında, baskının daha önce de yayımlanmış olması nedeniyle zaten geniş bir kitleye ulaştığı ve devlet sırrının korunmasının artık meşru bir

⁴¹ AİHM [Büyük Daire] *Stoll/İsviçre*, Başvuru no: 69698/01, § 104, 10/12/2007

⁴² AİHM *Görmüş/Türkiye*, Başvuru no: 49085/07, 19/01/2016

amaç olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlaline karar verilmiştir⁴³.

Bununla birlikte, yine daha önce yayımlanmış ve kamuoyunda da tartışılmış niteliği “gizli” bilgiler bakımından, *Rusya’ya karşı Aleksey Ovchinnikov* kararı da önemlidir⁴⁴. Bir bilginin, daha önce basında ve internette geniş şekilde tartışılmış olması halinde, yeniden yayımlanmasına ilişkin bir sınırlama getirilip getirilmeyeceğine ilişkin bir tartışma yapıldığını görmekteyiz. Daha önce yayımlanmış bir bilginin paylaşılmasının sınırlandırılabilmesinin bu bilginin demokratik bir tartışma ortamına katkı sağlamaması halinde mümkün olduğu söylenebilir. Bu davanın somut olayları özelinde de yayımlanan bilginin amacın okuyucunun merakını gidermek olması nedeniyle AİHM, kişilik haklarının ifade özgürlüğünden üstün tutulacağını ifade etmiştir. Özellikle, yüksek mercilerdeki devlet görevlilerinin çocuklarının suça karışmasına ilişkin olarak, çocukların kimlik bilgilerinin paylaşılması söz konusu olduğunda bu dava özelinde kişilik haklarının üstün geldiği ve ifade özgürlüğünü ihlal edilmediğine karar verildiği görülmektedir.

Şüphesiz ki, gazetecilerin iyi niyetle, tam ve güvenilir bilgiyi paylaşması esastır⁴⁵. Dolayısıyla gazeteci “yayımladığı zamanda” bilginin “görünürde” gerçekliğini mümkün olduğu kadarıyla teyit etmek durumundadır. Bu gereklilikten kasıt ise, bilginin kesin doğru bir bilgi olduğunu ispatlamak değildir. Asgari düzeydeki bu görev ve sorumluluk internette bilginin hızla yayıldığı ve geniş kitlelere yayıldığı da dikkate alındığında daha büyük bir önem arz etmektedir. Ancak bu prensibin özellikle kriz zamanlarında basın özgürlüğü üzerinde, dezenformasyon ile mücadele bahane edilerek, mutlak şekilde kısıtlayıcı biçimde uygulanmaması gerekir ki, devletin sağlıklı ortamı tesis etme ve bilgi paylaşımında paylaşıldığı zamanda doğru görünen ancak daha sonra doğru olmadığı açığa çıkan bilgi paylaşımları üzerinde caydırıcı şekilde uygulanmaması, basının üzerine de katı bir ispat yükü yüklenmemesi gerekir. Kriz ortamı kamuoyunun bilgi almasını kısıtlayıcı bir bahane olarak kullanılmamalıdır⁴⁶.

Öte yandan, *Azerbaycan’a karşı Fatullayev* başvurusunda bir internet forumunda *Karabağ Günlükleri* olarak yayımlanan paylaşımların, devletin resmi tezinden farklı olması ancak kullanılan ifadelerin delille desteklenmediği ya da özel bir kaynak atfı yapılmadığına dikkat çekilmiştir⁴⁷. Ancak değerlendirme bir bütün olarak ele alındığında, her

⁴³ AİHM Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda, Başvuru no:16616/90, §43, 09/02/1995

⁴⁴ AİHM Aleksey Ovchinnikov /Rusya, Başvuru no: 24061/04, §50, 16/12/2010

⁴⁵ AİHM *Times*, yukarıda adı geçen karar, §§42-45

⁴⁶ <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis>;

https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/04/A_HRC_44_49_AdvanceEditedVersion.pdf

⁴⁷ AİHM Fatullayev/Azerbaycan, Başvuru no: 40984/07, § 94, 22/04/2010

ne kadar kullanılan bazı ifadeler provokasyon ve abartı içerse de başvuruçunun gazetecilik faaliyeti sınırlarını aşmadığı ve verilen hapis cezasının, yerel mahkemenin gerekçesinin de yeterli ve uygun olmadığı gözetilerek, acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğine, demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁸.

Bu kararlardan çıkan ilkeler birlikte değerlendirildiğinde, AİHM'nin internet üzerinde paylaşılan bilgiler açısından basın görev ve sorumluluklarını artırma konusunda bir eğiliminin olup olmadığı tartışılabilir⁴⁹. Ancak bilgiye ulaşmada kullanılan yöntemde kanuna açıkça aykırılık bulunmaması halinde ve görünürde doğru olan ve hatta daha önce de paylaşılmış ya da tartışılmış olan bir bilginin yeniden paylaşılmasında denge analizinde ağırlığın ifade ve basın özgürlüğü lehine ağır basması gerektiğini söyleyebiliriz.

Gazetecilerin gizli ibareli bilgiyi paylaşması konusunda *İsviçre'ye karşı Dammann* kararında önemli tespitlerde bulunmaktadır⁵⁰. Buna göre, araştırmacı bir gazeteci olan başvuruçunun resmi sır niteliğindeki belgeyi elde etmiş olması dolayısıyla adli para cezasına mahkûm edilmiş olması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine kara vermiştir. Kamu yararına katkıda bulunan bir konuda, savcılık ofisinden üçüncü kişiler tarafından sızdırılmış olan bir gizli bilgiyi elde etme noktasında, gazetecinin kanuna aykırı bir hareketi bulunmadığı dikkate alınmış olduğunun altını çizmek gerekir.

Diğer taraftan, AİHM *Saygılı ve Falakaoğlu/Türkiye* kararında⁵¹, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6/1. maddesi kapsamında terörle mücadelede görev alan kamu görevlisini hedef göstermek suçlamasıyla ağır para cezasına mahkumiyeti değerlendirmiştir. Mahkeme, somut olayın şartlarında ifade özgürlüğüne müdahaleyi haklı çıkartacak bir gerekçe görmemiş, ilk derece mahkemesinin terörle mücadelede görev almış bir albayın kimliğinin gizlenmesi ile kamu yararına ifşa edilmesi arasında bir yarar muhasebesi yapılmadığını değerlendirmiştir. Ayrıca bütününe bakıldığında yazının içeriğinin kamu görevlisine karşı şiddete teşvik ettiği ve fiziksel şiddet tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığı şeklinde yorumlanamayacağına kanaat getirmiştir.

Terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin kimliği de dahil olmak üzere, devlet makamları nezdinde gizli bilgi olarak değerlendirilen bilgiler söz konusu olduğunda, kamu yararı güden bir konuyla bağlantılı olarak demokratik toplumda tartışma ortamına katkı sunulması halinde, ifade ve özelde basın özgürlüğüne ilişkin denge kriterleri dikkate alınmaya devam edecektir. Dolayısıyla, ifade

⁴⁸ AİHM Fatullayev, yukarıda adı geçen karar, § 100; *aynı doğrultuda* AİHM Ilgar Mammadov/ Azerbaycan, Başvuru no: 5172/13, 29/05/2019

⁴⁹ TREGUER Félix, Internet dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, s. 1-20, s. 15

⁵⁰ AİHM Dammann/İsviçre, Başvuru no: 77551/01, 25/04/2006

⁵¹ AİHM Saygılı ve Falakaoğlu/Türkiye, Başvuru no: 39457/93, 21/10/2008

özgürlüğüne ilişkin davalarda, içerik değerlendirilirken, içeriği ifade özgürlüğü korumasından çıkartacak en önemli kriter olan şiddetin övülmesi, şiddete teşvik, ayrımcılık temelli nefret söylemi bulunup bulunmadığının, her ihtimalde demokratik toplumda gereklilik incelemesinde devreye girmek durumundadır.

Diğer bir ifadeyle, gazetecilerin kaynaklarının gizliliğine halel getirilmeden yalnızca kanuna aykırı faaliyete bizzat karışmış olma haliyle sınırlı bir değerlendirme yapılması, açık ve yakın tehlike oluşturacak biçimde şiddete teşvik ya da şiddetin övülmesi söz konusu olması dışında, diğer konularda adil denge analizinin gazetecilik faaliyeti lehine değerlendirilmesi gereklidir.

Bununla birlikte, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin bazı konuların ceza ve terörle mücadele mevzuatında suç olmaktan çıkartılıp çıkartılmayacağına ilişkin bir tartışma da gündeme getirilebilir. Örneğin Almanya'da devletin güvenliğine ilişkin gizli bilgiler meselesi, ceza kanunları kapsamında değil fikri sınai haklar mevzuatı çerçevesinde telif hakları ile bağlantılı olarak çözülmektedir. ABAD da bu konuyu telif hakları çerçevesinde ele almış ve ilk derece mahkemesine telif hakları konusunda istisnayı belirlemekte takdir yetkisi tanımış ancak basın özgürlüğü dengesinin muhakkak ki her seferinde somut olayda kurulması gereğine vurgu yapmıştır⁵². En son, 30 Nisan 2020 tarihinde Almanya'da Federal Mahkeme de gizli ibareleri raporların basın tarafından yayımlanmasını telif hakları kapsamında değerlendirmiş ve çatışan haklar kapsamında gerçekleştirdiği dengede basın özgürlüğü lehine bir karar varmıştır⁵³.

Sonuç yerine...

Yerel makamlar ve yargı mercileri tarafından internet üzerinde yapılan paylaşımlar bakımından da basının *halkın gözcüsü/bekçi köpeği* olduğu prensibi göz önüne alınarak hareket edilmeli ve kamuoyunun bilgi alma hakkına orantısız bir şekilde demokratik toplumda gerekli olmayan müdahalelerde bulunulmaktan kaçınılmalıdır. Özellikle devlet makamları nezdinde tutulan gizli olduğu belirtilen bilgilerle ya da belgelerle ilgili olarak, bir yönüyle daha önce kamuoyuyla paylaşılıp paylaşılmadığı ve yayımlanıp yayımlanmadığı, diğer yönüyle de bilginin elde edilmiş şekli de dikkate alınarak demokratik toplumda tartışma ortamına katkıda bulunup bulunmadığı çerçevesinde bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Ancak her ihtimalde devletin güvenliğine ilişkin ya da terörle mücadele kapsamında bir suç isnadında

⁵² <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216545&pageIndex=0&doclang=en>

⁵³ <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020045.html> ; <https://www.dw.com/tr/almanya-da-federal-mahkemedden-basin-ozgurlugunu-destekleyen-karar/a-53297310>

bulunulurken, ifade özgürlüğünün kullanılması niteliğindeki görüş ve düşünce açıklaması içeren paylaşımların şiddetin övülmesi veya şiddete teşvik kriterinin içeriğin bütünü açısından değerlendirmesinin yapılması gerekir. Aksi takdirde, özellikle de gazetecilik faaliyetini de kapsayan sosyal medya paylaşımlarını, tek başına ceza kanunları ve terörle mücadele mevzuatı kapsamında değerlendirmek ve ifade özgürlüğü boyutunu göz ardı etmek keyfi uygulamalara neden olur. Bu durum asıl olarak hedeflenen suçla mücadele meşru amacının gerçekleştirilmesinden ziyade, siyasi iradeyle aynı görüşü paylaşmayan düşünce açıklamaları üzerinde, en önemlisi de gazetecilik faaliyeti üzerinde caydırıcı bir etki oluşturmaya ve hukuk devletindeki çoğulcu demokrasi anlayışını zayıflatmaya yönelik sonuçlar oluşturur.

KAYNAKÇA

Kararlar

Anayasa Mahkemesi (anayasa.gov.tr) [Erişim tarihi: 14/04/2020]

AYM Genel Kurulu Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri kararı,
Başvuru no: 22355/17, 15/01/2020
<https://www.anayasa.gov.tr/media/6426/2017-22355.pdf>

AYM Ali Ergin Demirhan kararı, Başvuru no: 2015/16368, 11/3/2020
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16368?KelimeAra%5B%5D=sendika>

Anayasa Mahkemesi (AYM), 2018/163 E. sayılı 19/02/2020 tarihli iptal kararı <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Uploads/2020-13.docx>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (hudoc.echr.coe.int) [Erişim tarihi: 14/04/2020]

AİHM Murat Vural/Türkiye, Başvuru no: 9540/07, 21/10/2014

AİHM Karakaş/Türkiye, Başvuru no: 76991/01, 13/06/2006

AİHM Jersild/Danimarka, Başvuru no: 76991/01, 23/09/1994

AİHM Gündüz/Türkiye [Kabul Edilebilirlik Kararı], Başvuru no: 59745/00, 13/11/2003

AİHM Erbakan/Türkiye, Başvuru no: 59745/00, 06/07/2006

AİHM Sürek (no 1)/Türkiye, Başvuru no: 26682/95, 08/07/1999

AİHM Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, Başvuru no: 12606/11, 17/12/2013

AİHM Altıntaş/Türkiye, Başvuru no: 50495/08, 10/03/2020

AİHM Mustafa Sezgin Tanrıku/Türkiye, Başvuru no: 27473/06, 18/07/2017

AİHM Klass ve diğerleri/Almanya, Başvuru no: 5029/71, 06/09/1978

AİHM Benedik/Slovenya, Başvuru no: 62357/14, 24/04/2018

AİHM Ahmet Yıldırım/Türkiye, Başvuru no: 3111/10, 18/12/2012

AİHM Cengiz ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 48226/10 14027/11; 01/12/2015

AİHM Castells/, Başvuru no: 11798/85, 23/04/1992

AİHM Prager ve Oberschlick/Avusturya, Başvuru no: 15974/90, 26/04/1995

AİHM Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, Başvuru no: 12606/11, 17/12/2013

AİHM Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5493/72, 07/12/1976

AİHM Thoma/Lüksemburg, Başvuru no: 38432/97, 29/03/2001

AİHM Saygılı ve Falakaoğlu/Türkiye, Başvuru no: 39457/03, 21/10/2008

AIHM Ruzovy Partner/Çekya, Başvuru no: 20240/08, 02/02/2012
AIHM Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel/Ukrayna, Başvuru no: 33014/05, 05/05/2011
AIHM M.L. ve W.W./Almanya, Başvuru no: 60798/10 65599/10, 28/06/2018
AIHM Nedim Şener/Türkiye, Başvuru no: 38270/11, 08/07/2014
AIHM Mosley/Birleşik Krallık, Başvuru no:48009/08, 10/05/2011
AIHM Wegrzynowski ve Smolczewski/Polonya, Başvuru no: 33846/07, 16/07/2013
AIHM Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2) /Birleşik Krallık, Başvuru no: 3002/03 23676/03, 10/03/2009
AIHM Renaud/Fransa, Başvuru no: 13290/07, 25/02/2010
AIHM Savva Terentyev/Rusya, Başvuru no: 10692/09, 28/08/2018
AIHM [Büyük Daire] Janowski/Polonya, Başvuru no. 25716/94, 21/01/1999
AIHM Centre for Democracy and the Rule of Law/Ukrayna, Başvuru no: 10090/16, 26/03/2020
AIHM [Büyük Daire] Magyar Helsinki Bizottság / Macaristan, Başvuru no:18030/11, 08/11/2016
AIHM Studio Monitori/Gürcistan, Başvuru no: 44920/09 8942/10, 30/01/2020
AIHM Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete ve Index.hu Zrt/Macaristan, Başvuru no: 22947/13, 02/02/201
AIHM Thorgeir Thorgeirson/, Başvuru no: 13778/88, § 64, 25/06/1992
AIHM Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç, Başvuru no: 21980/93, § 55, 20/05/1999
AIHM Flux [no:6] /Moldova, Başvuru no: 22824/04, § 34, 29/07/2008
AIHM [Büyük Daire] Stoll/İsviçre, Başvuru no: 69698/01, § 104, 10/12/2007
AIHM Görmüş/Türkiye, Başvuru no: 49085/07, 19/01/2016
AIHM Vereniging Weekblad Bluf!/Hollanda, Başvuru no:16616/90, §43, 09/02/1995
AIHM Aleksey Ovchinnikov /Rusya, Başvuru no: 24061/04, §50, 16/12/2010
AIHM Fatullayev/Azerbaycan, Başvuru no: 40984/07, § 94, 22/04/2010
AIHM Ilgar Mammadov/ Azerbaycan, Başvuru no: 5172/13, 29/05/2019
AIHM Dammann/İsviçre, Başvuru no: 77551/01, 25/04/2006
AIHM Saygılı ve Falakaoğlu/Türkiye, Başvuru no: 39457/93, 21/10/2008
AIHM Ringler/Avusturya, Başvuru no:2309/10, 06/05/2013 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir

AIHM Buda/Polonya, Başvuru no: 38940/13, 19/01/2015 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir

Makaleler

TREGUER Félix, Internet dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, s. 1-20, s. 15

DUBUISSON François-RORIVE Isabelle, La Liberté d'expression a l'Epreuve d'Internet, s. 361-394;

COCOLLI Jacapo, The Challenges of New Technologies in the Implementation of Human Rights: an Analysis of Some Critical Issues in the Digital Area, Volume 1, Issue 2, July 2017, 224-250

DUPONT-LASSALLE Julie, Beaucoup de bruit pour rien? La précarité du "droit a l'oubli numérique" consacré par la Cour de Justice de l'union européenne dans l'affaire Google Spain, evur trimestrielle des Droits de l'Homme, 104/2015, s. 1000-1001;

MYJER Egbert- KEMPEES Peter, Lord of the Cloud The Right to be Forgotten; or, hoe the Internet raises new Human Rights questions and how one of them was recently answered by the Court of Justice of the European Union in Google v. Spain, Liber amicorum Dean Spielmann, 411-427, s. 422

GILLEMINE Gabrielle, The Right to be Forgotten: whose Amnesia, 229-235, s. 230 vd.

SPAHIU Irma, Case Note: Google Spain and Google, European Oublic Law 21, no. 4 (2015), s.693, s.691-702;

İnternet siteleri [Erişim tarihi: 14/04/2020]

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>

<https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-governments-must-protect-essential-role-of-journalists-in-democracy-especially-in-times-of-crisis>

<https://www.coe.int/en/web/portal/-/coronavirus-guidance-to-governments-on-respecting-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law>

<https://news.un.org/en/story/2020/05/1063152>

<https://www.article19.org/resources/ensuring-the-publics-right-to-know-in-the-covid-19-pandemic/>

<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/Guidance%20on%20COVID-19%20related%20Hate%20Speech.pdf>

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216545&pageIndex=0&doclang=en>

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/D/E/2020/2020045.html>

<https://www.dw.com/tr/almanyada-federal-mahkemeden-basın-özgürlüğünü-destekleyen-karar/a-53297310>

<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis>

https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2020/04/A_HRC_44_49_AdvanceEditedVersion.pdf

<https://strasbourgobservers.com/2020/04/27/refusal-to-give-access-to-confidential-information-about-politicians-violated-ngos-article-10-rights/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/04/ntl-nt2-v-google-press-summary-180413.pdf>

<https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis>

<https://rm.coe.int/msi-joq-2018-rev7-e-draft-recommendation-on-quality-journalism-finalis/168098ab76>

<https://www.dw.com/tr/verilerle-türkiyede-yayın-ve-erişim-yasakları/a-53307444>

<https://www.icisleri.gov.tr/sosyal-medyada-asilsiz-koronavirus-paylasimlari-ve-teror-propagandasi-yapan-1748-hesap-tespit-edildi>

<https://www.rtuk.gov.tr/haberler/3787/8296/basin-aciklamasi.html>

ÖZEL HUKUK

İŞ HUKUKUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRI İFA EDİLEN ZORUNLU ARABULUCU ANLAŞMALARININ HUKUKİ DURUMU

Legal Situation Of Compulsory Intermediary Agreements Against The Public Order Of Labour Law

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ*
Dr. Öğretim Üyesi M. Halit KORKUSUZ**

Özet: Ülkemize yeni kazandırılan “zorunlu arabuluculuk” kurumu, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanmaktadır. Buna göre; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları yani kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurmak mümkün değildir. Aradan geçen iki yıl içinde, konunun yeniden değerlendirilmesine ve her gün artan dava dosyalarının, suhuletle nihayete erdirilip erdirilmediği noktasında, yeniden değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Konu ile ilgili olarak, genel olarak, yeni kurumun bütün ayrıntıları ile toptan kabulü ya da toptan red mantığına dayanan yaklaşımlara ilişkin tercihte bulunulmaksızın, konu ile ilgili olarak bazı tartışmalara yer verilmiştir.

Asıl olarak, bu çalışmayla arzulanan temel husus; bir dava şartı olan “zorunlu arabuluculuk” prosedürü sonucunda, anlaşma tutanağında ya da arabulucunun yapmış olduğu diğer işlemlerde “iş hukukunun genel ve emredici yapısı” na aykırılığın ortaya çıkması haline yönelik hukuki tartışmalarda bulunulmuştur. Böyle ihtimalde, mevcut hukuk sistemimizde de, hangi mekanizmaların devreye sokulabileceği konuları tartışmaya açılmıştır.¹

Böylece, Türk iş hukuku’na yakın zamanda kazandırılan bu kurumun mümkün ve muhtemel karşılaşılabileceği problemlere karşı hukuki değerlendirmeleri ihtiva eden görüşler gündeme getirilerek, probleme çözüm aranmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Arabuluculuk, İş Uyuşmazlıkları, İş Hukuku

Abstract: Labour law is one of the private law fields that absolute or relative mandatory law rules are most intense. The regulations that contrary to labour law’s mandatory rules that have been obtained as a result of efforts that continues for centuries are generally not accepted in legal system.

In our country “Mandatory mediation institution” can only enforce in the resolution of the private law conflicts that arise from the business that parties can freely disposal even if it includes foreigner factor. This subject needs to reassess and also there is a need to assess whether the cases that increases everyday concluding proper to the regulations that have the public interest nature.

All details and some arguments without choicing any of them about the subject are included in that study. The main goal that aimed to achive with this study is in the conclusion of the procedure of the mandatory mediation what kind of situation arises if there are some contradictions to the Labour law’s general and mandatory nature in the final protocol or any other process that the mediator has done. Without denying mandatory mediation institutions contribution and disable it.

Thus, it has been tried to look for a solution to the problems by bringing the opinions that contain legal evaluations against the possible problems that this institution may face, which has recently come to the force to Turkish labour law.

Keywords: Mandatory mediation, Labor disputes. Labor law

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0002-6105-1229

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi, SBF Fakültesi, ORCID ID: 0000-0003-0744-9639
Makale Geliş Tarihi: 30/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 04/06/2020

¹ Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara-2018, s. 244.

I- İŞ HUKUKUNDA EMREDİCİ HÜKÜMLERİN TASNİFİ

Emredici hükümler aksi kararlaştırılmayan ve sözleşme ile değiştirilemeyen kurallar olduğundan, tarafların sözleşme serbestisinin de sınırını çizmektedir. İş hukuku sözleşmeleri, tarafların akit özgürlüğü çerçevesinde serbestçe kurabilecekleri ve sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde belirleyebilecekleri mukaveleler olmakla birlikte, iş mevzuatında yer alan emredici hükümler, bu sözleşme özgürlüğünün sınırını belirleyecektir.² Bu tür kurallarda, esas olarak kamu düzeninin korunması amaçlanmakta ve bunların başında da, işçinin korunması gibi temel bir yüksek gaye de bulunmaktadır.³ Bu tür düzenlemeler, sadece ferdi iş münasebetlerinde değil, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarının korunması amacıyla yetkili sendika ile işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmelerine konulabilecek sözleşme hükümlerinin sınırlamalarında da müşahede edilmektedir. Mevzuatta düzenlenen emredici hukuk kurallarına aykırı düzenlemelerin toplu iş sözleşmeleriyle de kararlaştırılması mümkün olmamaktadır.⁴

Bu hükümleri, geleneksel tasnifte olduğu gibi, iş hukukunda; mutlak ve nisbi emredici hükümler olarak iki başlıkta incelememiz mümkündür.

A- İŞ HUKUKUNDA MUTLAK EMREDİCİ HÜKÜMLER

Emredici hukuk kuralları, toplumsal ve genel nitelikte ya da belirli kişilere yönelik olarak belirli bir menfaatin korunması amacıyla getirilen hukuk kurallarıdır. İş mevzuatında mutlak emredici hukuk kuralları, taraflarca uyulması zorunlu, sözleşmelerle işçi lehine dahi olsa, değiştirilemeyen kurallardır.⁵ Bu tür kurallar, salt işçilerin değil, tüm toplumun, kamu yararının ve düzeninin, tüm çalışma yaşamı ve barışının korunması amacıyla kabul edilen ve bu anlamda üstün genel menfaatlerin korunması amacıyla yönelik düzenlemelerdir.⁶

² Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, 2019, 18. Baskı, s. 34; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2019, 32. Baskı, s. 25.

³ Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3, s. 96.

⁴ Güler, Şerafettin, "Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008, s. 54.

⁵ Mutlak emredici hükümleri, öğretide bazı yazarlarca anlaşıldığı üzere genel bir biçimde "aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan düzenlemeler" olarak tanımlamak uygun değildir. Mutlak emredici hükümleri, yararlılık ilkesinin uygulanmasını ortadan kaldıran düzenlemeler olarak anlamak ve bunlarla sınırlamak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Başka bir anlatımla, mutlak emredici bir hükümden söz edebilmek için işçinin daha lehinde bir düzenleme yapmanın mümkün olması ve fakat bunun yasakoyucu tarafından belirli nedenlerle engellenmesi gerekir. Özdemir, s. 105.

⁶ Süzek, s. 37; Yenisey, Doğan/ Yenisey Doğan, Kübra, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016, s. 59, 64.

Genel olarak mutlak emredici düzenlemelerin başlıca üç temel saik ile yapıldığı görülmektedir.

-İlk olarak işçi işveren ilişkilerinin ötesinde, toplumsal menfaatin sağlanması amacıyla yönelik olabilir. Örneğin, yabancıların çalışma haklarına ilişkin getirilen düzenlemelerin temel amacında mevcut toplumumuzun çalışma gücünün korunması hedefi vardır.⁷

-İkinci olarak, bu tür hükümlerle sağlanmak istenen amaç, işçiyi koruma prensibini uygularken bir yandan da, sözleşmenin diğer tarafı olan işverenin de belirli noktalarda korunması ve işçi ile işveren arasında bir menfaat dengesinin sağlanması olabilir. Bazı yazarlara göre, İş mevzuatımızda örneğin bu yönde, 6772 sayılı Kanunun Ek 1. ve 2. Maddeleri ile getirilen sınırlamalar, bu amaca hizmet etmektedir. Söz konusu mevzuat hükümlerine göre, bu kapsama giren işçilere toplu iş sözleşmeleri ile getirilebilecek ikramiye sayısı, bir yılda dört aylık ücret tutarı ile sınırlanmıştır. Bu düzenleme mutlak emredici nitelikte olup, işçilere sözleşmelerle daha fazla ikramiye verilmesinin kararlaştırılması mümkün değildir.⁸ Yine, İş Kanunu'nun geçersiz feshin sonuçlarına ilişkin 21. Maddesi de bu amaca hizmet etmektedir. İlgili madde hükmüne göre; mahkemece işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının da ödeneceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler mutlak emredici nitelikte olup, aksinin kararlaştırılması hiçbir surette mümkün değildir. Nitekim bu husus açıkça 21. maddenin son fıkrasında da düzenlenmiş ve *"Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir."* şeklinde ifade edilmiştir. Anılan düzenlemenin aksi taraflarca işçi lehine kararlaştırılsa dahi, bu sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Yargılama aşamasında hakim tarafından sadece kanunda yazılı miktarda bir tazminata hükmedilmesi gerekir.⁹ Bu hüküm de işçi ile işveren arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasına yönelik bir mutlak emredici hüküm olarak görülebilir.

-Üçüncü olarak da, sözleşmenin tarafı olmayan ve ancak üçüncü kişilerin menfaatinin de söz konusu olduğu durumlarda, "menfaatler arasında denge sağlama" gibi gayelerle de mutlak emredici hükümler ihdas edilmiş olabilir. Örneğin, icra iflas hukuku çerçevesinde, işçi

⁷ Özdemir, s. 100.

⁸ Süzek, s. 36, Özdemir, s. 101.

⁹ Özkaraca, Ercüment/ Ünal, Canan, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu," Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 380.

alacaklarının sırasına ilişkin düzenlemeler bu şekildedir ve bu tür düzenlemeler mutlak emredici olarak düzenlenmiştir.

B- İŞ HUKUKUNDA NİSBE EMREDİCİ HÜKÜMLER

İş hukukunda, bu hukuk dalının temel ilkelerinden işçinin korunması prensibi, belirli bir menfaati sağlamaya yönelik olarak getirilen emredici hukuk kurallarını değişime uğratmış ve bunların birçoğuna nisbi emredici bir nitelik kazandırmıştır. Bu tür emredici hükümlere “sosyal kamu düzeni” adı da verilmektedir.¹⁰ Dolayısıyla iş hukukunda işçi lehine anlayış ve bu amaç dolayısıyla mevzuatta yer verilen pek çok düzenleme işçi lehine değiştirilebilir nitelikte, yani nisbi emredici özellikte düzenlenmiştir.

İş hukukunda emredicilik, daha çok, işçi yararına ve işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde, işverene karşı söz konusu olmakta ve işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır.¹¹ Nitekim iş mevzuatında, sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da ifade edilen nisbi emredici hükümlerle, işçi hakları açısından bir alt sınır çizilmekte olup, iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle bu sınırın üzerinde işçi lehine düzenlemeler yapılması mümkündür.¹² Bu tür kurallar Anayasa’da güçsüzün korunması amacıyla kabul edilen sosyal devlet ilkesiyle ve İş Hukuku’nun temelini oluşturan işçinin korunması prensibinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmıştır.¹³

İşçinin korunması amacıyla iş mevzuatımızda yer verilen pek çok düzenleme nisbi emredici hüküm şeklinde düzenlenmektedir. İş mevzuatında yer alan ücrete ilişkin düzenlemeler ele alındığında ise, genel itibarıyla işçinin korunması prensibi benimsenerek, işçiyi koruyucu nitelikte hükümler getirildiği görülür. Asgari ücrete (m. 39), ücret kesme cezasına (m. 38), ücrette indirim yapma yasağına (m. 62) ilişkin düzenlemeler, işçiyi ve yegane geçim kaynağı olan ücreti koruma amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Öte yandan, İş K. M.32/5,6,7. fıkralarında yer alan hükümler de bu amaca hizmet etmektedir.

“-Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir.

-İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.

-Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkan ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz. “ hükümlerini de bu tür mutlak emredici hükümler arasında değerlendirmek mümkündür. Zira, kanun koyucu, bu hükümlerle,

¹⁰ Özdemir, s. 96.

¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 25.

¹² Süzek, s. 35; Doğan Yenisey, s. 53; Özdemir, s. 96; Güler, s. 55.

¹³ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 26.

işçiyi, kendi serbest iradesi ile baş başa bırakmamış ve belli limitlerin altında hareket etme yasağı getirmek suretiyle, işçiyi koruyucu hükümler vaz etmiştir.

Bu tür düzenlemelerin nispi emredici hukuk kuralı niteliğinde olduğu, zira işçi lehine aksi yönde düzenlemeler yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁴

Kanunda yer alan bazı düzenlemelerin, mutlak ya da nisbi emredici hüküm olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. İş güvencesinden yararlanma koşulları İş Kanunu uyarınca, İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu'nun kapsamında çalışan işçi olmak, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışma şartlarının yanı sıra; işyerinde en az otuz işçinin çalışması, işçinin en az 6 aylık kıdemini bulunması ve işçinin Kanunda belirlenen işveren vekillerinden olmaması şeklinde özetlenebilir. Eğer mutlak emredici hüküm olarak kabul edersek, tarafların bunun aksine hareket etmesi mümkün olmayacaktır. Nisbi emredici hüküm kabul edersek, işçi lehine olmak üzere, taraflarca, düzenleme yapılması mümkün olabilecektir. Örneğin, iş güvencesinden yararlanabilmenin kapsamının genişletilmesi işçi lehine bir düzenleme olduğu takdirde, bunu hangi kapsama alacağız. Tarafların iradesi ile yapılan genişletme, mutlak emredici hüküm olarak mı, kabul edeceğiz, yoksa nisbi emredici hüküm olarak mı kabul edeceğiz. Mutlak emredici hüküm olarak kabul ettiğimiz takdirde, getirilen korumadan yararlanamayacaktır. Nisbi emredici hüküm olarak kabul ettiğimiz takdirde, kanunen kapsama girmemekle beraber, sözleşmeyi nisbi emredici hüküm olarak (işçi lehine genişletilmesi mümkün) değerlendirir isek, o zaman İş Kanunu ya da Basın İş Kanunu kapsamında yer almayan (İş K. m. 4'deki istisnalardan olan) bir işçinin bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle iş güvencesi kapsamında yer alacağını kabul etmiş olacağız.¹⁵ Aynı şekilde işyerinde otuzdan az işçi çalışmasına karşılık işyerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanacağını kararlaştırılması,¹⁶ kıdemi altı aydan az olan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağını belirlenmesi, Kanunda yazılı belirli koşuldaki işveren vekili olan işçiye iş güvencesinden yararlanma olanağının tanınması¹⁷ gibi, yaklaşımlar da

¹⁴ Özdemir, s. 108; Güler, s. 58.

¹⁵ Aras, Talip, "İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik," TBB Dergisi, 2015, S. 119, s. 437; Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 22.02.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, www.calismatoplum.org, E.T. 12.05.2020.

¹⁶ Yıldız, Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Ölçütünün Nispi Emrediciliği", Legal İHSGHD, S. 11, 2006.

¹⁷ Her ne kadar kanuni düzenleme, "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz." şeklinde düzenlendiğinden ve ilgili düzenleme esasen işverenin menfaatlerini koruma amacını taşıdığından, mutlak emredici hüküm olup olmadığı tereddüt yaratsa da, işveren vekili de işçi olduğundan ve işverene nazaran daha güçsüz durumda bulunacağından, işçinin korunması ilkesi

bu çerçevede değerlendirilecektir. Bize göre, kanunun amir hükümleri karşısında, tarafların bu hükümleri sözleşme ile genişletmesi mümkün görünmemekte, bu genişletme imkanı ancak kanun değişikliği ile mümkün olabilecektir. Aksini düşünüp, bu hükümlerin “nisbi emredici hükümler” olduğunu (sosyal kamu düzeni) kabul eden yazarlar da vardır. Bu düşünce sahiplerine göre; iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemeler değerlendirildiğinde ise, genel olarak, işçiyi koruma prensibinin benimsenerek işçiyi koruyucu düzenlemeler yapıldığı, ancak sözleşmenin iki tarafının, hem işçi hem işverenin menfaatlerini dengeleyici birtakım düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Zira fesih hakkı hem işçi hem işverene tanınmış bir hak olup, iş ilişkisini devam ettirmek istemeyen tarafın kullanabileceği bir yetkidir. Bu açıdan sözleşmenin feshi durumunda iki tarafın karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir. Buna göre ikili bir ayırım yapılarak söz konusu düzenlemenin niteliği belirlenebilecektir.¹⁸

II- İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK KURUMU VE BUNA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Tarihin her döneminde gönüllü arabuluculuk ile tarafların, uyuşmazlıklarını çözmesi düşüncesi ve uygulaması var olmuştur. Ülkemizde de, daha önce yürürlükte bulunan önceki, 18 Haziran 1927 tarihli ve 1086 sayılı *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 334 v.s. hükümlerinde de, gönüllü arabuluculuk kurumuna* müsaade edilmekte idi. Ancak, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, mevzuatımıza gönüllü arabuluculuk kurumuyla ilgili ayrıntılı hükümler getirmiştir. Arabuluculuk kurumunun bir dava şartı olarak ileri sürülmesinden önce yeterli denilebilecek bir sürede, gönüllü arabuluculuk kurumunun fonksiyon icra ettiği de gözlemlenmektedir. Bu sistemin, başarılı olduğu iddiası ile,¹⁹ 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununu ile, bir dava şartı olarak, zorunlu arabuluculuk sistemine geçilmiştir.

Zorunlu arabuluculuk, alternatif çözüm yollarından biridir ve temelde tarafsız ve objektif konumda, aralarında uyuşmazlık bulunan

çerçevesinde söz konusu hükmün nisbi emredici olarak değerlendirilmesi ve aksinin işçi lehine kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır. Aras, s. 449-450.

¹⁸ Aksi görüş için bkz; Aras, s. 446; Bu yönde bkz. Yargıtay 9. HD, 23.02.2009, E. 2008/13047, K. 2009/3265.

¹⁹ 7036 sayılı kanunun genel gerekçesinde, “ 2012 yılında kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca iş uyuşmazlıkları, ihtiyari olarak arabulucuya götürülebilmektedir. 2013 yılı Kasım ayında ilk arabulucunun sicile kaydedilmesiyle başlayan uygulama sürecinde, bugüne kadar arabulucuya götürülen hukuk uyuşmazlıklarının yüzde 89’unun işçi-işveren uyuşmazlığı olduğu ve bunların yüzde 93’e yakın oranda anlaşmayla sonuçlandığı görülmüştür. Arabulucuya giden iş uyuşmazlıklarının yaklaşık yüzde 95’i bir gün veya bir günden daha az süren müzakerelerle sonuçlandırılmıştır. “ ibaresi yer almaktadır. Bkz. 7036 s.y.’nin genel gerekçesi, <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=16675> E.T. 15.05.2020.

tarafları, arabulucunun da yardımı ile, üzerine mutabakata varmalarının mümkün olabileceği optimal çözüm önerilerini üretip sunmayı amaçlayan bir kurumdur.²⁰ Ülkemiz, Zorunlu arabuluculuğu öngören ve dava şartı haline getiren hükümleri içeren düzenlemeleri, 7036 s.y. ile 1 Ocak 2018'den itibaren, sisteme monte etmiş ve bunu da zorunlu olarak öngören bir temelde uygulanmaya başlamıştır.

Öte yandan, ülkemizdeki arabuluculuk kurumunun, iş yargısının alternatifi olan ve dolayısıyla adli nizamın yerine ikame edilmeye çalışılan ya da onunla rekabet eden bir süreç ya da mekanizma olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak, yeni sisteme karşı eleştiriler devam etmekte ve konu ile ilgili olarak tartışmalar devam etmektedir.

A- ZORUNLU ARABULUCULUĞA KARŞI OLAN GÖRÜŞLER

7036 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce, “iş hukuku” ilkelerinin “zorunlu arabuluculuk ilkeleri” ile çelişebileceği konusunda, Türk iş hukuku doktrinde ciddi görüşler ileri sürülmüştü.²¹ Sonrasında da, bu endişeler dile getirilmiş ve zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verebileceği görüşünün doktrinde yer yer dile getirildiği müşahede edilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanmamalıdır.²²

Zorunlu arabuluculuk kurumuna, kural olarak karşı çıkılmamaktadır. Özellikle iş hukuku yönünden üç temel kaygı taşınmaktadır.

1- İşçinin iradesinin arabulucu anlaşmasına yansıtılmama riski

İşveren karşısında iktisadi olarak zayıf olan işçiler, mevcut durumları ve yeni iş bulabilmelerindeki zorluklar nedeniyle, uzun sürecek dava sürecinden kaçınmak ve alacağına bir an evvel ulaşmak gayesiyle arabulucu nezdinde kendisini işverenle anlaşmaya zorunlu hissetmektedir.

Alternatif çözüm yollarından zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verdiği görüşü doktrinde yer yer dile getirilmektedir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanamaz.

²⁰ Tanrıöver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s.151.

²¹ Bkz. Alp, Mustafa, <http://egeyebakis.com/is-hukuku-gunleri-6-defa-duzenlendi/> E.T.: 14.05.2020.

²² Çiçek, s.40.

2- Arabulucu anlaşmalarında öngörülen tarafların eşitliği ilkesinin her zaman gerçekçi olmadığına ilişkin yaklaşım

İş hukuku nokta-i nazarından, işçinin işverenle hiçbir zaman eşit olmadığı ve taraflar arasında her zaman bir güç dengesizliği olduğu gerçeği bulunmaktadır. İş yargılaması ve delil değerlendirme sürecinde işçinin zayıf taraf olma durumu her zaman dikkate alınmıştır. Oysa arabuluculuk, özü itibarıyla bir karşılıklı pazarlık süreci olup, taraflar arasındaki güç farklılıkları sürecin meşru ve bütünlüycü bir parçasıdır. Evleviyetle maddi ödemelere bir an önce kavuşma ihtiyacı olan işçinin, yargılama sonunda daha yüksek bir tazminat elde edeceğini bilmesine rağmen daha düşük bir rakama anlaşması da mümkündür.

3- Kanunun sağladığı imkanların son tutanak ile ortadan kalkması ihtimali

Zorunlu arabulucu sürecinde, yeterince hukuki alt yapısı olmadığı için haklarını bilemeyen işçilerin, arabuluculuk süreci içinde de doğru bilgilendirilmemesi halinde, atacağı imzanın sonucunu bilmeyebilir. Bu durumda da büyük hak kayıpları söz konusu olabilir. Zayıf olan işçi tarafı haklarının, pek çok emredici nitelikli normla korunmuş olup, iş mahkemelerindeki yargılama süreci sonrasında işçi, yasayla korunan bu haklara ulaşabilmektedir. Buna karşılık alternatif çözüm yollarının işçiye bu tip bir emredici korunma sağlamadığı da ileri sürülmektedir.²³

4- Arabulucu görüşmeleri aşamasında, işçinin yukarıda belirtilen hususların dışında iradesinin fesada uğratılması riski

İşçiler, zorunlu arabuluculuk süreci boyunca yukarıda belirtilen ve kanunun emredici olarak belirttiği ve işçinin korunması amaçlı olarak düzenlediği işçi lehine düzenlemelerin dışında da hak kayıplarına uğraması mümkündür. Özellikle son tutanakta, kanunun emredici olarak öngördüğü ve şartları tuttuğu için ödemesini zorunlu olarak belirttiği ödemelerde bir tümünden ya da kısmen feragatler ya da külliyen sarfı nazar da söz konusu olabilir. Ücret, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik haklarından sarf-ı nazar etme ya da çok düşük bir miktar ile geçiştirme imkanı da olabilecektir.

Zira, İş hukukuna ilişkin emredici hükümlerin ortaya çıkması, yüzyıllar süren mücadeleler sonucunda elde edilen kazanımlardır. Bu nedenle, bu kazanımların, bir arabulucu anlaşma tutanağı ile ortadan kalkması ya da kaldırılma riski bulunmaktadır. Esasen zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin, iş hukukunda uygulanmasının pratik olmaması iddiası ile, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan “anlaşma mutabakatı” bir ilam niteliğinde değildir. Bu nedenle, kanunla getirilen tarafların anlaşması ile oluşan “son tutanak anlaşması”nın,

²³ Yenisey Doğan, s. 78-80; Çiçek, s. 30.

hukuken bağlayıcı olmadığı ve fakat yargı incelemesine tabi olduğuna dair yorum ile arabuluculuk kurumunun kanuni muhtevasına yönelik eleştiri vardır. Bir başka ifade ile, kanun koyucunun bu kurumun niteliğine ilişkin getirdiği düzenlemelerin, özensiz bir kanun tekniğine dayanması nedeniyle getirilen eleştiriler ve bu eleştiriler doğrultusunda, kanun koyucunun, 7036 sayılı yasa ile getirdiği, zorunlu arabuluculuk aşamasında varılan mutabakatın niteliğinin usul ve icra hukuku ile paralel olmadığına ilişkin görüşler vardır.²⁴

Arabuluculuk kurumuna karşı duran görüşler, genelde, yukarıda belirtilen yaklaşımlar çerçevesinde, konuyu irdelemektedirler.

B- ARABULUCULUK KURUMUNUN YERİNDE OLDUĞUNU KABUL EDEN GÖRÜŞLER

Alternatif uyuşmazlık çözümleri, anayasalarda temel hak ve özgürlükler arasında kendisine yer verilmek suretiyle güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğünün önünde bir engel değildir; onun, bu özgürlüğü sınırlamak yahut bertaraf etmek gibi herhangi bir amacı ve işlevi de bulunmamaktadır.²⁵

Öte yandan, sisteme monte edilen “zorunlu arabuluculuk” anlayışı, sadece süreç yönünden zorunludur. Sürecin sonraki aşamalarına geçmede, devam etmekte veya sonuçta alınan karara uymakta her iki tarafın da karşılıklı rızasını gerektirmektedir. Taraflar uzlaşmak istemediği takdirde dava yolunu kapatmamakta ve hak arama özgürlüğünü de kısıtlamamaktadır. Bazı mukayeseli hukuk sistemlerinde başvurunun zorunlu olduğu mahkeme bağlantılı arabuluculukta dahi, taraflar istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun iznine gerek olmadan arabuluculuk müzakerelerini terk edebildiklerinden, hak arama hürriyetine herhangi bir aykırılık gözükmemektedir. Bu sistemde, uyuşmazlığın çözülüp çözülmeyeceğine ve uzlaşma koşullarının ne olacağına, iki taraf özgür iradeleriyle karar vereceklerdir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanununun bazı maddelerinin iptali için açılan davada vermiş olduğu 10.07.2013 tarihli, 2012/94 E. -2013/89 K. sayılı kararda şu hususlara değinmiştir. Uyuşmazlıkların çözümü konusunda temel olarak iki sistem vardır. Birincisi, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, diğeri ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Arabuluculuk kurumunu da içine alan bu ikinci sistem, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır.

²⁴ Ekmekçi, Ömer/ Özkes, Muhammet/ Atalı, Murat/ Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2019, 2. Bası, s. 111 v.d.

²⁵ Namlı, Mert, "İş Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016*, s. 67 vd.; Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 39.

Resmi arabuluculuk aşamasında, taraflar öneri getirmeye ve getirilen önerileri, mutlaka kabul etmeye zorunlu değildirler. Ancak, kendilerinin getirdikleri önerilerin karşı tarafça kabulü ya da ister karşı taraftan ve isterse de zorunlu arabulucu tarafından getirilen karşı bir öneriyi kabul etmesi ve kanunda belirtilen prosedüre uygun olarak hazırlanan “son tutanak” yargısal bir etkiye sahip olacaktır.

Arabuluculuk sonunda tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve anlaşmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, yine taraflar arasında tanzim edilen son tutanak ile belgelendirilir. Arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği veya ne zaman sona erdiği konusunda bir tereddüt doğmaması için bir tutanakla sonucun belgelendirilmesi gereklidir. Kanun koyucu, tutanağın muhtevası konusunda da emredici düzenlemeler yapmamış, anlaşmanın kapsamını ve şeklini tarafların serbestçe karar verebilmesine imkân tanıyacak şekilde düzenlemiştir. Tutulan zabtın asıl fonksiyonu sürecin sona erdiğinin belgelendirilmesi olmakla birlikte, taraflar tutanakta hangi hususların yazılacağını serbestçe kararlaştırabilir. Faaliyetin gizli kalmasını arzu edebilecekleri gibi, daha ayrıntılı bir tutanak da düzenlenmesi mümkündür. Arabulucu da tutanağın içeriği ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirerek tarafların iradelerini en iyi yansıtabilecekleri tutanağın oluşmasını sağlayacaktır.²⁶

Arabuluculuk sürecinde, ayrıca bir karar mercii bulunmadığı gibi, sürecin sonunda herhangi bir karar mercii de bulunmaz. Sürecin sonunda arabulucular, “arabuluculuk anlaşma belgesi” tanzim ederler. Arabuluculuk anlaşma belgesi yerine arabuluculuk kararı şeklinde bir kullanım hatalı olur. Taraflar uyuşmazlıkları anlaşarak veya anlaşamayarak sonuçlandırır. Anlaşmaya varılırsa, anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve bir anlaşma belgesi düzenlenir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/2. maddesi gereğince, tarafların sadece anlaşmaları zaman değil, anlaşamadıkları zaman da faaliyetin nasıl sona erdiğini gösterir tutanak halindeki belgenin taraflarca ve arabulucu tarafından imzalanması gereklidir. Burada, taraflardan kastedilen tarafların kanuni temsilcileri veya avukatları da olabilmektedir. Tarafların imza şartı sadece "sebebi belirtilmek suretiyle" ortadan kalkabilirken, arabulucunun imzası her zaman zorunludur. Bu durumda arabulucunun imzası tutanağın geçerli bir belge niteliği kazanması için yeterlidir.

Son tutanak ile birlikte hazırlanan “anlaşma belgesi” tanzimi durumunda, bu belge, Kanunda yer verilen yetkili kişiler, yani hem taraflar hem de arabulucu tarafından imzalanmalıdır. Taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmayan belge, Kanunun anlaşma belgesi

²⁶ Karakullukçu, Feyza Sultan,
<http://www.mondaq.com/turkey/x/771734/Arbitration+Dispute+Resolution/Hukuk+unda+Zorunlu+Arabuluculuk+Ve+Arabuluculuk+Tutanakların+Nitelii>,
E. T.: 10.12.2019.

niteliği verdiği bir belge anlamı taşımayacak, yani icra edilebilirlik şerhi de alınmayacaktır. Dolayısıyla ilam niteliğinde de kabul edilemeyecektir.²⁷

Öte yandan taraflarca imzalanan, arabulucu tarafından ise imzalanmayan bir anlaşma belgesi yalnızca bir borç ikrarı ya da sözleşme niteliğinde kalacaktır.

Bu görüşlere göre; zorunlu arabuluculuk kurumunun iş hukukunun emredici hükümleri ile çelişen bir yönünün bulunmadığı ve tam aksine, işçilik alacaklarının daha çabuk şekilde ve daha hızlı tahsil edebilme imkanı bulunmaktadır.

Esasen Türkiye ikame edilen normal bir iş davasının sonuçlanması ve (parasal değer elveriyorsa) Yargıtay aşamasından da geçmesi, 2015-2017 yılları arasında ortalaması 4 yılın üzerindedir. Her yıl 500.000'den fazla uyuşmazlık çözülmek zorundadır.²⁸ Bu süreç sonucunda, işçinin mahkeme sonucu hükmedilen alacakları, borçlu işverenin işyerini kapatması vb. nedenlerle tahsil kabiliyetini kaybetmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, işçi, zorunlu arabuluculuk faaliyeti içinde, hak etmiş olduğu bir kısım alacaklardan vazgeçme sonucunu tercih edebilecektir Zira açılan iş davasının sonuçlanması ve (parasal değer elveriyorsa) Yargıtay aşamasından da geçmesi, 2017-2020 yılları arasında ortalama 4 yılın üzerindedir. Bu süreç sonucunda, işçinin mahkeme sonucu hükmedilen alacakları, borçlu işverenin işyerini kapatması vb. nedenlerle tahsil kabiliyetini kaybetmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, işçi, zorunlu arabuluculuk faaliyeti içinde, hak etmiş olduğu bir kısım alacaklardan vazgeçme sonucunu tercih edebilecektir. Dava şartı olarak arabuluculuk sisteminin kabulünden sonra, davalarda çok büyük düşüşler olduğu ve işçilerin haklarına daha çabuk kavuştuğu iddia edilmektedir.²⁹

C- ZORUNLU ARABULUCULUK ANLAŞMASININ MAHİYETİ

Esasen, henüz kanun yürürlüğe girmeden önce, “iş hukuku” ilkelerinin “zorunlu arabuluculuk ilkeleri” ile çelişebileceği konusunda, Türk iş hukuku doktrininde ciddi görüşler ileri sürülmüştü. Zorunlu arabuluculuğun, kişilerin Anayasa ile teminat altına alınan “Hak arama özgürlüğü” ne zarar verdiği görüşü doktrinde yer yer dile getirildiği müşahade edilmiştir. Bu görüşü savunanlara göre, yargı sistemini tıkayacak noktaya getiren dava dosalarının çokluğu, dava sürelerinin

²⁷ Korkmaz, Fahrettin, KIYAK, Emre, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.4, İstanbul- 2018 s. 34.

²⁸ BKz. Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistikleri- 2018, s. 193 vd.

²⁹ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T. 15.05.2020.

uzaması vb. nedenlerle, kişilerin hak arama özgürlükleri kısıtlanamaz.³⁰ Ancak, söz konusu itirazlara rağmen, kanun kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk kurumu konusunda, leh ve aleyhte yapılan değerlendirmeleri dikkate almamız gerekir. Öte yandan, Arabuluculuk kurumunun getireceği sosyal problemlerin görüşlerinin çok önemli olduğu ve özellikle son ikiyüz yıllık işçilik kazanımların da berhava olmaması ve hukuk sistemi içinde, mümkün ve muhtemel sıkıntılara karşı mekanizmaları da tespit etmemiz gerekir. Bu nedenle, öncelikle, arabuluculuk kurumunun tutanaklarına ve özellikle son tutanağına ilişkin değerlendirmeler yapmak gerekir.

1-Anlaşma belgesi, kural olarak, kanunda belirtilen kişi veya yetkili temsilcilerinin imzası ile kanunda yazılı şartlarda ve adi yazılı şekilde hazırlanır. Ancak, bu belgenin adi bir sözleşme olduğu anlamına gelmez. Zira, ortada bir tarafların anlaşması ve kanunla yetkilendirilmiş bir organın (arabuluculuk kurumunun) onayı bulunmaktadır. Öte yandan, yine tarafların anlaşması ile, söz konusu arabuluculuk anlaşma belgesinin herhangi bir noterde onaylama ya da düzenleme resmi şekillerinde de yapılmasında hukuken herhangi bir mahsurun olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.³¹

2-Tarafların gönüllü veya zorunlu arabuluculuk ilkeleri çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin şu sonuçları bulunmaktadır.

-Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir, anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde, bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

-Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

-Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, çekişmesiz yargıya ilişkin yetki hükümleri yanında arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir.

-Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir.

-İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu

³⁰ Çiçek, s.40.

³¹ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112.

harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır. -Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Aynı husus, Avukatlık kanununun 35. Maddesinde de bulunmaktadır.

-Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (R.G. 30439, 18 Haziran 2020, Adalet Bakanlığı Hukuk Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, (HUAKE Yönt.) m. 21).

Öte yandan, kendisine başvuru ilgilii mahkeme anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum tespit etmesi durumunda, anlaşmaya şerh vermeyebilecektir.³²

3-Anlaşma belgesi niteliği itibariyle, sadece bir maddi hukuk sözleşmesi değil, artık taraflara bu konuda dava açma yetkisini kaldıran bir belge niteliğindedir.³³ Esasen söz konusu belgenin içeriği taraflarca serbestçe oluşturulmakta, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşturulmakta ve taraflarca imzalanmakta olsa da, özel kanun hükmü ile bir daha bu konuda dava açılmayacak bir belge tanzim etmişlerdir.³⁴

4- Zorunlu arabulucunun da imzasının bulunduğu bu anlaşma; sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflarca serbestçe yapılabilmekle beraber, anlaşma belgesinin maddi hukukta yer alan kurallara uygun olarak akdedilmesi ve şekli olarak tamam olması gerekir. Yani tarafların ehil olması, sözleşmenin emredici kurallara, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekecek, aksi halde kesin hükümsüzlüğü ileri sürülebilecektir.³⁵

5-Gerek gönüllü arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta, anlaşma belgesinde irade beyanlarının birbirine uygun olması gerektiği kadar, genel kamu düzenine uygun bir şekilde tanzim edilmesi ve arabuluculuk faaliyeti kapsamına girmeyen konularda hiçbir şekilde anlaşma tutanağı tanzimi cihetine gidilmeksizin, arabulucunun bu faaliyetten çekilmesi gerekir (HUAKE Yönt. M. 17/2, 20/4,).

³² Doktrinde bazı yazarlar, mahkemenin anlaşmanın içeriğinde emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir durum tespit etmesi durumunda da, anlaşmaya şerh vermeyeceğini belirtmişlerdir. Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 112.

³³ Tuğsavul, Taşpolat, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 344.

³⁴ HUAKE m. 18'in gerekçesinde "İkinci fıkrada, anlaşma belgesinin etkisi düzenlenmiştir. Taraflar varılan anlaşmayı mevcut haliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır. Ancak, bu belgeye ilam niteliği kazandırılmak isteniyorsa icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekecektir."

³⁵ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 114-115; Korkmaz/Kiyak, s. 52; Taşpolat Tuğsavul, s. 344.

D- ARABULUCULUK ANLAŞMALARININ KANUNUN EMREDİCİ NİTELİKLERİNE AÇIKÇA AYKIRILIK TAŞIMASI

Zorunlu Arabuluculuk kurumuna karşı getirilen eleştiriler dikkate alındığında; bu kuruma yönelik eleştirileri başlıca iki ana başlıkta incelememiz mümkündür. Zorunlu arabuluculuk aşamasında aşağıdaki sorunlar ortaya çıkmış olabilir.

- Arabuluculuk sürecinde, iş hukukunun emredici niteliğine aykırı haller ortaya çıkabilir.

- Arabuluculuk anlaşmasında tarafların ceza hukukunda yer alan ve suç teşkil eden fiillere ilişkin eylemleri söz konusu olabilir. Örneğin, yetkisiz birinin işçi adına imza atması neticesinde, ceza mahkemesinin devreye girmesi söz konusu olabilir.

- İşçinin iradesi sakatlayan haller ve gabin gibi durumlar ortaya çıkmış olabilir.

Aksi halde genel hükümler uyarınca söz konusu anlaşmanın iptalinin istenmesi, çok sıkı şartlarla ve zorunlu arabuluculuk kurumuna müdahale etmemek ve kanun koyucunun iradesini işlevsizleştirme anlamında olmamak kaydıyla, mümkün olabilecektir.

Zira, arabulucunun da imzasının bulunduğu anlaşma tutanağının her an, yargı yolu ile iptalinin istenmesi, bu kurumun külliye ortadan kalkmasına neden olabileceği gibi, Türkiye’de özel hukuk uyuşmazlıklarının % 40 civarındaki uyuşmazlıkların “işçi alacakları” olması nedeniyle, ortaya çıkan ve adalete erişimin daha hızlı ve çabuk olmasını amaçlayan kanuni düzenlemenin rafa kalkmasına, işyerlerinin kapanmasından birkaç sene sonra sona eren yargı uyuşmazlıklarına yeniden dönmesine neden olabilecektir. Her ne kadar, arabuluculuk kurumunun bir dava şartı olarak gelme gerekçeleri bu gün için gündeme gelmiyor ise de, Adalet Bakanlığının verileri ortadadır. Çalışanların büyük çoğunluğunun işçilik haklarına davaların uzaması ve sonrasında da, işyerinin kapanması nedeniyle haklarına ulaşamadığı zamanlarda, işçilere sadece mahkeme yolunun doğru yol olduğunu söylemek sorunlarına çare olamayacaktır. Bu nedenle, bu tür kararlarda çok dikkatli olmak gerekir.³⁶ Esasen, zorunlu arabuluculuk sisteminden sonra dava sayılarında önemli bir azalmanın olduğu da müşahede edilmektedir.³⁷

Bir dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk kurumunun devreden çıkması sonrasında, işçilerin lehine yeni bir durumun gelmeyeceğini geçmiş uygulamadan biliyoruz. Nitekim geçmiş uygulamada

³⁶ Resmi verilere göre, 2016 yılında 557.000 iş davası açılmış ve 2017 yılında 551.000 dosya ve 2018 yılında da 540.000 ihtilafı dava dosyası görülmek suretiyle, ülkemizde en fazla görülen özel hukuk ihtilafı olma özelliğini devam ettirmiştir. Bkz. *Adli İstatistikler*, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019, s. 194 v.d.

³⁷ <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T.: 15.05.2020.

gördüğümüz gibi çok uzun süren davalar sonucunda, mahkemece işçi lehine karar verilse bile tahsilatı mümkün olamamaktadır. Türkiye’de işletmelerin büyük çoğunluğu, kendi öz sermayesi ile değil banka kredisi ya da devlet teşviki ile işlerini büyütme ve finans mekanizmalarını çevirmek zorunda kalmaktadırlar. Davanın kazanılması sonrasında, işçi tarafı haciz, veya iflas isterse, bütün dünyada olduğu gibi, çoğunlukla; rehinli alacaklar ön planda gelmekte, sonrasında ise malın aynından doğan alacaklar ve daha sonrasında da diğer kamu alacakların tahsili cihetine gidilmektedir. Bu kalemde de bir şey kalırsa, işçilerin parasal haklarına kavuşması söz konusu olabilecektir.³⁸ Esasen uygulamada, işçilerin % 90’ın kıdem tazminatını tahsil edemediği ileri sürülmektedir.³⁹

Anlaşma belgesiyle anlaşılan hususlarda dava açılmayacağına ilişkin hükmün, doktrinde bazı yazarlar tarafından, anlaşma belgesinin geçerliliğini her zaman tartışılabilmesine imkan sağlayacak şekilde yorumlanmasıyla,⁴⁰ Kanunun emredici hükmünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak ve kanun koyucunun amacına ters ama “işçi lehine yorum ilkesi” çerçevesinde doğru kabul edebileceğimiz bu yaklaşımın, getirisi götürüsünden fazla olabilecektir. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi, gerek iradi arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta tarafların anlaşması sonrasında, anlaşma gereği hakkına kavuşan kişi ya da kişilerin, sonradan bunun kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile geçersizliğini ileri sürmesi her zaman mümkündür. Bu durumda, gerek HUAK ile gönüllü arabuluculuk ve gerekse İş MK ile getirilen ‘dava şartı olan arabuluculuk’ kurumunun işlevsizleşmesine ve kurumun niteliğinin ortadan kalkmasına neden olabilecektir.

III- ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNDE EMREDİCİ HÜKÜMLERİN İHLAL EDİLMESİ

Bir dava şartı olan, salt arabulucunun katılımıyla bir anlaşma yapılması, anlaşmanın mutlaka hukuka uygun olduğu ya da emredici hukuk düzeninin bir parçası olmuş özellikle işçi tarafının yüzyıllara sari iktisap edilmiş haklarına halel gelmediği anlamına gelmeyecektir.⁴¹ Bu nedenle, emredici hükümlere uygun anlaşmaların yapılması arabulucuların görevidir. Bu konuda, Adalet bakanlığı çok sık eğitim toplantıları ile ve yönetmeliklerle ortaya koyacağı standart anlaşma belgeleri ile, arabulucuların kamu düzenine aykırı işlemlerde bulunmasını engelleyebilir veya asgariye düşürebilir.

³⁸ Korkusuz, M. Refik, *Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku’nda İşçilik Alacaklarının Korunması*, Ankara, 2004, s. 130 vd.

³⁹ <https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/iscilerin-yuzde-90i-kidem-tazminatinalamiyor-234503.html>, E.T.: 20.05.2020.

⁴⁰ Ekmekçi/Özekes/Atalı/seven, s. 115.

⁴¹ Taşpolat, Tuğsavul, s. 344.

Kural olarak, kamu düzenine ve iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir anlaşma yapılması; en az beş yıl veya daha fazla bir süreden bu yana mesleğini ifa etmiş hukukçu niteliğine sahip olup, ayrıca da arabuluculuk eğitimi alıp, yapılan merkezi arabuluculuk sınavını da kazanmış arabulucular için düşük ihtimal olduğunu söylememiz gerekir. Zira, bu işi yapan arabulucuların çok dikkat etmesi gereken konular olduğu, kendilerine verilen her aşamadaki eğitimlerde kendilerine belirtilmiştir. Daha düşük ihtimal olmakla beraber, emredici hükümlere aykırı arabulucu anlaşmalarının veya arabulucu zabıtlarının tanziminin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Yapmış olduğumuz araştırmalarda, emredici hükümlere aykırılığın, çok az sayıda bazı arabulucular tarafından; taraflarca kabul edilen ücret temelinde ve yine taraflarca kabul edilen çalışma süresi esas alınmak suretiyle, arabulucuların bazen işçilik alacaklarını tek tek hesaplamadıkları ve sadece tarafların belirledikleri miktarı yazarak taraflara imzalattıkları ve uyuşmazlığın bittiğini yazdıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda da, iş hukukunun emredici niteliğinin ortaya çıkacağı her türlü münakaşadan vareste olacaktır.

Belirtilen nedenle, arabuluculuk anlaşma metninin, iş hukukunun emredici hükümlerine aykırı olması durumunda ne olacaktır? Bir başka ifade ile, işçinin hakları, arabulucunun bilerek ya da bilmeyerek ihlal edilmesi halinde nasıl bir mekanizma söz konusudur? Bu durumda, Yargıtay'ın bazı ilkeleri tespit etmesinde yarar bulunduğu gibi, Adalet Bakanlığının, yol gösterici mahiyette olmak üzere; doktrinin de görüşlerinden yararlanarak daha sınırlı sayıda standart tutanak tespitinde yarar bulunmaktadır. Bu ilkeler, o andaki toplumun kabul edebileceği ilkelerden vareste olmaması gerekir.

Arabulucu anlaşma tutanaklarının, kurumun işlevsiz kılınmaması için gereken gayret gösterilmek ve kanun koyucunun iradesini devre dışı bırakmamak kaydıyla, aşağıdaki hallerde, kabili iptal olabileceğini düşünüyoruz.

A- CEZA MAHKEMESİ KARARI İLE ARABULUCU ANLAŞMASININ SUÇ TEŞKİL ETTİĞİNİN ANLAŞILMASI

Arabulucunun yaptığı iş ve işlemlerin, ceza mahkemesi tarafından suç teşkil eden bir eylem olduğu ya da, ceza mahkemesi tarafından, genel ceza hukuku ilkelerine aykırı olması nedeniyle, bir kesinleşmiş bir kararla tespiti halinde, artık söz konusu arabulucunun da imzasının bulunduğu “son tutanak” ta belirtilen kararların geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Yine, arabuluculuk anlaşmasında işçi adına imzası bulunan şahsın hukuken yetkili bir kimse olmaması, işveren kaşesinin sahte olması veya işvereni temsil etme salahiyetinin bulunmaması gibi durumlar, aynı zamanda ceza davası (niteliğine göre, özel evrakta sahtekarlık ya da resmi evrakta sahtekarlık) konusu olabilir. Böyle bir halde, ceza mahkemesinin vereceği karar ehemmiyet arz edecektir.

Bilindiği gibi, Ceza hukuku suç oluşturan eylemin cezalandırılmasında kamu yararı aramaktadır. Özel hukuk ise haksız eylemin kişilere verdiği maddi ve manevi zararlarla uğraşır. Ceza hukukunda eylemin “kast” ve “taksir” öğeleri araştırılır. Tazminat davalarında ise “kusur” ve “sorumluluk” aranır. Bu nedenlerle, her iki hukuk düzeni birbirlerinden farklı hükümler içerirler ve farklı amaçlar güderler. Bununla birlikte çoğu yerde kesişirler ve birbirlerini etkilerler. Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisi, TBK.m.74’de düzenlenmiş olup, bu maddede ceza-hukuk ilişkisinin tümü değil, yalnızca haksız eylemden doğan tazminat davaları yer almış bulunmaktadır.

6098 sayılı yeni TBK. 74. maddesine göre de: “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” Yeni TBK ile hukuk hakimi, ceza mahkemesi kararları karşısında bağımsız kılınmış; ceza mahkemesince haksız eylemin suç niteliği saptanmamışsa, hukuk hakimine bunu kendiliğinden ve özgürce araştırma ve sonucuna göre karar verme yetkisi tanınmıştır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, tazminat davalarına daha uzun süreli ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulanması için, haksız eylemin yalnızca suç niteliği taşıması yeterli görülmüş; ayrıca eylemi işleyen hakkında ceza kovuşturması yapılmış ve mahkumiyet kararı verilmiş olması koşulu aranmamıştır.

Eğer suçun işlendiğine veya işlenmediğine ilişkin ceza mahkemesinin kesin bir kararı varsa, örneğin ilgili arabuluculuk son tutanak belgesini düzenleyen yine bu belge ile sınırlı olarak ceza alması durumunda, hukuk hakimi bu karara uyacak ve belgenin iptaline karar verecektir. Böyle bir karar yoksa veya kanıt yetersizliği nedeniyle ya da suç kastı bulunmadığı gerekçesi ile aklama (beraat) kararı verilmişse, hukuk hakimi, haksız eylemin suç niteliğini doğrudan araştıracaktır.⁴²

⁴² <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/ceza-mahkemesi-kararlarinin-hukuk-mahkemesine-etkisi.htm> E.T.: 23.05.2020.

B- İŞÇİLİK ALACAKLARININ FERAGAT VEYA SULH OLMASIZIN, AÇIKÇA EKSİK HESAPLANMASI, İŞÇİNİN HAK KAYBINA UĞRADIĞININ ANLAŞMA BELGESİNDEN BİLE ANLAŞILMASI

1- Ücret alacakları ile ilgili uyuşmazlıklarda;

Anlaşma belgesindeki çalışma süresi ile, işçinin ilgili tutanakta belirtilen hak ettiği ücreti hesabı arasında telifiki mümkün edilemez bir oranın mevcudiyeti halinde, arabuluculuk anlaşma tutanağının, kamu düzeni kurallarına aykırı olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, Arabulucunun ilk toplantısında, taraflar işçinin aylık ücretinin, asgari ücretin 3 katı tutarında bir ücret olduğunu kabul etmelerine rağmen, işçilik ücreti belirlenirken, hiçbir feragat veya önceki tutanakta belirtilen miktarı nakzedecek herhangi bir gerekçe ileri sürülmeksizin, hesaplamalar asgari ücret üzerinden yapılmış ise, bu durum arabulucunun tutanaklarının iptali yönünde bir kanaat oluşturacaktır.

a- Çalışma süresinin yazılmaması

Tarafların üzerinde mutabık kaldıkları çalışma süresinin mutlaka belirtilmesi gerekir. Eğer taraflar, işçinin çalışma süresi konusunda bir anlaşmaya varmamış iseler, bu durumun ileri de tekrar tartışma konusu ihtimali her zaman bulunmaktadır.

b- Ücret miktarının tam olarak yazılmaması

Bir defa ücretin miktarı tam ve net/brüt bir şekilde yazılmalıdır. Ücretin taraflar arasında tam olarak belirtilmemesi, sadece ücretle ilgili sorunların ortaya çıkması ile sınırlı kalmaz ve diğer tazminat alacaklarına yönelik te yeni durumların ve yeni tartışmaların da ortaya çıkmasına neden olabilir.

c- Diğer kanuni ve akdi alacakların da tam olarak yazılmaması

İşçilik alacakları, ücretten ibaret değildir. Tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi, varsa diğer akdi ve kanuni alacakların da net olarak ortaya konulması gerekir. Örneğin, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izin hakkı, dini ve milli bayramlarda çalışma gibi. Burada dikkate alınması gereken esaslı unsur, işçilik alacakları için, işçinin arabulucuya dilekçe aşamasında vermiş olduğu alacak kalemlerinin esas alınmasıdır. Örneğin arabulucuya başvuru esnasında 10 adet alacak kaleminin belirlen bir işçinin, hiçbir alacak kaleminin yazılmaması sonrasında, alacaklarının tamamından feragat ettiğini belirtmesi veya bu alacaklarına karşı çok düşük bir miktar karşılığında sulh olması halinin günün birinde tekrar tartışma konusu yapılma ihtimalinin bulunduğunu peşinen kabul etmek gerekir.

d-İşçilik alacaklarının resmi kurumlara verilen bilgilerle mübâyet teşkil etmesi veya yapılan herhangi bir teftiş ile aksinin tespiti

Uygulamada, bazı işçilerin, bir taraftan Çalışma Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne işçilik alacaklarının ve çalışma sürelerinin tespitini isterken, diğer taraftan da, mahkemeye başvurduğu müşahede edilmektedir. Mevcut sistemde, arabuluculuk işlemlerinin daha önce ortaya çıkacağında kuşku bulunmamaktadır. İş teftiş örgütünün, belki de eleman azlığı nedeniyle, çok yavaş işlerken, zorunlu arabulucuya dosyanın gelmesi daha çabuk bir sürede olabilmektedir. Gerek fiilen, çalışma dönemine ilişkin olarak, farklı dönemlerin tespit edilmesi ve gerekse de parasal tediyelere ilişkin çok büyük ve tolere edilemez farklılıkların ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda; İş kanununun emredici niteliğine aykırılık teşkil etme ihtimalinin bulunduğu ortadadır.

Bir işyerinde, işçinin 8 sene çalıştığı SGK kayıtlarından ve orada yer alan yetkili imzalardan ve yatırılan SGK primlerinden anlaşılıyorsa ve fakat anlaşma tutanağında 3 yıl üzerinden anlaşma yapılmış ise, bakiyesi için yeniden zorunlu arabuluculuk dava şartı da gözetilmek suretiyle, dava açmak mümkündür. Esasen önceki, anlaşma tutanağını kısmi anlaşma olarak kabul etmek gerekir. Aksi durumun, İş kanununun emredici niteliğine aykırılık teşkil ettiği ortadadır. Öte yandan, yasal kurumlar; sulh ve feragat olmaksızın resmen tespit edilmiş çalışmanın aksine hiçbir çalışmanın olmadığına dair anlaşma belgesi de, iptal tartışmalarını beraberinde getirecektir. Örneğin, niteliği gereği 12 saat çalışan güvenlik görevlilerinin resmi görevliler eliyle tespit edilmiş fazla çalışması ve hatta tarafların ikrarları ortada iken, anlaşma tutanağında böyle bir fazla çalışmanın olmadığına ilişkin beyan da, iptal tartışmalarını her zaman gündeme getirebilecektir.

2- Tazminat alacakları ile ilgili uyuşmazlıklarda

Bir önceki örnekte yer aldığı veçhile; taraflar önceki tutanakların birinde, işçinin aylık ücretinin, asgari ücretin 3 katı olduğunu kabul ettikten sonra; kıdem ve ihbar tazminatı hesabında, hiçbir makul ve mantıki izah (haklarının bir kısmını aldığına dair beyan, kısmi feragat veya önceki tutanağın gerçeği yansıtmadığı konusunda beyan v.s.) olmaksızın, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve hatta sendikal tazminat gibi alacaklara ilişkin taleplerde, hesaplamanın asgari ücret üzerinden yapılması, kararı "iş hukukunun emredici niteliği" nedeniyle tartışmalı ve iptali mümkün niteliğe bürünmesine neden olabilecektir.

Yine işçinin yukarıda belirtilen tazminatlarının dışında, işçinin kanun ya da sözleşme ile hak kazandığı herhangi bir tazminat hakkının bulunması durumunda; anlaşma belgesinde bu haklarının neden mevcut olmadığını izah edilmeksizin, bu haklarının bulunmadığını veya külliyen bu haklardan feragat ettiğini belirtmesi de hayatın olağan

akışına uygun değildir. Bu durumda da, anlaşma belgesinin, emredici kurallara aykırı olduğu ileri sürülebilecek ve konunun yargıya taşınması mümkün olabilecektir.

a-Çalışma süresine ilişkin uyuşmazlıklarda

Anlaşma belgesinde; işçinin çalışma süresinin ihtilafsız bir şekilde net olarak yer almasından sonra, her hangi bir gerekçe bildirilmeksizin, hesaplama yapılırken, son tutanakta, işçinin çalışması süresinin daha az bir döneme ilişkin olarak hesaplanması sözkonusu ise, işçi bakiye haklarını isteyebilmelidir.

b-Anlaşma belgesindeki fiili tespitlere aykırı hesaplamalar halinde

Anlaşma belgesindeki fiili durum açısından talep edilen işçilik ücreti ile işçinin “anlaşma belgesi”nde hesaplanan ücreti arasında fark var ise, ne olacaktır? Örneğin, 100 saat fazla çalışma yaptığı konusunda iki tarafın kabulünün olduğu bir anlaşmada, işçilik haklarının çok azı (örneğin % 10’ u) karşılığında bir ödemenin yapılacağı belirtilmesi, hayatın olağan akışının çok dışında bir anlaşma olduğunun kabulü gerekir. Yine, işçinin varsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izinleri ile hak ettiği işçilik alacakları ile anlaşma metnindeki rakamlar arasında büyük fark ta olmamalıdır. Aksi takdirde, üzerinde henüz mutabakat olmayan “arabuluculuk karar metni” nin, iradenin fesadı hallerinden biri (hata, hile, ikrah veya gabin) ile malul olduğu ileri sürülerek, dava konusu yapılması ve geçersizliğinin tespiti talebinde bulunulması mümkün olabilecektir.

C- ÇALIŞANLARIN İRADESİNİN FESADA UĞRADIĞININ ÇOK AÇIK BİR ŞEKİLDE ANLAŞILMASI

Bu tür emredici hukuk kurallarına aykırılıklar istenmeyen ve olmaması gereken durumlar olmasına rağmen, hayatın gerçeğinde karşılaşılması mümkün ve muhtemel durumlardır. Bu durumların ispatı halinde, aşağıda belirtilen hukuksal kurumlar çerçevesinde, arabuluculuk tutanaklarının iptali konusu gündeme gelebilecek durumlardır.

İşçiler, zorunlu arabuluculuk süreci boyunca yukarıda belirtilen ve kanunun emredici olarak belirttiği ve işçinin korunması amaçlı olarak düzenlediği işçi lehine düzenlemelerin dışında da hak kayıplarına uğraması mümkündür. Ancak bu durumun, ilgili anlaşmadan açıkça anlaşılması gerekir. Özellikle son tutanakta, kanunun emredici olarak öngördüğü ve şartları tuttuğu için ödemesini zorunlu olarak belirttiği ödemelerde bir tümünden ya da kısmen feragatler ya da külliye sarfı nazar da söz konusu olabilir. Ücret, kıdem ve ihbar tazminatı ile diğer işçilik haklarından sarf-ı nazar etme ya da çok düşük bir miktar ile geçiştirme imkanı da olabilecektir.

Önceki Borçlar kanununda “irade fesadı halleri” olarak ifade edilen ve mevcut Borçlar kanunumuzda ise “irade sakatlığı halleri” olarak yer alan haller;

Hata, hile ve tehdit olmak üzere üç tane olduğu kabul edilmektedir. Ancak, bu hususun çok açık ve net bir şekilde, ilgili anlaşma tutanağından anlaşılması gerekir. Aksi durum, yeni bir alacak davasının ikamesine neden olur ki, bu da kanun koyucunun iradesinin ilgasına ve mevcut kanunun emredici hükmüne rağmen işlevsizleşmesine neden olabilecektir.

1- Hata

Bir sözleşmede, taraflardan birisinin kendi hatası ile, gerçek iradesine uymayan bir beyanda bulunmasıdır. Hata temelde; sadece beyan hataları ve temelde hata olarak iki sınıfta değerlendirilmektedir. Arabulucunun da imzasının bulunduğu son tutanakta, ilgili arabuluculuk konusunu teşkil eden uyuşmazlığın konusunda, taraflarında, miktarda ve kişinin niteliklerinde yapılan hatalar beyan hataları olarak kabul etmek gerekir. Bunlarda meydana gelen hatalar “esaslı hata niteliği” nde olmadıkça sözleşmenin iptaline imkan vermemektedir.

2- Hile

Bir sözleşmede taraflarından birinin karşı tarafın hilesi neticesinde, iradenin fesada uğrayarak, daha önceden düşünmediği ya da arzu etmediği bir sözleşme akdetmesidir. İş hukuku uyuşmazlıklarında ise; arabulucunun kararını görmeden önceden işveren tarafından imzanın alınması, son tutanak tanziminden önce, işverenin işçiyi aldatmak suretiyle, çalışma süresine ve aylık ücretine ilişkin olarak, gerçek olmayan bir belge alıp, o belgeye göre, son tutanağın tanzim edilmesi halinde, ilgili son tutanağın hile nedeniyle, iptali gündeme gelebilir.

Zira, ortada, hile ile iradenin fesada uğradığı kabul edilecek durumlar mevcuttur. Karşı tarafın hilesi sonucu yanıtılan tarafın yanılması esaslı olması bile taraflar sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, sözleşmenin ifasından sonra edimlerin ifaya başlaması halinde sorunun çözümü, “Borçlar hukuku” nun genel ilkeleri çerçevesinde çözülmek durumunda kalınacaktır.

3- Tehdit

Bir kişinin sözleşmeyi yapmaya maddi ve manevi cebir ile, normal şartlarda iradesinin olmadığı bir konuda sözleşme yapılmaya zorlanması hali olan durumun, son tutanakta ortaya çıkması mümkündür. Örneğin, arabulucuya gitmeden önce, işçiden tehdit ile gerçeğe aykırı beyan ve imza alan işverenin, bu durumu, son tutanağa işletmesi halinde, sakat bir iradenin varlığını kabul etmek gerekir. Bu durumda, tehdide uğramış olan kimsenin iradesi, sakat bir irade olarak ortaya çıktığının kabulü

gerekir. Ancak, geçerli bir ikrahın mevcut olabilmesi için tehdit edilenin iradesini açıklaması, fakat bu iradenin zor altında beyan edilmesi gereklidir. Böyle bir tehdit ile kişide bir korku uyandırılır ve o da kendisine veya yakınlarından birisine maddî veya manevî bir zarar verilmemesi endişesiyle bir sözleşme imzalamayı kabul ederse, bu sözleşme ikrah altında yapılmış bir akit sayılır. Buna göre maddî ve manevî bir zarar korkusu, sözleşmenin meydana gelmesinde başlıca sebep teşkil edebilecektir.⁴³

4- Gabin

TBK'da "irade sakatlığı halleri" arasında sayılmamakla birlikte, TBK m. 28'de, aşırı yararlanma olarak tavsif edilen ve tarafların edimleri arasında açık oransızlık içerecek şekilde bir sözleşme serbestisini, hukuk düzenimiz korumamaktadır. İşte söz konusu hallerde bir sözleşme ilişkisinde çeşitli sebeplerden ötürü sömürülen zayıf tarafı, sömüren güçlü tarafa karşı korumaya yönelik bir amaçla hareket eden gabin (aşırı yararlanma) hükmüne göre

Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

Bir görüşe göre, aşırı yararlanma (gabin); hata, hile ve korkutma (ikrah) gibi bir irade sakatlığı halini oluşturduğu belirtilse de, bize göre, aşırı yararlanma (gabin) sözleşme serbestisi ilkesine getirilen bir kısıtlama olarak kabul edilmelidir Bu kısıtlama münferit sözleşmeler için değil, tüm sözleşmelerde dikkate alınması gereken bir kısıtlama teşkil etmektedir.⁴⁴

TBK' da getirilen bu müesseseler, nisbi emredici butlan (veya iptal edilebilirlik) hükümlerine göre, tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi, arabuluculuk tutanaklarının mahkemeler eliyle iptalini sağlamak, çok açık ve fahiş mübâyenet halinde, mümkün olabilecektir.

Bu belirtilen emredici hükümlerin ihlali durumunda, taraflardan birinin sarîh veya zımni iradesi ile ilgili arabuluculuk tutanağının feshi söz konusu olamayacak, konusuna göre, icra edilebilirlik şerhi yönünden sulh hukuk mahkemeleri (Yönetmelik m.21/3,4) veya zorunlu arabuluculuk konusunda, icra edilebilirlik şerhi dışında kalan konularda

⁴³ Saymen, Hakkı Ferit/ Elbir, Halit Kemal, *Türk Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Birinci Bölüm, İstanbul, 1958, s. 274; Feyzioğlu, Feyzi N., *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, İstanbul, 1976, s. 164; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Ankara, 1972, s. 83 v.d..

⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. I., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, 6.Tıpkı Bası, s. 479.

da, 7036 s.k. m. 5. Maddesine göre, iş mahkemesi görevli mahkeme olarak karşımıza çıkabilecektir.⁴⁵

SONUÇ

Kural olarak, bir dava şartı olarak getirilen, zorunlu arabuluculuk sistemi; yerinde ve işçilerimizin haklarına kavuşmalarında, çok önemli fonksiyon işlemiştir. Bu kurumun ayakta kalması, çalışanlarımızın haklarına daha erken kavuşmada, çok önemli amil olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabulucunun düzenlediği anlaşma tutanağı, Borçlar Hukuku genel hükümlerine göre tanzim edilen bir adi yazılı sözleşme değildir; 7036 sayılı yasaya göre, belirli niteliklere sahip ve bu alanda nitelikleri tespit edilmiş hukukçu aracılığı ile düzenlenmektedir. Kanun koyucunun iradesi ve uygulamada da en azından şimdilik iyi işlediği belirtilen zorunlu arabuluculuk sistemini işlevsiz kılacak veya kanun koyucunun iradesini de berhava edecek şekilde mahkeme kararlarının devreye girmesi, sistemin önünü tıkayacaktır. Kanunun emredici hükmünün sınırlanması sonucunu doğuracak ve kanun koyucunun amacına ters ama “işçi lehine yorum ilkesi” çerçevesinde doğru kabul edebileceğimiz bu yaklaşımın, getirisi götürüsünden fazla olabilecektir. Yukarıda da arz ettiğimiz gibi, gerek iradi arabuluculukta ve gerekse zorunlu arabuluculukta tarafların anlaşması sonrasında, anlaşma gereği hakkına kavuşan kişi ya da kişilerin, sonradan bunun kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile geçersizliğini ileri sürmesi her zaman mümkün hale gelebilecektir. Bu durumda, gerek HUAK ile gönüllü arabuluculuk ve gerekse İş MK ile getirilen “dava şartı olan arabuluculuk” kurumunun işlevsizleşmesine ve kurumun niteliğinin ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bu durumda da, uygulamada gördüğümüz gibi çok uzun davalar sonucunda, mahkemece işçi lehine karar verilse bile çoğunlukla tahsilatı mümkün olmayan bir kaotik ortama doğru gidilmektedir. Zira, serbest piyasa düzeninde; rehinli alacaklar ön plandadır. Bütün tahsilatlarını yaptıktan sonra, o malın aynından doğan alacaklar ile diğer kamu alacakların tahsili söz konusu olacak ve daha sonra bakiye bir şey kalırsa, işçiler de haklarına kavuşabilme imkanına sahip olabilecektir. Özellikle, iktisadi bunalımların olduğu dönemde, tahsil imkanı çok düşük seviyede olmaktadır.

Öte yandan, yüzyıllarca mücadeleden sonra, işçiler lehine elde edilen hak ve kazanımların, emredici kurallara aykırı arabulucu anlaşmaları ile ortadan kaldırılmasının da kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, arabuluculuk kurumunun yaşaması temelinde olmak üzere; Kamu düzenine ve iş hukukunun emredici kurallarına aykırılığın olmaması için Adalet bakanlığının doktrinin vereceği katkı ile standart ve emredici kurallara ilişkin hususların yer aldığı standart nitelikli örnek

⁴⁵ Farklı görüş için bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 266.

anlaşma tutanaklarını tespit etmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, emredici kurallara aykırılığı açıkça anlaşılan arabuluculuk tutanaklarının, yine doktrinin sunacağı katkı ile birlikte, Yargıtay iş dairelerinin de tespit edeceği ilkeler temelinde olmak kaydıyla, yargı kararları ile iptali mümkün olabilmelidir.

KAYNAKÇA

Aras, Talip, "İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik", TBB Dergisi, 2015, S. 119.

Azaklı Arslan, Betül, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2019, 32. Baskı.

Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Ekmekçi, Ömer/ Özekes, Muhammet/ Atalı, Murat/ Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2019, 2. Bası.

Fevzioglu, Feyzi N., *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, İstanbul, 1976.

Güler, Şerafettin, "Toplu İş Sözleşmesine Konulamayacak Hükümler", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008.

Kocayusupaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. I., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, 6. Tıpkı Bası

Korkmaz, Fahrettin/ Kiyak Emre, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 4, İstanbul, 2018.

Korkusuz, M. Refik, *Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku'nda İşçilik Alacaklarının Korunması*, Ankara, 2004.

Namlı, Mert, "İş Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016.

Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3.

Özkaraca, Ercüment/ Ünal, Canan, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, 18. Baskı.

Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku*, I. Cilt, Ankara, 1972.

Tanrıöver, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBB Dergisi, Sayı 64, Yıl 2006.

Taşpolat Tuğsavul, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Yenisey Doğan, Kübra, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK, Kasım 2016.

Yıldız, Gaye Burcu, "İş Güvencesi Hükümlerinin Uygulanmasında Otuz İşçi Oltnn Nispi Emrediciliği", Legal İHSGHD, S. 11, 2006.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA

Alp, Mustafa, <http://egeyebakis.com/is-hukuku-gunleri-6-defa-duzenlendi/> E.T.: 14.05.2020.

Yarg. 9. HD, 22.02.2008, E. 2008/40711, K. 2008/34678, www.calismatoplum.org E.T.: 12.05.2020.

<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/ceza-mahkemesi-kararlarinin-hukuk-mahkemesine-etkisi.htm> E.T.: 23.05.2020.

Adli İstatistikler, Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019.

<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/is-davasi-sayisinda-buyuk-dusus-40975085>, E.T.: 15.05.2020.

Karakullukçu, Feyza Sultan, <http://www.mondaq.com/turkey/x/771734/Arbitration+Dispute+Resolution/Hukukunda+Zorunlu+Arabuluculuk+Ve+Arabuluculuk+Tutanaklarinn+Hukuki+Nitelii>, E. T.: 10.12.2019.

<https://www.trthaber.com/haber/ekonomi/iscilerin-yuzde-90i-kidem-tazminati-alamiyor-234503.html>, E.T.: 20.05.2020.

BORCA BATIKLIK NEDENINE DAYALI KONKORDATODA GEÇİCİ MÜHLETİN KALDIRILMASI

Removal of Temporary Respite in Composition With Creditors Based on Overindebtedness

Doç. Dr. İbrahim ERMENEK*

Özet: Hukukumuzda sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borca batıklık hali hem bir konkordato nedeni hem de bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak borca batıklık halinin İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri arasında açıkça bir konkordato nedeni olarak düzenlenmemiş olması nedeni ile uygulamada borca batıklık nedenine dayalı konkordato talepleri söz konusu olduğunda çeşitli tereddütler yaşanmaktadır. Bu tereddütler ve uygulama farklılıkları özellikle geçici mühlet aşamasında ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tereddütlerin kaynağını, İcra ve İflâs Kanunu'nun geçici mühlet kararının kesin mühlet kararının sonuçlarını doğuracağına ilişkin hükmü (İİK m.288/1) ile Kanun'un kesin mühlete ilişkin 291 ve 292'nci maddelerinin kıyasen geçici mühlet halinde de uygulanabileceğine ilişkin hükmü (İİK m.287/5) oluşturmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem konkordato mühleti verilmesine ilişkin yargılamaya faaliyeti hem de doğrudan doğruya iflâs hallerine dayalı yargılamaya faaliyeti birer çekişmesiz yargı işi olarak düzenlenmiştir (HMK m.382/). Çekişmesiz yargı işlerinde ise kural olarak kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir (HMK md. 385/2). Bu nedenle borca batıklık nedenine dayalı olarak geçici mühlet kararının verildiği hallerde, mühlet içerisinde konkordato projesinin uygulanmasının mümkün olmadığının anlaşılması, talepte bulunanın feragat etmesi veya komiserin emir ve talimatlarına uyulmaması nedeni ile geçici mühlet kararının kaldırılmasına karar verilen hallerde, konkordato talebinin reddi kararı ile yetinilmeyip ayrıca borca batıklığın devam edip etmediğinin de araştırılması gerekir. Borca batıklık halinin devam ettiğinin tespit edilmesi halinde, talep olmasa bile borçlu şirket veya kooperatifin iflâsının açılmasına karar verilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, konkordatoda geçici mühlet kararı, geçici mühletin kaldırılması, borca batıklık, İflâsın açılması

Abstract: In our legal system state of overindebtedness of capital companies and cooperatives is accepted as both a reason for composition with creditors and a direct cause for bankruptcy. Nonetheless, in practice, various doubts occur in requisitions of composition with creditors based on overindebtedness since the state of overindebtedness is not directly stipulated as a cause for composition with creditors in related provisions of the Law on Enforcement and Bankruptcy. These doubts and differences in practice, especially arise in the phase of temporary respite. The sources of these doubts are the provision of the Law on Enforcement and Bankruptcy stipulating that the decision for temporary respite produces the consequences of a decision for peremptory respite (İİK art.288/1) and the provision stipulating that articles 291 and 292 on peremptory respite shall also be exercised by analogy in the state of temporary respite.

The Code of Civil Procedure establishes both proceedings for granting respite for composition with creditors and proceedings based on direct bankruptcy situations as noncontentious judicial proceedings. (HMK art.382) As a rule, the principle of ex officio inquiry shall apply in noncontentious judicial proceedings (HMK art.385/2). Consequently, in addition to deciding the refusal of demand of composition with creditors; continuation of overindebtedness should be inquired in situations where the temporary respite is removed due to realisation of the impossibility of the project of composition with creditors' implementation, waiver of the demanding party or not conforming with orders and instructions of the trustee. If continuation of overindebtedness is confirmed the bankruptcy of the company or cooperative in debt shall be adjudicated even where there is no demand for bankruptcy.

Keywords: Composition With Creditors, the decision of temporary respite in composition with creditors, removal of temporary respite, overindebtedness, adjudication of bankruptcy.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ibrahim.ermenek@hbv.edu.tr, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-2823-7646>
Makale Geliş Tarihi: 24/05/2020, Makale Kabul Tarihi : 25/06/2020

Giriş

İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri arasında bir konkordato nedeni olarak borca batıklık haline açıkça yer verilmemiştir. Buna karşılık gerek İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'ncü maddesinden, gerek Türk Ticaret Kanunu'nun 376 ve 377'nci maddelerinden ve gerekse Kooperatifler Kanunu'nun 63'ncü maddesinden borca batıklık halinin özel bir konkordato nedeni olduğu açıkça anlaşılmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri birlikte ele alındığında, genel itibari ile borca batıklık nedenine dayalı konkordato talepleri ile borca batıklık gerekçesiyle verilen mühlet hükümlerinin yeterli olmadığı, hatta bu gerekçenin büyük oranda göz ardı edildiği söylenebilir. Oysa konkordato nedenleri dikkate alındığında orta ve uzun vadede hem alacaklılar hem de borçlu bakımından en riskli konkordato nedeni borca batıklık halidir. Zira borca batıklık hali, diğer konkordato nedenleri ile kıyaslandığında borçlunun mali durumunun en ağır olduğu konkordato nedenini teşkil etmektedir. Bu nedenle gerek borca batıklık nedenine dayalı konkordato mühlet talebi gerekse borca batıklık halinde hazırlanacak konkordato projesi özel bir önem arz etmektedir.¹

Diğer taraftan borca batıklık hali hukukumuz açısından sadece bir konkordato nedeni değil aynı zamanda bir doğrudan doğruya iflâs nedeni teşkil etmektedir. Bu hususa İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'ncü, Türk Ticaret Kanunu'nun 377'nci ve Kooperatifler Kanunu'nun 63'ncü maddelerinde açıkça işaret edilmektedir. Borca batıklığın aynı zamanda bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olması konkordato sürecinde, borçlunun geçici ve kesin mühlet talebinin reddi, konkordato mühletinin kaldırılması, konkordato tasdik talebinin reddi ve konkordatonun bütün alacaklılar bakımından feshi halleri için de son derece önemlidir. Zira bu gibi hallerde şirket veya kooperatifin borca batık olduğunu tespit eden mahkeme kendiliğinden iflâsın açılmasına karar vermekle yükümlüdür².

Hukukumuzda borca batıklık halinin hem bir konkordato hem de bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olarak düzenlenmiş olması, geçici mühlet talebi üzerine verilecek kararlar ile geçici mühlet içerisinde konkordato ön projesinin yetersiz olduğunun veya tamamıyla uygulanabilir olmadığına ilişkin anlaşılmaması halinde verilecek kararlar bakımından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonuçların tespit ve değerlendirilmesi bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nun geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğuracağına ilişkin hükmü (İİK m.288/1) ve Kanun'un 291 ve 292'nci madde hükümlerinin geçici mühlet hakkında da uygulanacağına ilişkin hükmü (İİK m.287/5) oldukça

¹ Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin; *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, 2019, s.656.

² Budak, Ali Cem / Tunç Yücel, Müjgan, (Öztek ve Diğerleri), *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara 2018, s. 150, 151; Sarısözen, Serhat, *Konkordato*, Ankara, 2020, s. 176.

önemlidir. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi borca batıklık hali konkordato sürecinin tamamı bakımından etkili sonuçlar doğurmakla birlikte, biz bu çalışmamızda sadece geçici mühletin kaldırılması bakımından meseleyi ele alacağız.

I. Borca Batıklık Bildirimi ve Borca Batıklık Bildiriminin Önemi

Borca batıklığı ifade etmek üzere birçok farklı tanım yapılmış olmakla birlikte,³ doktrinde genel kabul gören tanım, şirketin mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi, şeklindedir.⁴ Borca batıklık şüphesinin varlığı halinde Türk Ticaret Kanunu madde 376/3 hükmü, yönetim kurulunun aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarması gerektiğine işaret etmektedir. Aktiflerin muhtemel satış fiyatları esas alınarak çıkarılan borca batıklık bilançosu, şirketin iflâsının istenmesine ilişkin durumun tespiti açısından kanunî bir ölçütü ifade etmektedir. Borca batıklık bilançosu doktrinde “malvarlığı ve borçların karşı karşıya getirildiği özel bir bilanço” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵

Türk Ticaret Kanunu madde 376'da borca batıklık bildiriminde bulunma, şirketi idare ve temsil edenler bakımından bir zorunluluk olarak düzenlenmiş olup, bu düzenlemede ayrıca borca batıklık bildirimini ile birlikte iflâsın açılmasını talep etme zorunluluğuna yer verilmemiştir.⁶ İflâsın açılması borca batıklık bildirimine (İİK md.179) ve borca batıklık gerekçesine dayalı konkordato taleplerinde konkordato

³ Bu konudaki tanımlar için bkz, Ermenek, İbrahim; *İflâsın Ertelenmesi*, Ankara, 2010, s. 201.

⁴ Atalay, Oğuz; *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi*, İzmir, 2007, s. 20; Ermenek, s. 201; Lanz, Rudolf; *Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung*, Zürich, 1985, s. 37; Schmid, Markus; *Überschuldung und Sanierung*, Freiburg, 1984, s. 7; Kayar, İsmail; *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya, 1997, s. 126.

⁵ Bu konuda bkz. Ermenek, s. 201; Atalay, s. 20; Öztek, Selçuk; *İflâsın Ertelenmesi*, İstanbul, 2007, s. 44 (Öztek -Erteleme); Muşul, Timuçin, *İflâsın Ertelenmesi*, İstanbul, 2008, s 36; Türk, Ahmet, *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları*, Ankara, 1999, s.33; Toraman, Barış, *İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Ankara, 2007, s. 228; Altay, Sümer / Eskiocak, Ali, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, İstanbul, 2018, s. 73; Yılmaz, Berna Burcu, *İflâsın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul 2009, s. 104 vd, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

⁶ “Şirket aktiflerinin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi halinde yönetim kurulu durumu derhal mahkemeye bildirmelidir. İflâsın ertelenmesi talebi ile birlikte borca batıklık durumu da mahkemeye bildirilmiş olduğundan, ayrıca iflâsın istenmiş olması gerekmez. Mahkemece bu durumda öncelikle borca batıklık durumunun tespit edilmesi, bu halin varlığı sabitse şirketin önerilen tedbirlerle ıslahının mümkün olup olmadığı saptanmalıdır. ...İflâsın ertelenmesini talep eden ve borca batık olan şirketin erteleme koşulları bulunmaması halinde iflâsına karar verilmesi gerekir” şeklindeki kararı da görüşümüzü doğrulamaktadır. (19. HD 24. 4. 2003, 9067/4427: www.cdmy.com.tr., e.t: 18.12.2019.

talebinin borca batık olmama (ya da mali durumun iyileşmesi) dışında başka bir nedenle reddedilmesine bağlanan kanuni bir sonuçtur.⁷ Buna karşılık İcra ve İflâs Kanunu'nun 345/a maddesinde, borca batıklık bildirimini ile birlikte iflâsın açılmasını talep etmeme bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmeyen şirketin idare ve temsile yetkili olan kişiler veya tasfiye memurları, alacaklılardan birisinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır (İİK m. 345/a).

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerde borca batıklık halinin bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olarak düzenlenmesindeki amaç (İİK md.179), özellikle şirketin içinde bulunduğu durumu bilmeyerek şirketle yeni ticarî ve hukukî ilişkiye girecek üçüncü kişileri ve alacaklıları korumaktır.⁸ İflâs, neticesi itibari ile kamu düzenini ilgilendiren bir müessese olduğundan; borca batıklık bildiriminde bulunulması, mahkemeye kendiliğinden doğrudan doğruya iflâsın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yükümlülüğü yükler.⁹ Bu nedenle, mahkemenin doğrudan doğruya iflâsın şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırabilmesi için, iflâsın da talep edilmesi şart olmayıp, borca batıklık bildiriminde bulunulması yeterlidir.¹⁰

⁷ İflâsın ertelenmesi bakımından aynı yönde, Öztek -Erteleme, s. 46; Türk, s. 317; Ermenek, s.46.

⁸ Dubach, Alexsander; Der Konkursaufschub nach Art.725a OR: Zweck, Voraussetzungen, Inhalt I, SJZ 94, 1998/7, (s. 149 - 160), s. 149; Türk, s. 274; Ermenek, s.47.

⁹ 23 HD nin diğer bir kararında ise; "İflâsın ertelenmesi talebi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflâsının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Bu talep, TTK'nın 324/2. madde (6102 sayılı TTK'nın 376/3 ve 377. madde) düzenlemesi kapsamında; borca batıklık bildirimini içerdiğinden, talepte bulunan şirket yetkilileri veya vekilinin dosyayı yetkili mahkemeye gönderme talepleri bulunmaması durumunda dahi HMK'nın 150. maddesi hükümlerinin uygulanması ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilemez. Mahkemece re'sen masrafı hazineден alınarak dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi ile davaya devam edilerek sonuca göre hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır". 23. HD. 28.03.2016 T. E: 2015/9660, K: 1926. www.kazanci.com.tr., e.t: 18.12.2019.

¹⁰ "Davacı vekili, mali durumu ile ilgili bilgiler vererek, "mali durumu bozulan limited şirketin iflâsına karar verilmesini" istemiştir. TTK.nun 546. maddesine göre limited şirketin esas sermayesinin yarısı kaybedilmiş veya şirketin borçlarının mevcudundan fazla tutulması halinde, yahut şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa anonim şirketler hakkındaki TTK.nun 324. maddesi hükmü uygulanır. Atif yapılan maddede "şirketin aktiflerinin şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde yönetim kurulunun durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecbur olduğu, mahkemenin bu durumda şirketin iflâsına karar vereceği" hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi aktifleri pasiflerini karşılamayan anonim ve limited şirketler durumu derhal mahkemeye bildirecekler, mahkeme aktif ve pasif yönünden inceleme yaparak bir karar verecektir. Burada maddede öngörülen halin varlığının mahkemeye bildirimini yeterli olup, şirket temsilcisi veya vekili davaya

Dolayısıyla, borca batıklık bildiriminde bulunan kişinin, borca batıklığın tespitini veya şirketin iflâsına karar verilmesini istemiyor olması, mahkemenin borca batıklık incelemesini başlatmasına engel değildir. Bu nedenle, borca batıklık bildirimini bir tespit talebi değil; mahkemeyi borca batıklığın mevcudiyetini incelemeye yönelten bir tasavvur açıklamasıdır.¹¹ Buna göre, iflâs yargılamasının başlayabilmesi için, bildirimde bulunma görev veya yetkisi olan kişilerin mahkemeye sadece borca batıklık bildiriminde bulunmaları yeterlidir. Böyle bir bildirim alan mahkeme, borca batıklığın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı, borca batıklık halinin varlığını tespit ederse, şirket veya kooperatifin iflâsının açılmasına karar vermelidir.¹² Bu çerçevede, şirketi idare ve temsil edenler veya tasfiye memurları, borca batıklık bildiriminde bulunma yükümlülüğünü yerine getirerek şirketin içinde bulunduğu durumu mahkemeye bildirmekte; böyle bir bildirim alan mahkeme de kanunun kendisine verdiği görevin bir sonucu olarak, borca batıklığın mevcudiyetini araştırma yükümlülüğü altına girmektedir.

Borca batıklık bildiriminde bulunulması, sorumluluğun aynı zamanda devlete devredilmesi anlamına geldiğinden, bu andan itibaren yargılama şirketi idare ve temsil edenlerin iradesinden bağımsız olarak yürütülmektedir.¹³ Nitekim, Yargıtay bir kararında, şirket sermayesinin 2/3'ünün karşılıksız kalması haline dayanarak yapılan iflâsın ertelenmesi talebini dahi bir borca batıklık bildirimini olarak kabul etmiş ve borca batıklık incelemesi yapılmaksızın reddedilen ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.¹⁴ Gerçi bu ihtimalde hem mülga Türk Ticaret

devam etmese dahi mahkeme gerekli araştırmayı yaparak iflâsla ilgili bir karar vermelidir” 19.HD.1.11.2001 4679/6959K. www.cdmy.com.tr., e.t: 18.12.2019.

¹¹ Ermenek, s. 45, 46.

¹² Konuya ilişkin 23 HD nin (iflâsın ertelenmesi için) verdiği karar şu şekildedir: “Mahkemece her ne kadar davacı tarafca daha önce açılıp borca batık olmadığından bahisle red edilen ancak tebliğe çıkarılmadığından kesinleşmediği anlaşılan dava gerekçe gösterilerek derdestlik nedeniyle iş bu davanın usulden reddine karar verilmiş ise de İİK'nın 179/1 ve 6102 sayılı TTK'nın 376/3. maddeleri göz önüne alındığında davacı şirket yetkilisinin iş bu talebinin borca batıklık durumunun bildirim mahiyetinde olduğu, yasa gereği bildirim zorunlu olduğu, mahkemece yapılan bu bildirim sonrasında borca batıklık durumunun araştırılarak şirketin borca batık olması halinde iflâs kararı verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir”. 23. HD. 17.10.2016 T ve 4411/4555 K sayılı Kararı. www.kazanci.com.tr. e.t: 18.12.2019.

¹³ Öztekin -Ertelenme, s. 49.

¹⁴ “Şirket Ortaklar Kurulunun kararı ile ara bilançoda aktiflerin satış bedelinin şirket sermayesinin 2/3'ünü karşılıksız bıraktığı, şirketin fabrikasının çalışması durumunda ıslahının mümkün olabileceği ve iflâsın ertelenmesi için mahkemeye başvurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ortaklar kurulunca şirket sermayesinin eksilen kısmının sermaye artırımı yolu ile giderilmesine karar verilmediği gibi, mevcut sermaye ile iktifa konusunda dahi bir karar alınmamıştır. O halde mahkemece davacı şirketin isteminin TTK m. 324,II hükmü göz önünde tutularak değerlendirilmesi, şirket muhasebesi konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırarak şirketin aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının tespiti ile iflâsın

Kanunu madde 324/2 hem de meri Türk Ticaret Kanunu madde 376/2 hükümleri çerçevesinde bir borca batıklık hali söz konusu değildir. Ancak Yargıtay işaret ettiğimiz kararında borca batıklığın mevcudiyetinin araştırılması için sermayenin 2/3'ünün karşılıksız kalması halini dahi yeterli saymıştır.

II. Geçici Mühlet Kararı İçin Borca Batıklık Nedeninin İncelenmesi

Sermaye şirketi ve kooperatiflerin borca batık olması halinde yapılacak yargılama her ihtimalde kendiliğinden araştırma ilkesine tâbidir. Zira İcra ve İflâs Kanunu madde 179 hükmüne göre sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borca batık olma hali bir doğrudan doğruya iflâs nedenidir. Türk hukukunda hem iflâs davalarının hem de iflâs taleplerinin incelenmesi kendiliğinden araştırma ilkesine tâbidir. Bu durum iflâsın neticesi itibari ile hem bütün alacaklıların hem de kamunun menfaatlerini ilgilendirmesinin doğal bir sonucudur.¹⁵ Diğer taraftan Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 382/2- f/2 hükmüne göre doğrudan doğruya iflâs hallerinden birisinin gerçekleşmesi halinde yürütülen yargılama faaliyeti birer çekişmesiz yargı işidir. Ayrıca borca batık olma hali aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu madde 377 hükmü çerçevesinde özel bir konkordato nedeni teşkil ettiğinden, konkordato mühleti kararı verilmesine ilişkin yargılamanın hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 382/2-f/6 hükmü çerçevesinde hem de konkordato yargılama usulüne ilişkin İcra ve İflâs Kanunu madde 285 ve devamı hükümleri çerçevesinde bir çekişmesiz yargı işi olduğu Türk hukuk doktrininin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir.¹⁶ Çekişmesiz yargı işlerinde yargılama usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 383/2 gereği aksine bir düzenleme olmadıkça kendiliğinden araştırma ilkesine tabidir. Bu çerçevede borca batıklık bildiriminde bulunulması (veya borca batıklık şüphesinin varlığı) halinde her halde ve yargılamanın her aşamasında borca batıklığın mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından kendiliğinden araştırılmak zorundadır.¹⁷

ertelenmesi koşullarının saptanarak sonucuna göre karar vermek gerekir iken, ...hükmün bozmasına karar vermek gerekmiştir" 11. HD 21.12.1998, 7776/9122: www.cdmy.com.tr., e.t:18.12.2019.

¹⁵ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 647, 648.

¹⁶ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 647; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet; *İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 2019, s. 475; Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray; *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul, 2018, s. 22; Sarısözen, s. 158; Öztekin, Selçuk, (Öztekin ve Diğerleri) *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara, 2018, s. 119; Akyürek, Ayhan / Akyürek, Remziye, *Konkordato Hukuku*, Ankara, 2019, s. 233.

¹⁷ "İflâsın ertelenmesi talebi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflâsının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. Bu talep, TTK 324/2. madde (6102 Sayılı TTK 376/3 ve 377.

Konkordato hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nun 287 ve devamı maddelerinde ön görülen sonuçlar konkordatonun sebebinden bağımsızdır. Bu kapsamda doğrudan doğruya iflâsın ortaya çıkabilmesi için sermaye şirketi veya kooperatifin hangi gerekçe ile konkordato talebinde bulunduğu da bir önemi yoktur. Konkordato bir sermaye şirketi veya kooperatif tarafından talep edilmişse, mali durumun iyileşmiş olması hali dışında, konkordato sürecinin sona erdiği her durumda mahkeme borca batıklığın söz konusu olup olmadığını araştırmak zorundadır. Ancak burada mahkemenin inceleme zorunluluğunun kaynağı ve içeriği birbirinden farklıdır. Zira, konkordato talebinin borçların vadesinde ödenememesi veya ödenememe tehlikesinin varlığı nedenine dayandırıldığı hallerde yargılama salt İcra ve İflâs Kanunu madde 285 ve devamı hükümlerine tabi olarak yürütülürken; konkordato talebinin borca batıklık nedenine dayandırıldığı hallerde yargılama öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nun madde 179; Türk Ticaret Kanunu'nun madde 376/III ve madde 377 hükümleri dikkate alınarak yürütülmektedir. Buna göre borca batıklık nedenine dayalı olarak konkordato talep edildiğinde, konkordato prosedürü sonlandırılırken mahkeme borca batıklık halinin devam edip etmediğini mutlaka araştırmalıdır. Buna karşılık diğer konkordato nedenlerinden birisine dayalı konkordato taleplerinde, burada ayrıca bir borca batıklık bildirimini bulunmadığından, mahkeme şüphe halinde borca batıklık araştırması yapmalıdır.

Borca batıklık nedeni ile geçici mühlet talep edilen hallerde, talebin kabul edilebilmesi için şirket veya kooperatifin borca batık olduğunun makul güvence raporundan anlaşılması yeterlidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 286'ncı maddesinde sayılan belgeler tam olarak sunulmuş olmak kaydıyla, makul güvence raporundan şirket veya kooperatifin borca batık olduğu anlaşılırsa mahkeme geçici mühlet kararı vermek zorundadır (İİK m.287/1). Buna karşılık, makul güvence raporundan borca batıklık anlaşılırsa bile, İcra ve İflâs Kanunu'nun 286'ncı maddesinde sayılan belgeler eksik sunulmuş ve mahkeme tarafından verilen süre içerisinde de bu eksiklik giderilmemişse (İİK m.387/2) mahkeme tarafından konkordato talebinin reddine karar verilmelidir (İİK m.287/2 son cümle). Ancak bu halde mahkeme, borçların vadesinde ödenememesi veya ödenememe tehlikesinin varlığı hallerinde olduğu gibi konkordato talebinin reddine karar vermekle yetinemez. Zira yukarıda işaret ettiğimiz gibi, borca batıklık nedenine dayalı konkordato taleplerinin muhtevası aynı zamanda borca batıklık bildirimini de içerir

madde) düzenlemesi kapsamında; borca batıklık bildirimini içerdiğinden talepte bulunan şirket yetkilileri veya vekilinin dosyayı takip etmemesi durumunda HMK'nın 150. maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Alacaklıların menfaati gereği, dosya kapsamında bulunan daha önce verilen bozma ilamı kapsamında inceleme yapıp karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığın gerekçeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir" 23. HD. 18.12.2013 T. ve 5455/ 8167 K sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr., e.t: 18.12.2019.

(İİK m.179; TTK m. 376/3: Koop K. m.63). Bu nedenle mahkeme konkordato talebinde bulunan borçlunun gerçekten de borca batık olup olmadığını araştırmak zorundadır. Bu kapsamda mahkeme makul güvence raporu ile kendisini bağlı sayabileceği gibi bir bilirkişi incelemesi de yaptırabilir¹⁸.

Konkordato talebine ek olarak sunulması gereken makul güvence raporu her ne kadar konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşeceği hususunda mahkemeye bir güvence verse de; bu rapor borca batıklık nedenine dayalı konkordato taleplerinde borca batıklığın tespitini de içermek zorundadır¹⁹. Zira konkordato ön projesinin gerçekleşebilir olması borca batıklığın varlığı ve oranı ile doğrudan ilgilidir. Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu madde 386/1-e'de makul güvence raporu verecek bağımsız denetim kuruluşları için 7155 sayılı Kanun²⁰ değişikliği ile getirilen standartların yüksekliği dikkate alındığında mahkemelerin bu yöndeki beklentileri de makul karşılanmalıdır. Ancak kanımızca, iflâsın hem borçlu bakımından doğurduğu ağır neticeler hem de sonuçlarının kamu menfaatleri de dâhil olmak üzere birçok menfaat grubunu ilgilendirdiği dikkate alındığında, borca batıklığın bariz olmadığı hallerde bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak neticesine göre karar verilmesi hukuki güvenlik ilkesi bakımından daha isabetli olur.²¹

¹⁸ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 660; Geçici mühlet aşamasında hakimin bilirkişi görüşüne başvuramayacağı, zira komiserin zaten bilirkişinin görevini ifa için atandığına ve hakimin geçici konkordato komiserinin raporu ile bağlı olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz, Atalı, Murat; *Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularına Getirilen Yenilikler* (Editör: Muhammet Özkes), İstanbul 2018, s. 90, (s.80 -103); Sarısözen, s. 171.

¹⁹ 30 Ocak 2019 tarihli ve 30671 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Konkordatoya Eklenecek Belgeler Hakkındaki Yönetmeliğin 12'nci maddesine göre, bağımsız denetim kuruluşu, makul güvence veren denetim raporunu hazırlarken konkordato ön projesi ile birlikte borçlunun malvarlığının durumunu gösteren belgeleri de incelemek zorundadır. Bu kapsamda bağımsız denetim kuruluşu borçludan malvarlığının durumunu ispatlayıcı başka belgeler de talep edebilir. Yine aynı Yönetmeliğin 15'nci maddesine göre, bu kanıtlar, denetimin Türkiye Denetim Standartları çerçevesinde ve mesleki şüphecilik içinde planlanması ve gerçekleştirilmesi suretiyle elde edilir ve tevsik edilir. Denetim, denetimin konusunda önemli uyumsuzluklara yol açabilecek koşulların mevcut olabileceği göz önünde bulundurularak, mesleki şüphecilik içinde planlanır ve gerçekleştirilir. Bağımsız denetim kuruluşu, borçlunun ileriye yönelik finansal bilgilere dair varsayım ve tahminlerinin makul olup olmadığına ilişkin kendisini ikna eden kanıtları elde eder. Bu kanıtları elde edememesi durumunda, konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesine ilişkin olumlu sonuca varamaz.

²⁰ Bkz, 19 Aralık 2018 tarihli ve 30630 sayılı Resmi Gazete.

²¹ Nitekim iflâsın ertelenmesinin uygulandığı dönemlerde Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde idi, "...iflâsın ertelenmesi kararından sonra, kayyım raporuyla şirketin mali durumunun iyileşmediğinin, eş söyleyişle aktiflerinin pasiflerini karşılayacak duruma gelmediğinin belirlenmesi halinde, Mahkemece ertelenmenin devamına veya iflâsa karar verilebileceği kuralının mutlak bir nitelik taşımamasına; kayyım raporuyla ilgili ciddi kuşklar bulunduğu takdirde, işin kamu düzenine de ilişkin olmasından dolayı mahkemenin bilirkişi incelemesi yoluna gitmesinin mümkün bulunmasına, borca batık durumda olmadığı başlangıçta alınan bilirkişi raporuyla saptanan davacı şirketin,

III. Geçici Mühletin Kaldırılması

A- Genel Olarak

Borca batıklık nedeni ile konkordato talebinde bulunulması halinde, şirket veya kooperatifin borca batık olması ve İcra ve İflâs Kanunu madde 286'da sayılan kayıt ve belgelerin de mahkemeye sunulmuş olması halinde mahkeme derhal borçlu hakkında geçici mühlet kararı vermek zorundadır (İİK m.287/1). Geçici mühlet süresi üç aydır (İİK m. 287/4). Geçici mühlet kararı verilmiş olması mühlet kararının süresi bakımından borçlu lehine bir kazanılmış hak doğurmaz. Bu durum geçici mühlet talebine ilişkin yargılamanın çekişmesiz yargı işi olmasının ve yargılama faaliyetinin kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi olmasının doğal bir sonucudur. Borçlunun geçici mühlet süresinden yararlanmaya devam edebilmesi bazı olumlu koşulların varlığını devam ettirmesine ve bazı olumsuz koşulların gerçekleşmemiş olmasına bağlıdır. Olumlu koşullar, borca batıklığın devam ediyor olması ve konkordato projesinin uygulanabilir olması şeklinde karşımıza çıkarken; olumsuz koşullar, borçlunun malvarlığının korunması için iflâsının açılmasının gerekmemesi, bu dönem içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağına anlaşılmaması, komiser tarafından mahkemeye borçlunun kanunda öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmediğine veya komiserin talimatlarına uymadığına dair bir rapor sunulmamış olması ve borçlunun konkordato talebinden feragat etmemiş olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Borçlunun geçici mühlet süresinden yararlanmaya devam etmesi işaret ettiğimiz olumlu ve olumsuz koşulların birlikte bulunmasına bağlıdır. İşaret ettiğimiz olumlu ya da olumsuz koşullardan birisinin eksikliği kural olarak kesin (geçici) mühlet kaldırılmasını gerektirir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 287'nci maddesinin beşinci fıkrasında, Kanun'un kesin mühlete ilişkin 291'nci ve 292'nci maddelerinin kıyasen geçici mühlet halinde de uygulanacağına açıkça işaret edilmiştir. Atıf yapılan hükümler, borçlunun mali durumunun düzelmesi nedeniyle kesin mühlet kaldırılmasını (İİK m.291) ve kesin mühlet içerisinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması hallerini (İİK m.292) düzenlemektedir. Bu hükümlerin kıyasen uygulanacak olmasının nedeni; kesin mühlet aşamasına özgü bazı müesseselerin geçici mühlet aşamasında söz konusu olmamasıdır. Mesela, İcra ve İflâs Kanunu'nun madde 291, madde 292 ve (madde 292/1-c'nin atfı dolayısıyla) madde 297 hükümlerine göre mahkeme karar vermeden önce alacaklılar kurulunun görüşünü de almak zorundadır. Oysa alacaklılar kurulu

salt bunun aksini öngören kayyım raporuna dayanılarak ve yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın borca batık kabul edilmesinin hukuken mümkün olmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır", HGK. 07.12.2005 T ve 19-641/697 K sayılı Kararı, 2006/9, s. 4403.

sadece kesin mühlet döneminde oluşturulabilmekte olup (İİK m. 289/4) geçici mühlet döneminde oluşturulması mümkün değildir. Bu çerçevede mahkeme kesin mühlet süresi içerisinde İcra ve İflâs Kanunu madde 291 ve madde 292 hükümlerini uygularken alacaklılar kurulunun da görüşünü almak zorundadır. Buna karşılık geçici mühlet süresi içerisinde aynı hükümleri uygulaması gerektiğinde, henüz alacaklılar kurulu oluşturulmadığından işaret ettiğimiz hükümler kıyasen uygulanacak ve alacaklılar kurulunun görüşü alınmaksızın karar verilecektir. Bu halde söz konusu kanun hükümlerinin geçici mühlet kaldırılması prosedürü içerisinde de kıyasen uygulanması, verilecek kararın sonucuna (etkisine) değil, uygulanacak yargılamanın usulüne ve kararın içerisine ilişkin olmaktadır.

Uygulamada, İcra ve İflâs Kanunu madde 288/1'de yer alan, geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğuracağına ilişkin hükmün bazı tereddütlere sebebiyet verdiği gözlemlenmektedir.²² Kanımızca bu hüküm geçici mühletin kaldırılması ile değil, geçici mühlet kararı verilmesi ile ilgilidir. Bu hükümle kanun koyucu, hâkimin iradesinden bağımsız olarak, geçici mühlet kararına hem şekli hukuk alanında hem de maddî hukuk alanında etki gösterecek bazı sonuçlar bağlamıştır. Geçici mühlet kararına bu sonuçların bağlanması ile konkordatonun başarılı olabilmesi için borçlunun malvarlığının muhafazası ve bu dönemde alacaklı menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır. Bu sonuçların yargılama faaliyetinin yürütülmesi ile bir ilgisi yoktur. Başka bir ifade ile bu sonuçlar bakımından geçici mühletin kaldırılması aşamasında mahkeme tarafından bir inceleme ve değerlendirme yapılması söz konusu değildir. Bu sonuçlar, nasıl ki geçici mühlet kararı verilmesi ile birlikte kanun hükmü gereği kendiliğinden ortaya çıkıyorsa, geçici mühletin kaldırılması kararı ile birlikte de kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Diğer taraftan İcra ve İflâs Kanunu madde 287/5 hükmünden farklı olarak, madde 288/1'de kesin mühletin sonuçlarının kıyasen uygulanmasında söz edilmediği gibi kesin mühletin sonuçlarına ilişkin hangi hükümlerin geçici mühlet halinde de uygulanacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle meseleye ilişkin olarak öncelikle, bu sonuçların geçici mühlet kararı ile birlikte derhal ortaya çıktığı ve doğrudan doğruya uygulanma kabiliyeti kazandığı tespiti yapılmalıdır.

²² Bkz, "İİK'nun 292. maddesine göre; konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa, borçlu 297. maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa yada borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa konkordato talebinin reddine ve iflâsına resen karar verilir. Geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı hakkındaki 288/f-1 maddesi, 292/f-2-b bendine göre; konkordato mühletinin verilmediği hallerde borçlunun iflâsına karar verileceği ileri sürülebilirse de, 288/f-1'de kesin konkordato mühletine yapılan atf esasen mühletin sonuçları (madde 294-297) hakkında olup, kanunun kesin mühlet ile ilgili bütün hükümlerinin geçici mühlette de uygulanacağı şekilde anlaşılmalıdır", Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.03.2020 Tarih, 2020/186 E ve 2020/ 195 K. sayılı kararı.

İçerik itibari ile ise bu hükümler, kesin mühletin alacaklılar (İİK m. 294), rehinli alacaklılar (İİK m.295), sözleşmeler (İİK m.296) ve borçlu (İİK m.297) bakımından doğurduğu sonuçlara ilişkindir. Bu çerçevede geçici mühlet kararı veren mahkemenin, Kanun'un 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan haller de dâhil olmak üzere, borçlunun malvarlığının korunması için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alabileceğine ilişkin düzenleme (İİK m.287/1) bu dönemde ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesine yönelik olup, mahkeme bu yönde bir karar vermemiş olsa dahi, borçlu İcra ve İflâs Kanunu madde 288/1 hükmü gereği Kanun'un 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan işlemleri mahkemenin izni olmaksızın yapamaz.²³

B- Mali Durumun Düzelmeye Nedeni İle Geçici Mühletin Kaldırılması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 291'nci maddesine göre, komiserin mahkemeye sunduğu yazılı rapordan konkordato talebi ile amaçlanan iyileşmenin kesin mühletin sona ermesinden önce gerçekleştiğinin anlaşılması halinde, mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine karar verir. Konkordato talebi ile amaçlanan iyileşme kesin mühlet içerisinde gerçekleşebileceği gibi geçici mühlet içerisinde de gerçekleşebilir. Bu nedenle söz konusu hüküm geçici mühlet halinde de kıyasen uygulanabilir niteliktedir.

Borca batıklık nedenine dayalı konkordato taleplerinde borçlunun mali durumunun iyileşmesi, borçlu şirket veya kooperatifin borca batıklıktan çıkmış olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, salt muhasebesel olarak aktiflerin pasifleri tam olarak karşılması yeterli olmayıp²⁴, şirket veya kooperatifin normal ekonomik koşullar altında faaliyetlerini sağlıklı ve istikrarlı bir şekilde sürdürebilir hale gelmesi de gerekir.²⁵ Şirket veya kooperatif borca batıklıktan çıkmış olsa bile, gerekli mali ve yapısal organizasyonların yapılmamış olması nedeni ile kârlılık ve verimlilik istikrarlı bir şekilde sağlanamayacaksa, mali durumun iyileştirilmesinden bahsedilemez²⁶. Nitekim kanun koyucu da, mali durumun iyileşmesi nedeni ile mühlet kararının kaldırılması için, konkordato nedeninin ortadan kalkması ifadesini kullanmak yerine, konkordato ile amaçlanan iyileşmenin gerçekleşmiş olması ifadesini

²³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 664; Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, s. 551; Tunç Yücel, Müjgan, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, İstanbul, 2020, s. 22, 23; Albayrak, Hakan: *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Ankara, 2020, s. 78.

²⁴ Aksi görüş için bkz, Pekcanitez / Erdönmez, s.65.

²⁵ Özkes, Muhammet, "İflâsın Ertelenesi", Legal, Eylül 2005/33, (s. 3249-3283) s. 3264; Taşpınar Ayvaz, Sema; *İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Ankara, 2005, s. 210; Dubach, s. 155; Giroud, s 118, 119; Ermenek, s.220.

²⁶ Dubach, s. 155; Giroud, s 118, 119; Türk, s. 321, 322; Taşpınar Ayvaz, s. 212; Ermenek, s.220.

kullanmayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi konkordatonun genel amacı ve koruduğu grupların menfaatleri ile de uyumludur. Doktrinde de, konkordatonun başarıya ulaşması hususunda, konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı ve konkordato teklifinin tasdikinin ihtimal dahilinde olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁷

Borçlunun mali durumunun iyileşmesi nedeni ile geçici mühletin kaldırılabilmesi için, bu durumun komiserin mahkemeye sunduğu yazılı rapordan anlaşılması gerekir. Bu kapsamda mahkeme kendisini komiserin raporu ile bağlı sayarak geçici mühlet kararının kaldırılmasına karar verebileceği gibi, özellikle borca batıklığın devam edip etmediği hususunda bir şüphesi varsa bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.²⁸ Maddenin lafzı dikkate alındığında, mali durumun iyileştiğinin komiserin mahkemeye sunduğu yazılı rapordan anlaşılması halinde mahkemenin her halde mühlet kararının kaldırılmasına karar vermesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak, kanımızca bu hükümlerle, mali durumun iyileşmesi nedeniyle mühlet kararının kaldırılmasının ön şartı düzenlenmektedir. Başka bir ifade ile, komiserin raporundan borçlunun mali durumunun iyileştiği anlaşılıyorsa, mahkeme mühlet kararının kaldırılmasına karar veremez. Ancak geçici mühletin kaldırılmasının bir çekişmesiz yargı işi olmasından ve bu yargılamanın kendiliğinden araştırma ilkesine tabi olmasından hareket edildiğinde, komiserin raporunu yeterli bulmayan mahkemenin gerekli görmesi halinde bilirkişi incelemesi yaptırabilmesi gerekir. Bilirkişi raporundan şirket veya kooperatifin mali durumunun düzeldiğinin anlaşılması halinde, mahkeme geçici mühlet kararını kaldırarak konkordato talebinin reddine karar vermelidir.

C- İflâsın Açılmasını Gerekçendirir Bir Nedenin Gerçekleşmesine Bağlı Olarak Geçici Mühletin Kaldırılması

İflâsın açılmasını gerektirir bir nedenin gerçekleşmesine bağlı olarak geçici mühlet kararının kaldırılmasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu madde 292'de sayılan hallerden bazıları sadece borca batıklık nedeni ile ilgili iken bazıları bütün konkordato nedenleri ile ilgilidir. Dolayısıyla, burada sayılan nedenlerin tamamı borca batıklık nedenine dayalı konkordato talepleri bakımından uygulanabilir niteliktedir. İcra ve İflâs

²⁷ Pekcanitez / Erdönmez, s. 49, 67; Budak / Tunç Yücel, s. 154, 196; Sarısözen, s. 188, 189.

²⁸ “..Kayyım raporuyla ilgili ciddi kuşku bulduğu takdirde, işin kamu düzenine de ilişkin olmasından dolayı mahkemenin bilirkişi incelemesi yoluna gitmesinin mümkün bulunmasına, borca batık durumda olmadığı başlangıçta alınan bilirkişi raporuyla saptanan davacı şirketin, salt bunun aksini öngören kayyım raporuna dayanılarak ve yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın borca batık kabul edilmesinin hukuken mümkün olmamasına göre..”, HGK. 07.12.2005 T ve 19-641/697 K sayılı Kararı, 2006/9, s. 4403.

Kanunu madde 292 hükmü çerçevesinde geçici mühletin kaldırılarak borçlunun iflâsının açılmasına karar verilmesini gerektiren haller şunlardır:

1. Borçlu Şirketin Konkordato Talebinden Feragat Etmesi

Borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatif geçici mühlet içerisinde konkordato talebinden feragat ederse, mahkeme borçlunun iflâsının açılmasına karar vermek zorundadır (İİK m. 292/1-d). Mahkemenin iflâsın açılmasına karar verebilmesi için feragat anında sermaye şirketi ve kooperatifin borca batıklık halinin devam ediyor olması gerekir²⁹. Bu noktada, şirket veya kooperatif borca batıklıktan kurtulmuş olmakla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu madde 291 çerçevesinde mali durumu düzelmemiş ve bu arada konkordato talebinden feragat edilmişse mahkeme iflâsın açılmasına karar veremez. Bu halde mahkeme geçici mühletin kaldırılması ile birlikte konkordato talebinin reddine karar vermekle yetinmelidir.

Konkordato talebinden feragat nedeni ile iflâsın açılması kararı verilebilmesi için konkordato geçici mühlet kararının mutlaka borca batıklık nedeniyle verilmiş olması gerekmez. Bir sermaye şirketi veya kooperatif borçlarını vadesinde ödeyememe veya ödeyememe tehlikesinin varlığına binaen de konkordato talep etmiş olabilir. Bu halde dahi, feragat anında borca batıklık şüphesi varsa, mahkeme borca batıklığın mevcudiyetini araştırdıktan sonra bir karar vermek zorundadır. Geçici mühlet kararı borca batıklık nedenine dayanmasa bile, mahkeme feragat anında şirket veya kooperatifin borca batık olduğunu tespit ederse yine de iflâsın açılmasına karar vermek zorundadır.

2. Konkordatonun Başarıya Ulaşamayacağıın Anlaşılması

Konkordatonun başarıya ulaşamayacağıın anlaşılması bütün konkordato nedenleri bakımından özel bir doğrudan doğruya iflâs hali olarak düzenlenmiştir (İİK md.292/1-b). Kanımızca düzenleme bu hali ile eleştiriye açıktır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordatonun tasdik talebinin reddi (İİK m.308) ve konkordatonun tamamen feshi halinde (İİK m. 308/ç) dahi mahkemenin iflâsın açılmasına karar verebilmesi, doğrudan doğruya iflâs nedenlerinden birisinin gerçekleştiğinin tespiti şartına bağlanmıştır. Konkordatonun başarıya ulaşamayacağıın anlaşılması haline nazaran daha somut ve daha ağır nedenlerin varlığı halinde dahi borçlunun iflâsının açılması doğrudan doğruya iflâs hallerinden birisinin gerçekleşmiş olması şartına bağlanmışken; daha soyut olan konkordatonun başarıya ulaşamayacağıın anlaşılması halinde doğrudan iflâsın açılmasına karar verilmesi, konkordato

²⁹ Budak / Tunç Yücel, s. 197, 198; Akyürek / Akyürek, s. 260.

müessesesi içerisinde 7101 sayılı Kanun³⁰ değişikliği ile yeniden kurulan menfaat dengeleri ile uyumlu değildir³¹.

Geçici mühlet içerisinde, komiserin mahkemeye sunduğu yazılı rapordan borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin konkordatosunun başarılı olamayacağı anlaşılırsa, mahkeme borçlunun iflâsının açılmasına karar vermek zorundadır. Zira, borca batıklık hali sadece bir doğrudan doğruya iflâs nedeni veya konkordato nedeni teşkil etmesi bakımından değil, aynı zamanda konkordato projesinin hazırlanması bakımından da son derece önemlidir. Diğer konkordato nedenlerinden farklı olarak, borca batıklık nedenine dayalı konkordato taleplerinde borçlu öncelikle şirket veya kooperatifin borca batıklıktan nasıl kurtarılacağını somut ve denetlenebilir verilerle ortaya koymalıdır. Ayrıca hazırlanan konkordato projesinde şirket veya kooperatifin borca batıklıktan çıktıktan sonra normal ekonomik koşullar içerisinde sürdürülebilir bir kârlılık ve verimlilik açısından faaliyetlerini nasıl devam ettireceği hususlarına da yer verilmelidir. Esasen geçici mühlet içerisinde konkordatonun başarıya ulaşamayacağının tespiti kesin mühlet aşamasına nazaran daha zordur. Zira bu aşamada borçlular çoğu kere bir ön proje sunmakta ve sundukları projeyi kesin mühlet içerisinde revize etmektedirler. Dolayısıyla, projenin işaret ettiğimiz şekilde hazırlanmamış olması, önemli eksikliklerinin bulunması veya yetersiz olması tek başına konkordatonun başarıya ulaşamayacağının anlaşılması bakımından yeterli değildir. Burada önemli olan fiili olarak konkordatonun başarıya ulaşma şansının olup olmadığının belirlenmesidir. Bu kapsamda konkordato projesi yeterli olsa bile, borçlunun projeyi uygulama irade ve çabası yoksa borçlunun iflâsının açılmasına karar verilmelidir.³²

³⁰ 15.03.2018 tarih ve 30361 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³¹ Benzer yaklaşım ve eleştiriler için bkz, Sarısözen, s. 198; Bu hallerde dahi iflâsın açılmasına karar verebilmek için bir doğrudan doğruya iflâs nedeninin gerçekleşmiş olması gerektiği hakkında, Budak, Ali Cem / Kale, Serdar, (Öztek ve Diğerleri) *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara, 2018, s. 397.

³² "Konkordato Komiser Kurulunun raporuna göre; Konkordato Komiser Kurulu ile temasa geçilmediği ve şirket faaliyetleri hakkında bilgi sahibi olunamadığı, bu kapsamda, şirket faaliyet adresinin boş olması ve Konkordato Komiserler Kurulu ile hiçbir şekilde iletişime geçilmemesi, 24.03.2020 tarihi itibarıyla nerdeyse her gün iletişim kurulmak istenmesine rağmen görüşme ve konuşmanın dahi sağlanamadığı, tüm iletişim kanallarının kapatılmasına yönelik tavır sebebi ile şirket idaresine nezaretin mümkün olamayacağı, gelinen aşamada, fabrikada herhangi bir mal varlığının bulunmadığı, nezaret edilecek herhangi bir faaliyetin de yer almadığı, şirketi temsil ve ilzama yetkili kişilerin Konkordato Komiser Kurulu ile hiçbir şekilde temas kurmadığı, yapılan araştırmalara rağmen Konkordato Komiser Kurulunca kendilerine ulaşılamadığı bu şekli ile konkordato ön projesinde yer alan projenin gerçekleşmesine dönük bir çabanın, buna ilişkin hiçbir durumun ve ihtimalinin de bulunmadığı anlaşıldığından...", Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesinin 24.03.2020 Tarih, 2020/186 E ve 2020/ 195 K sayılı kararı.

3. Borçlunun Malvarlığının Korunması İçin İflâsın Açılmasının Gerekmesi

Konkordato, borçlu, alacaklı ve kamunun menfaatlerinin aynı anda korunduğu bir cebri icra hukuku müessesesidir³³. Ancak bu menfaatlerin dengeli bir şekilde korunabilmesi için borçlunun malvarlığının da korunması, en azından geçici mühlet kararı verildiği andaki değerinin muhafaza edilmesi gerekir. Konkordatonun alacaklılar bakımından cazip yönü, kendilerine muhtemel bir iflâsa nazaran daha iyi koşullarda ödeme yapılacağına ilişkin sahip oldukları beklentidir. Borçlu bakımından ise, konkordato ile amaçlanan iyileşmenin gerçekleşmesi için malvarlığının korunacağına ve özellikle aktiflerin artacağına duyduğu inançtır. Alacaklı ve borçlunun beklentilerinin gerçekleşmesi ise kamu menfaatlerini doğrudan etkileyecektir. Ancak borçlunun malvarlığında meydana gelen eksilme ve değer kayıpları bu beklenti ve inançları ortadan kaldıracak nitelikte ise, işaret ettiğimiz grupların menfaatleri iflâsın açılması yoluyla daha kolay korunabilir. Bu halde borçlunun malvarlığının korunması için iflâsının açılması gerekir (İİK md. 292/1-a). Şayet konkordato sonunda alacaklılar iflâsın açılmasına nazaran alacaklarına daha az bir oranda kavuşacak duruma gelmişlerse, borçlunun mali durumunun iyileşme umudunun varlığını devam ettiriyor olması dahi iflâs kararının verilmesine mani değildir.³⁴ Diğer nedenlerden birisinin gerçekleşmesi halinde ise mahkeme, doğrudan iflâsın açılması yerine borçlunun malvarlığını koruyucu başka tedbirlere karar verebilir.³⁵

4. Borçlunun Komiserin Talimatlarına Aykırı Hareket Etmesi

Borçlu sermaye şirketi veya kooperatifi idare ve temsil edenler, İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci maddesi hükümlerine aykırı hareket ederler veya komiserin talimatlarına uymazlar ya da alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettikleri anlaşılırsa, borçlunun iflâsının açılmasına karar verilir (İİK md. 292/1-c).³⁶ Bu bentte yer alan

³³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 624, 625; Sarısözen, s. 85.

³⁴ Pekcanitez / Erdönmez, s. 65; Sarısözen, s. 242.

³⁵ Pekcanitez / Erdönmez, s. 65; Sarısözen, s. 242; Budak / Tunç Yücel, s. 195.

³⁶ "İİK'nun Geçici mühlet başlıklı 287/5.maddesi gereğince, 291. ve 292. maddeleri geçici mühlet hakkında da kıyasen uygulanır, düzenlemesine göre, İİK'nun 291 ve 292. maddeleri geçici mühlet kararının verildiği tarihten itibaren uygulanması gerekir. İİK'nun 292.maddesi gereğince, iflâsa tabii borçlu bakımından, kesin mühlet verilmesinden sonra, borçlunun mal varlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa veya borçlu şirket, komiserin talimatlarına uymazsa, komiserin yazılı raporu üzerine kesin mühlet kararı kaldırılarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına re'sen karar verilir. Bu düzenleme kesin mühlet verilmesinden sonraki dönemi kapsıyor ise de İİK'nun 287/5.maddesi gereğince İİK'nun 291. ve 292. maddeleri geçici mühlet kararı verildikten sonrada uygulanır. Geçici mühlet kararından sonra davacı şirket, komiserin talimatlarına uymaz ise komiserin yazılı raporu üzerine, mahkeme geçici mühlet kararını kaldırarak konkordato talebinin reddine ve davacı şirketin iflâsına karar vermesi

eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde mahkeme mutlaka iflâsın açılmasına karar vermek zorunda değildir. İhlalin ağırlığına göre mahkeme, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen kaldırabileceği gibi iflâsın açılmasına da karar verebilir (İİK m.297/3)³⁷. Borca batık sermaye şirketi veya kooperatifin konkordato talebinden feragat etmesi hali hariç olmak üzere aynı sonuca, iflâsın açılmasını gerektiren diğer hallerde yorum yolu ile ulaşılırken, bu bent için kanun koyucu açık bir düzenleme yapmıştır. Borçlunun yasak tasarrufları komiserin görüşünü ve mahkemenin iznini almadan yapması, komiserin talimatlarına aykırı hareket etmesi veya alacaklılara zarar verme kastıyla hareket ettiğinin anlaşılması halinde, mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği, ihlalin ağırlığına, sürekliliğine ve borçlunun malvarlığı üzerindeki etkisine göre belirlenmelidir. Bu çerçevede mahkeme, borçluyu uyarmakla yetinebileceği gibi, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruflarının kısıtlanmasına veya iflâsının açılmasına karar verebilir.³⁸

IV. Geçici Mühletin Kaldırılması Kararının Sonuçları

A- Şirketin Mali Durumunun Düzelmeye Nedeni İle Geçici Mühletin Kaldırılması Kararının Sonuçları

Borçlunun mali durumunun düzelmesi nedeni ile geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verildiği hallerde, bu kararlar birlikte geçici mühlet kararı verilmesine kanun tarafından bağlanan sonuçlar da kendiliğinden ortadan kalkar. Bu çerçevede, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf kısıtlamaları sona erer (İİK m. 297).³⁹ Bu halde, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi geçici mühlet kararı verilmesinden önceki dönemdeki gibidir. Hiçbir makam ve merciiden görüş ve izin almaksızın malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilir.

Geçici mühlet kararının kaldırılması ile birlikte geçici mühletin alacaklılar bakımından doğurduğu sonuçlar da ortadan kalkar (İİK m.294). Bu çerçevede alacaklılar borçluya karşı cüzi veya külli icra yoluyla takip yapabilirler, duran takibe devam edebilirler⁴⁰. Geçici mühletin kaldırılması kararının verildiği andan itibaren alacaklılar faiz işlemeye devam eder ve mühlet dönemi içinde işlemesi gereken faizler

gerekir". İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. HD. 22.11.2018 T. 2727/1955 K sayılı Kararı, www.uyapportal.gov.tr., e.t: 18.12.2019.

³⁷ Pekcanitez / Erdönmez, s. 68; Sarısözen, s. 246.

³⁸ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 666; Budak / Tunç Yücel, s. 197; Akil, Cenk; *Sorularla Adi Konkordato*, Ankara, 2019, s. 132; Sarısözen, s. 245.

³⁹ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 487; Pekcanitez / Erdönmez, s.65; Budak / Tunç Yücel, s. 190; Sarısözen, s. 239.

⁴⁰ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 487; Pekcanitez / Erdönmez, s.65; Sarısözen, s. 239.

talep edilebilir⁴¹. Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler tekrar işlemeye başlar. İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları uygulanabilir hale gelir. Müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühleti verilmesinden sonra doğmuş olsa bile, bu temlik geçerli bir temlikin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira bu tip işlemlerin geçersizliği konkordatonun amacı ile sınırlıdır.⁴²

Geçici mühletin kaldırılması kararı ile birlikte, rehinli alacaklılar bakımından doğan sonuçlar da ortadan kalkar (İİK m. 295). Bu çerçevede rehinli alacaklılar, rehinli mal için muhafaza tedbiri alabilirler ve rehinli malın paraya çevrilmesini isteyebilirler.

Geçici mühletin kaldırılması kararının, geçici mühletin sözleşmeler bakımından doğurduğu sonuçlara (İİK m. 296) etkisi ise, diğerlerinden farklıdır. Bu halde geçici mühlet kararı kaldırılmış olsa bile, İcra ve İflâs Kanunu madde 296/1 hükmünün borçluya sağladığı koruma devam eder. Bu halde sözleşme borçlunun daha önce konkordato talep ettiği gerekçesi ile haklı nedenlerle feshedilemez, sona erdirilemez ve borçlu temerrüde düşmüş sayılamaz. Aksi bir yaklaşımın kabulü, konkordatonun amacına ve bu müessese ile korunan menfaatler dengesine aykırı olur. Ayrıca bu hükümler yorumlanırken bu düzenlemelerin birer maddî hukuk hükmü içerdiği göz ardı edilmemelidir.⁴³ Geçici mühlet içerisinde sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme feshedilmişse fesih geçerliliğini korur.⁴⁴ Fakat fesih nedeni ile ortaya çıkan tazminat sorumluluğunun kapsamı konkordato hükümlerine göre değil, ilgili maddî hukuk hükümlerine göre belirlenir.

Geçici mühlet kararı veren mahkeme bu kararı ile birlikte borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü her türlü tedbiri alır (İİK m.287/1). Ayrıca, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığını yakından incelemek amacıyla duruma göre bir veya üç adet geçici konkordato komiseri atar (İİK m. 287/3). Geçici mühlet kararının kaldırılması ile geçici konkordato komiserinin görevi de sona erer.⁴⁵

Mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için aldığı diğer tedbirler de kanımızca geçici mühletin kaldırılması kararı ile birlikte mahkemenin başkaca bir kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Bu noktada ihtiyati tedbir kararlarının etkisine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 397/2'de yer alan, aksi belirtilmediği takdirde ihtiyati tedbirin etkisinin nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceğine ilişkin hükmün geçici mühlet kararı ile birlikte uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun teşkil etmektedir. Kanımızca İcra

⁴¹ Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özkes, s. 487; Budak / Tunç Yücel, s. 190; Sarısözen, s. 239.

⁴² Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 675.

⁴³ Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 675.

⁴⁴ Aksi görüş için bkz, Budak / Tunç Yücel, s. 190.

⁴⁵ Pekcanitez / Erdönmez, s.69; Sarısözen, s. 247.

ve İflâs Kanunu madde 287/1 çerçevesinde verilen tedbir kararları niteliği gereği Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 389 ve devamı hükümleri çerçevesinde bir ihtiyati tedbir değildir. Zira geçici mühlet kararı ile birlikte verilen tedbir kararları talep üzerine değil, mahkemenin gördüğü lüzum üzerine verilmektedir. Geçici mühlet kararı verilmesinin bir çekişmesiz yargı işi olması ve bu yargılamada kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanmasından hareketle, alacaklıların ve kamunun menfaatlerinin korunabilmesi için mahkemenin bu tip tedbirlere kendiliğinden karar verebileceği düşünülebilirse de, bu yaklaşım söz konusu tedbirlerin ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir.

Diğer taraftan ihtiyati tedbir uyuşmazlık konusu hakkında verilir (HMK m.289/1) ve bu durum niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işleri için de geçerlidir (HMK m.289/2). Konkordatoya ilişkin yargılama faaliyetinde esasen borçlunun malvarlığı yargılamanın konusu değildir. Ancak borçlunun malvarlığı konkordato projesinin başarılı olması veya süreç sonunda ortaya çıkabilecek muhtemel bir iflâs bakımından önemlidir. Ayrıca tedbir kararı ile korunmak istenen menfaat sahipleri bakımından ihtiyati tedbire esas bir hak da bulunmamaktadır. Nihayet ihtiyati tedbirler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak genel bir tedbir kategorisi olarak düzenlenmeyip, geçici hukuki himaye tedbirlerinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda geçici mühlet kararı ile birlikte mahkemenin borçlunun malvarlığının korunması için verdiği tedbir kararları bir ihtiyati tedbir mahiyetinde olmayıp, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 406/2 bağlamında diğer kanunlarda yer alan geçici hukuki koruma tedbiri niteliğindedir⁴⁶. Bu kapsamda ihtiyati tedbir kararının etkisine ilişkin hükme (HMK m. 397/2) ne aynı Kanun'un 406'ncı maddesinin ikinci fıkrasında ne de İcra ve İflâs Kanunu'nun 287'nci maddesinin birinci fıkrasında atıf yapıldığından, bu hükmün geçici mühlet kararı ile birlikte verilen tedbir kararları bakımından uygulanması mümkün olmamalıdır.⁴⁷ Bu halde geçici mühletin kaldırılması kararı ile birlikte söz konusu tedbirler de kendiliğinden ortadan kalkmış kabul edilmelidir.

B- İflâsın Açılmasını Gerektiren Bir Nedenin Gerçekleştiği Gereğesiyle Geçici Mühletin Kaldırılması Kararının Sonuçları

Geçici mühletin kaldırılması kararı ile birlikte iflâsın açılmasına karar verildiği hallerde de kanun koyucunun geçici mühlet kararına bağladığı kanuni sonuçlar kural olarak ortadan kalkar. Borçlunun mali durumunun düzelmesi nedeniyle geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilmesi halinde doğan sonuçlar bu

⁴⁶ Bu tedbirlerin takip hukukuna özgü geçici hukuki koruma tedbiri mahiyetinde olduğuna ilişkin bkz, Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 475.

⁴⁷ Aksi görüş için bkz, Sarısözen, s. 240.

ihhtimal için de geçerlidir. Bu sonuç teorik bakımdan bir anlam ifade etse de, rehinli alacaklılar ile konkordato mühletini verilmesinden sonra doğacak temlik edilmiş müstakbel alacaklar hakkındaki sonuçlar dışında, pratik bakımdan bir anlam ifade etmez. Zira mahkeme bir taraftan geçici mühletini kaldırıp konkordato talebinin reddine karar verirken, diğer taraftan da aynı anda iflâsın açılmasına karar vermektedir. Bu defa, benzeri veya daha ağır sonuçlar borçlunun iflâsının açılması nedeni ile doğmaktadır (İİK m.184 vd). Dolayısıyla geçici mühlet kararı verilmesi ile birlikte, borçlu, alacaklılar ve rehinli alacaklılar bakımından kanun gereği ortaya çıkan sonuçlar, geçici mühletini kaldırılarak iflâsın açılmasına karar verildiği andan itibaren ortadan kalkar ve bu sonuçlar iflâs hükümlerine tâbi olur.

C- Kanun Yollarına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Kanun koyucu, geçici mühletini kaldırılması nedenleri ve bu nedenlerin gerçekleşmesi halinde mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiğine ilişkin kesin mühlet hükümlerine (İİK m.291 ve 292) atıf yapmış olmakla birlikte (İİK m.287/5), bu kararlara karşı kanun yollarının düzenlendiği hükme (İİK m.293) atıf yapmamıştır. Bu çerçevede kesin mühletini kaldırılması halinde verilecek kararlar için öngörülen kanun yollarına ilişkin hükmün geçici mühletini kaldırılması halinde de uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada İcra ve İflâs Kanunu madde 293 hükmü çerçevesinde üç hususun altı çizilmelidir. Bunlardan ilki söz konusu düzenlemenin, kesin mühletini kaldırılması halinde verilecek kararlara karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin özel hükümler ihtiva etmesidir. İkincisi, sermaye şirketi veya kooperatifin mali durumunun iyileşmesi nedeniyle kesin mühletini kaldırılması halinde verilen karara karşı sadece istinaf yoluna gidilebilmesi ve istinaf mahkemesinin bu konuda vereceği kararın kesin olmasıdır. Nihayet üçüncüsü ise, kesin mühletini kaldırılması ile birlikte iflâsın açılmasına karar verildiği hallerde başvurulacak kanun yolunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 164'ncü maddesine göre belirlenmesidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 164'ncü maddesine göre, ilk derece mahkemesinin iflâsın açılması kararına karşı istinaf yoluna, istinaf mahkemesi kararına karşı ise temyiz yoluna başvurmak mümkündür.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 287'nci maddesinin beşinci fıkrasında, kesin mühletini kaldırılması kararlarına karşı başvurulacak kanun yollarına ilişkin hükme (İİK m.293) atıf yapılmamış olması nedeniyle, bu hükmün geçici mühletini kaldırılmasına karar verildiği hallerde de uygulanıp uygulanmayacağı bir sorun teşkil etmektedir. Bu çerçevede, İcra ve İflâs Kanunu'nun kesin mühletini kaldırılması hakkındaki hükümlerin (İİK m. 291, m.292) kıyasen geçici mühletini kaldırılması halinde de uygulanabileceğine ilişkin düzenlemesinden (İİK m.287/5) hareketle, bu hükümlerle arasında sıkı bir irtibat bulunan kanun yollarına ilişkin madde 293 hükmünün geçici mühletini kaldırılması kararları hakkında da uygulanabileceği ileri sürülebilir. Ancak,

kanımızca kanun koyucunun geçici mühletin kaldırılması bakımından kıyasen uygulanabilecek hükümler arasında 293'ncü maddeye yer vermemiş olması bilinçlidir. Zira kanun koyucu, geçici mühlet hakkında verilecek kararlara karşı başvurulacak kanun yollarına ilişkin açık bir düzenleme yapmıştır (İİK m.287/6). Kanun yollarına ilişki bu hükme ise, kesin mühletin kaldırılmasına ilişkin hükümlerin kıyasen geçici mühletin kaldırılması halinde de uygulanacağına ilişkin düzenlemeden (İİK m.287/5) hemen sonra yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, geçici mühlet talebinin kabulü, geçici komiser görevlendirilmesi, geçici mühletin uzatılması ve tedbirlere ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurmak mümkün değildir (İİK m.287/6).

İşaret ettiğimiz düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kanun yoluna başvurunun kapatıldığı kararlar arasında geçici mühletin kaldırılması kararı yoktur. Bu nedenle, geçici mühletin kaldırılması halinde, bu kararlara karşı hangi kanun yoluna başvurulacağı genel hükümlere göre belirlenecektir. Bu çerçevede, şirket veya kooperatifin mali durumunun düzelmesi nedeni ile geçici mühlet kaldırılarak konkordatonun reddine karar verilmişse, bu karara karşı istinaf yoluna başvurmak mümkündür. Zira, geçici mühletin kaldırılmasına ilişkin yargılama faaliyeti bir çekişmesiz yargı işi olup, çekişmesiz yargı neticesinde verilen kararlara karşı aksine bir hüküm olmadıkça istinaf yolu açıktır (HMK m.287). Bu ihtimalde bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi neticesinde verdiği kararlara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu çekişmesiz yargı işlerine karşı temyiz yolunu kapatmıştır (HMK m. 362/1-ç).

Borçlunun iflâsının açılmasını gerektiren nedenlerden birisinin gerçekleşmesi halinde geçici mühletin kaldırılmasına karar verilmişse, bu karara karşı İcra ve İflâs Kanunu madde 164 hükümleri çerçevesinde kanun yollarına başvurmak mümkündür. Zira burada işaret edilen haller birer doğrudan doğruya iflâs hali olup, takipli iflâsa ilişkin hangi hükümlerin doğrudan doğruya iflâs halinde de uygulanabileceğine İcra ve İflâs Kanunu'nun 181'nci maddesinde işaret edilmiştir. Söz konusu hükümde takipli iflâs halinde verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yollarını düzenleyen aynı Kanun'un 164'ncü maddesine de atıf yapılmaktadır. Diğer taraftan inceleme konumuzu teşkil eden borca batıklık hali, İcra ve İflâs Kanunu'nun 179'ncü maddesinde özel bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle borca batıklık gerekçesi ile verilecek konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması kararlarına karşı kanun yoluna başvuru her halde İcra ve İflâs Kanunu'nun 164'ncü maddesi hükümlerine tâbi olacaktır⁴⁸. Bu hüküm çerçevesinde ilk derece mahkemesi tarafından verilen konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması kararlarına karşı kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içerisinde istinaf yoluna; bölge adliye

⁴⁸ Budak / Tunç Yücel, s. 202.

mahkemesi kararına karşı ise kararın tebliği tarihinden itibaren on gün içerisinde temyiz yoluna başvurmak mümkündür.

SONUÇ

Borca batıklık hali, sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından hem bir konkordato nedeni hem de bir doğrudan doğruya iflâs nedenidir. 7101 sayılı Kanunla konkordatoya ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmadan önce borca batıklık hali İcra ve İflâs Kanunu'nda hem bir doğrudan doğruya iflâs nedeni hem de bir iflâs ertelenmesi nedeni olarak düzenlenmişti. Aynı durum Türk Ticaret Kanunu bakımından da geçerliydi. 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle iflâsın ertelenmesi müessesesi kaldırılmış ve aynı zamanda borca batıklık hali bir konkordato nedeni olarak kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nda değil Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmıştır. İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan konkordato nedenleri ise, borçlunun vadesi gelmiş borcunu ödeyememesi veya ödeyememe tehlikesi ile karşı karşıya kalmasıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri incelendiğinde, bu hükümler sevk edilirken daha ziyade bu iki nedenin göz önüne alındığı, buna karşılık borca batıklık nedeninin göz ardı edildiği izlenimi uyanmaktadır.

Diğer konkordato nedenlerinden farklı olarak borca batıklık halinin aynı zamanda bir doğrudan doğruya iflâs nedeni olması hem geçici mühlet kararının hem de kesin mühlet kararının kaldırılması bakımından özel bir önem arz etmektedir. Borçlunun mali durumunun düzelmesi hali dışındaki bu nedenlerden hangisi gerçekleşmiş olursa olsun, herhalde borçlunun iflâsının açılmasına karar verilmesi zorunludur. Ancak geçici mühlet kararının kaldırılması halinde bu zorunluluğun dayanağı konusunda uygulamada bazı tereddütler bulunmaktadır. Bu tereddütlerin kaynağında ise, kesin mühlet kaldırılmasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 291 ve 292'nci maddelerinin kıyasen geçici mühlet kaldırılması halinde de uygulanacağına ilişkin hüküm (İİK m.287/) ve yine geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğuracağına ilişkin hüküm (İİK m.288/1) bulunmaktadır. Geçici mühletin kesin mühletin sonuçlarını doğuracağına ilişkin düzenlemenin gerçekte sorunun çözümü ile bir ilgisi yoktur. Zira bunlar, konkordatonun başarılı olabilmesi ve alacaklı menfaatlerinin korunabilmesi için geçici mühlet kararına bağlanmış kanuni sonuçlardır. Başka bir ifade ile bunlar konkordato yargılama faaliyetinin yürütülmesi ile ilgili değildir. Buna karşılık, kesin mühletin kaldırılmasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 291 ve 292'nci maddesi hükümleri yargılama faaliyetinin yürütülmesine ilişkindir. Bu nedenle söz konusu hükümler, geçici mühlet kararının kaldırılması halinde kıyasen uygulanmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun kesin mühletin kaldırılmasına ilişkin 291 ve 292'nci maddesi hükümlerinin geçici mühletin kaldırılması halinde kıyasen uygulanmasının nedeni, söz konusu hükümlerde sadece kesin

mühlet döneminde uygulanması mümkün olan bazı düzenlemelere de yer verilmiş olmasıdır. Alacaklılar kuruluna ilişkin hükümler bu hususun tipik örneğini teşkil etmektedir. Diğer taraftan kanun koyucu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 291 ve 292'nci maddeleri ile çok sıkı bir ilişki içerisinde bulunan kesin mühletin kaldırılması kararlarına karşı kanun yollarına başvurunun düzenlendiği aynı Kanun'un 293'ncü maddesine kıyasen uygulanacak hükümler arasında yer vermemiştir. Ancak bu durum, geçici mühletin kaldırılması kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı anlamına gelmez. Genel hükümler çerçevesinde yapılan tespit ve yorumlarla da aynı sonuca varmak mümkündür.

Nihayet borca batıklık nedenine dayalı konkordato taleplerinin incelenmesinde, borca batıklığın özel bir konkordato nedeni olmasının yanı sıra aynı zamanda bir doğrudan doğruya iflâs nedeni teşkil ettiği ve bu halde yargılamanın bir çekişmesiz yargı işi olduğu hususları yargılamanın her aşamasında göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akil, C., *Sorularla Adi Konkordato*, Ankara, 2019.
- Akyürek, A. / Akyürek, R., *Konkordato Hukuku*, Ankara, 2019.
- Albayrak, H., *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Ankara, 2020.
- Altay, S / Eskiocak, A., *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, C.I-II, İstanbul, 2019.
- Atalay, O., *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi*, İzmir, 2007.
- Atalı, M. / Ermenek, İ. / Erdoğan, E., *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, 2019.
- Atalı, M., "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları", *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularına Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özekes, İstanbul, 2018, ss.80 -103.
- Arslan, R / Yılmaz, E / Taşpınar Ayvaz, S. / Hanağası, E., *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, 2019.
- Budak, A. C. / Kale, S., (Öztek ve Diğerleri) *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara, 2018.
- Budak A. C./ Tunç Yücel, M., (Öztek ve Diğerleri) *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara, 2018.
- Ermenek, İ., *İflâsın Ertelenmesi*, Ankara, 2010.
- Franko, N., "Sermaye Şirketlerinde - Özellikle Anonim Şirketlerde İflâs ve Tehiri", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ankara, 1990.
- Giroud, R., *Die Konkurs Eröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft*, Zürich, 1986.
- Kayar, İ., *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya, 1997.
- Lanz, R., *Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung*, Zürich, 1985.
- Toraman, B., *İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Ankara, 2007.
- Muşul, T., *İflâsın Ertelenmesi*, İstanbul, 2008.
- Özekes, M., "İflâsın Ertelenesi", *Legal*, Eylül 2005/33, ss. 3249-3283.
- Öztek, S., (Öztek ve Diğerleri) *Yeni Konkordato Hukuku*, Ankara, 2018.
- Öztek, S., *İflâsın Ertelenmesi*, İstanbul, 2007.
- Pekcamitez, H. / Erdönmez, G., *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul, 2018.
- Pekcamitez H. / Atalay, O. / Sungurtekin Özkan, M. / Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 2019.
- Sarısözen, S., *Konkordato*, Ankara, 2020.

Schmid, M., *Überschuldung und Sanierung*, Freiburg, 1984.

Taşpınar Ayvaz, S., *İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Ankara, 2005.

Tunç Yücel, M., *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, İstanbul, 2020.

Türk, A., *Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları*, Ankara, 1999.

Yılmaz, B., *İflâsın Tespiti ve Ertelenmesi Yönünden Borca Batıklık Bilançosu ve İyileştirme Projesi Üzerine Bir İnceleme*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2009.

İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARININ SULH SÖZLEŞMESİ VE İBRA SÖZLEŞMESİ İLE ÇÖZÜLMESİ

*Settlement Of Occupational Accidents And Occupational Diseases By Peaceful
Agreement And Extinction By Agreements*

Arş. Gör. Mehmet Zahit YENER*

Özet: İşçi, bir iş sözleşmesine bağlı olarak işverence verilen işi görür. İş görme edimini yerine getirirken işçi, çeşitli sebeplerle kazaya uğrayabilir. İşçinin, işyerinde bulunduğu sırada, aniden gerçekleşen ve işçinin zarara uğramasına sebebiyet veren her türlü olay iş kazasıdır. Bir kazanın iş kazası olarak değerlendirilebilmesi için, kanun gereği işçinin sigortalı olması, bir kazanın mevcudiyeti, kaza sebebiyle zarara uğraması ve kaza ile zarar arasında illiyet bağının varlığı aranır. İş kazası sonucunda işçi ya da yakınları, maddi ve manevi tazminat talep haklarına sahiptirler.

İşçinin gördüğü iş sebebiyle geçici ya da sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik hali meslek hastalığı olarak tanımlanır. Bir hastalığın meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi için aranan şartlar ise işçinin sigortalı olması, bedensel ya da ruhsal bir engelin oluşması, iş görme edimi ile hastalık arasında illiyet bağının mevcudiyeti, hastalığa ilişkin sağlık raporu ile hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesidir.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı araya bir aracı koymadan, anlaşma yolu ile çözebilir. Tarafların, aralarında mevcut bulunan uyuşmazlığı ya da belirsizliği çözmek için, birbirlerine karşılıklı tavizler vererek yapmış oldukları sözleşmeye sulh sözleşmesi denir. Yine taraflar, aralarında mevcut bulunan bir borcu tamamen ya da kısmen ifa ederek ya da ifa olmaksızın ortadan kaldırma konusunda anlaşabilir. Bu şekilde borçlunun borcundan kurtulmasını sağlayan sözleşmeye ibra sözleşmesi denir.

İş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin taraflar anlaşma yoluna gidebilir. Böylece yargılama sürecini beklemeden işçi ya da yakınları, zararlarını giderebilirler.

Bu çalışmada öncelikle iş kazası, meslek hastalığı, sulh sözleşmesi ve ibra sözleşmesi kavramları açıklanacak, ardından tazminat taleplerinin sulh ve ibra sözleşmeleri ile

Abstract: The employee shall perform the work assigned to the employer in accordance with an employment contract. When performing the work, the worker may face with in an accident because of various reasons. All kinds of incidents which come out suddenly while the employee is at work and which cause the worker to suffer harm is an occupational accident. In order for an accident to be evaluated as an occupational accident, the worker must be insured under law, the existence of an accident, the worker must be damaged by the accident and the existence of a link between the accident and damage is required. Workers or their relatives have right to claim compensation as a result of a work accident.

Temporary or permanent illness due to the work of the worker, physical or mental disability is defined as occupational disease. Disease conditions to be treated as occupational disease by the worker to be insured, the formation of a physical or mental disability, the existence of a causal link between the act of health report of the disease and the disease of the disease be accepted as an occupational hazard.

The parties may resolve the dispute by means of agreement without placing an intermediary between them. The agreement by which the parties make mutual concessions in order to resolve the dispute or uncertainty between them is called the peaceful agreement. The parties may also agree to eliminate a debt existing between them in whole or in part with or without performance. In this way, the contract that allows the debtor to get rid of the debt is called the extinction by agreement.

The parties may resolve the dispute by means of agreement without placing an intermediary between them. The agreement by which the parties make mutual concessions in order to resolve the dispute or uncertainty between them is called the peaceful agreement. The

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
mehmetzahidyener@gmail.com,
Makale Geliş Tarihi: 27/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 29/06/2020

çözülüp çözülemeyeceği hususunun yargı kararlarına yansması değerlendirilecektir.
Anahtar Kelimeler: İş Kazası, Meslek Hastalığı, Sulh Sözleşmesi, İbra Sözleşmesi, İbraname.

parties may also agree to eliminate a debt existing between them in whole or in part with or without performance. In this way, the contract that allows the debtor to get rid of the debt is called the extinction by agreement.

The parties may reach an agreement regarding claims for compensation arising from occupational accidents and occupational diseases. Thus, without waiting for the trial process, the worker or his relatives can recover their damages.

In this study, firstly, the concepts of occupational accident, occupational illness, peaceful agreement and extinction by agreement will be explained and then the reflection of the judicial decisions about whether compensation claims can be resolved by peaceful agreement and extinction by agreements will be evaluated.

Key Words: Work Accident, Occupational Illness, Peaceful Agreement, Extinction by Agreements, Acquittance

I- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI KAVRAMI

A- İŞ KAZASI KAVRAMI

1- TANIMI

İnsan, var oluşundan bu yana hayatını devam ettirebilmek için çeşitli ihtiyaçlara gereksinim duymuştur. İnsanın gereksinimlerini karşılama faaliyetlerine baktığımızda avcılık-toplayıcılık ile başlayan süreç, zaman içerisinde terk edilerek tarıma geçilmiştir. Sonrasında yaşam kalitesinin zamanla artması ile beraber çeşitli araç gereçlere gereksinim duyulmuştur. Bunun neticesinde ise küçük el üretim atölyeleri doğmuş ve yıllarca üretim faaliyetlerine bu tarz yerlerde devam edilmiştir.

Teknolojideki gelişmeler, hayatın olağan akışı çerçevesinde insan hayatını etkilemiştir. Bu etkileşim ile beraber insanın gereksinim duyacağı ürünlerin çeşitliliği ve bu ürünlere olan talep artmış; küçük atölyeler bu ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalmıştır. Teknolojinin etkisi ile eş zamanlı olarak üretim faaliyetlerinde de birtakım gelişmeler meydana gelmiştir. Büyük sanayiler zamanla kendilerine üretim faaliyetleri içerisinde önemli bir yer edinmeye başlamıştır. Bunun sonucunda da karşımıza Sanayi Devrimi çıkmıştır.

Sanayi Devrimi ile üretim faaliyetleri gün geçtikçe gelişmiş ve bu gelişmeye bağlı olarak her geçen gün kendi içerisinde karmaşıklaşmaya başlamıştır. Bunun sonucunda ise ne yazık ki üretim faaliyetleri sırasında çeşitli kazalar meydana gelmiştir. Bu kazalar neticesinde

işyerlerinde maddi hasarlar meydana gelmiş, insanlar yaralanmış, hatta bazı durumlarda can kayıpları yaşanmıştır.

Üretim faaliyetleri içerisinde meydana gelen ve kaza niteliğini haiz olaylar en temel ifade ile (sosyolojik anlamda) iş kazası olarak adlandırılmaktadır. Bununla beraber, iş ve sosyal güvenlik hukukunda yer alan kaza kavramı ile borçlar hukukundaki kaza kavramı, her ne kadar benzer yönleri bulunsada tamamen aynı kavram olarak nitelendirilemez. Zira iş kazası, kazaya uğrayanın özel hayatı içerisinde değil de işverenin işini gördüğü sırada, mesleki faaliyet alanı içerisinde, işverenin otoritesi altında meydana gelen kazadır.¹ Sigortalı işçinin işyerinde bulunduğu sırada, aniden cereyan eden ve bedensel ya da ruhsal zarara uğramasına sebebiyet veren her türlü olay iş kazasıdır.² Diğer bir anlatım ile kazanın işverenin otoritesi altında, yani işyerinde meydana gelmesi şart ve yeterlidir. İşçinin işyerinde bulunduğu esnada, işyeri ile arasında herhangi bir ilişki bulunmayan üçüncü kişilerce kasti veya taksirli olarak işçiye zarar verilmesi, yıldırım düşmesi, deprem gibi insanın iradi kontrolü dışında gerçekleşen olaylar dahi iş kazası olarak değerlendirilmektedir.³ Ayrıca iş kazası niteliğini haiz kazadan söz edebilmek için kaza sonucunda işçi etkilenmiş, işten bu sebeple alıkonulmuş ve iş gücünde bir kayıp meydana gelmiş olması gerekir.⁴

İş kazası, öğretide bu şekilde tanımlamakla beraber mevzuat açısından bir tanımlama yapıp yapılmadığı hususunu da incelemek gerekir. Hem mülga 506 Sayılı Kanun⁵ hem de 5510 Sayılı Kanun⁶, iş

¹ Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul, 2019, 20. Baskı, s. 390 vd.; Kurt, Resul, *İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi*, Seçkin, Ankara, 2015, 3. Baskı, s. 179; “İş kazası, işçinin, işverenin hakimiyeti altında bulunduğu sırada, onun için ifa ettiği bir işten veya iş dolayısıyla dış bir sebeple aniden meydana gelen bir olay nedeniyle uğradığı zarardır.”: 21. HD, 2015/11469 E, 2015/20854 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/14827 E, 2015/19327 K (karararama.yargitay.gov.tr).

² Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta, İstanbul, 2020, 18. Baskı, s. 361; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 5; Özyürür, Şerafettin/Kocakaya, Özgür,” 5510 Sayılı Kanun’un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaçınılmazlık İlkesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, Y. 2019, s. 64.

³ Balcı, Mesut, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Y. 2006, s. 153; “09.11.2011 tarihinde meydana gelen depremde hayatını kaybedenin iş kazası sonucu yaşamını yitirdiğinin tespitine...”: 21. HD, 2017/5548 E, 2018/9657 K (karararama.yargitay.gov.tr); “Kazanın işyerinde ve dolayısıyla işçinin, işveren otoritesi altında bulunduğu sırada meydana gelmesi yeterlidir. İşyeri ile ilgisi bulunmayan 3.kişilerin kasti veya taksirli eylemi, yıldırım düşmesi, deprem gibi doğa olaylarının neden olduğu kaza da iş kazasıdır.”: 21. HD, 2015/5560 E, 2015/22472 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴ Narter, Sami, “İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşverenin Cezai Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, Y. 2015, s. 232.

⁵ 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, RG. T. 29, 30, 31/7/1964-1/8/1964, S. 11766-11779.

⁶ 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, RG. T. 16/6/2006, S. 26200.

kazasının ne olduğuna ilişkin açıkça bir tanım getirme yoluna gitmemiştir. Bunun yerine hangi hâl ve şartlarda, hangi kazaların iş kazası sayılacağını, yer ve zaman bakımından sınırlandırarak belirlemiştir. Hem mülga 506 Sayılı Kanun m. 11 hem de 5510 Sayılı Kanun m. 13 tahdidi olarak nelerin iş kazası olduğunu belirtmiştir. Bununla beraber 6331 Sayılı Kanun⁷ m. 3/I-g, iş kazasını “işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olayı ifade eder” şeklinde tanımlamıştır.

2- İŞ KAZASININ ŞARTLARI

İşçinin uğramış olduğu kaza, her zaman için hukuken iş kazası olarak nitelendirilmez. Kanunen iş kazasından bahsedebilmek için çeşitli şartların varlığı aranır. Bu şartlar işçinin sigortalı olması, uğranılan kaza sebebiyle sigortalı işçinin zarara uğraması, kanun gereği bir kazanın mevcudiyeti ve meydana gelen zarar ile kaza arasında illiyet bağının varlığıdır.

a- Sigortalı Olma

5510 Sayılı Kanun gereğince maddi ya da manevi zarara uğrayan kimsenin uğradığı kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için bu kimsenin kanuna göre sigortalı olmak durumundadır. Aksi durumda iş kazasının varlığından söz etmek mümkün değildir. 5510 Sayılı Kanun m. 4, kimlerin sigortalı olduğunu belirtilirken m. 5 ile de sigortalılığın kapsamı, kanun koyucunun belirttiği şekilde genişletilmiştir.⁸ Buna göre, söz konusu çalışma kapsamında inceleyeceğimiz hizmet akdine dayalı olarak çalışan işçiler, kanun kapsamında sigortalı sayılmaktadır. Hizmet akdi ile çalışan sigortalı, SGK kayıtlarında yer almasa bile kanuni koşulları taşıyor ise, Kurum’a bildirilmemiş olması, sigortalı olma niteliğine bir hâle getirmez.⁹

Konunun anlaşılabilmesi için işçi ve işveren tanımları üzerinde kısaca durmakta fayda olduğu kanaatindeyiz. Esasen hem işçi hem de işveren kavramı 4857 Sayılı Kanun m. 2/1’ de “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren” olarak tanımlanmıştır. Öğretide ise işverene bağımlı olarak, işverenin emir ve talimatları altında süreli ya da süresiz bir sözleşme ile ücret karşılığı iş gören gerçek

⁷ 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, RG. T.20/6/2012, S. 28339.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, Mesut/Soner, Birol/Aydoğan, Bahri/Yener, Ahmet, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 139 vd.

⁹ Hizmet tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tuncay/Ekmekçi, s. 273 vd.; Aydın, Ufuk, *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015*, On İki levha, İstanbul, 2017, s. 628 vd.; Arap, Erdal, *Hizmet Tespiti Davaları*, Seçkin, Ankara, 2018, Seçkin.

kişi işçi olarak tanımlanırken¹⁰ bir iş akdi çerçevesinde gerçek kişi çalıştıran ve bu çalışma karşılığında ücret ödeyen gerçek veya tüzel kişi ise kısaca işveren olarak tanımlanmıştır.¹¹

Kanun'da belirtildiği gibi işveren ile işçi arasında bir hizmet akdinin varlığı gerekmektedir. İş Kanunu m. 8'de bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanan hizmet akdi ya da iş akdi, öğretide ise genel olarak işçinin, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda belirli ya da belirsiz bir süre ile iş görmeyi üstlendiği; bu iş görme karşısında işverenin belirli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak ifade edilmektedir.¹²

b- İşçinin Kaza Sebebiyle Zararın Meydana Gelmesi

İş kazası bağlamında işçinin, uğradığı kaza sebebiyle bir zarara meydana gelmelidir. Bu zarar bedeni ya da ruhsal zarar şeklinde tezahür edebilir. Bedeni zarara, işçinin bedeninde ya da vücutta kesik, kırık, yanık, sair cisim girmesi, duyu yeteneklerinin birinde kayıp örnek verilebilirken; ruhi zarara hafıza kaybı, akıl hastalığı ya da duygusal çöküntüler örnek gösterilebilir.¹³

c- Kanun Gereği Bir Kazanın Mevcudiyeti

5510 Sayılı Kanun m. 13 gereğince iş kazası belirlemesinin yapılması için çeşitli durumların varlığı aranır. Buna göre “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, bu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla

¹⁰ Collins, Hugh/Ewing, K. D./McColgan, Aileen, *Labour Law*, Cambridge University Press, Birleşik Devletler, 2012, s. 202; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2018, 16. Baskı, s. 141 vd.; Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2016, 21. Baskı, s. 15; Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018, 12. Baskı, s. 65 vd.; Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2019, 4. Baskı, s. 67 vd.

¹¹ Davies, Anne, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2009, 2. Baskı, s. 86; Süzek, Sarper, “Türk İş Hukukunda İşveren”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 17, Y. 2010/5, ss. 17-26; Senyen Kaplan, Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018, 9. Baskı, s. 54 vd.

¹² Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku*, Lykeion, Ankara, 2019, 3. Baskı, s. 74; Smith, Ian/ Baker, Aaron, *Smith/ Wood's Employment Law*, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2013, 11. Baskı, s. 36; Deakin, Simon/Morris, Gillian, *Labour Law*, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2012, 6. Baskı, s. 133.

¹³ Demiral, Erşen Gökçe, *İş Kazaları*, Seçkin, Ankara, 2017, s. 47; Akel, Ömer, *İş Kazası Sayılan Haller ve İş Kazasının Bildirilmesi*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 44 vd.

işin yapıldığı yere gidiş gelişi sırasında” iş kazasının meydana gelmesi gerekir.

ca. Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada

5510 Sayılı Kanun m. 13'te belirtildiği üzere, bir kazanın iş kazası niteliğini haiz olabilmesi için ilk şart, kazanın işyerinde meydana gelmesidir. Dolayısı ile işyeri kavramının açıklanması önem teşkil etmektedir. İşyeri kavramı, 4857 Sayılı İş Kanunu m. 2/1'de “*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴ Söz konusu tanımdan da anlaşıldığı gibi işyerinin maddi ve manevi unsurları bulunmaktadır. Bu bağlamda işin görüldüğü bina, makine ve ilgili araç-gereçler işyerinin maddi unsurlarını oluştururken; patent, marka vb. şeyler de manevi unsuru oluşturmaktadır.¹⁵ Bununla beraber hemen belirtmek gerekir ki işin doğası gereği, bir yerin işyeri olması için orada işçi çalıştırılması gerekmektedir. Ayrıca bir yerin işyeri sayılabilmesi için işçi sayısının bir önemi yoktur.¹⁶ İşyerinde bir işçi çalıştırılması ile bin işçi çalıştırılması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu m. 2/II ile işyeri kavramına hangi unsurların dahil olacağını belirtmiştir. Buna göre “*işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.*” Bu bakımdan adı geçen yerlerde meydana gelen kaza da işyerinde meydana gelmiş sayılacaktır.

Yargıtay, iktisadi olarak bir bütünlük teşkil edecek şekilde birbirini tamamlayan yerlerin tek bir işyeri niteliğinde olduğunu belirtmekle beraber ayrıca o yerin “*o iş gereğince bağlı olmaksızın çalışılan yer*” niteliğini haiz olmaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷ Bu bağlamda Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, sigortalı işçilerin vücut temizliğini yaptıkları yerlerin de işyeri kavramına dahil olduğundan hareketle, işverence sigortalılar için vücut temizliği için özel bir yer yapılmadığından, sigortalıların dereye giderek yıkanması sonucunda dereyi işyerinin eklentisinde kabul ederek derede meydana gelen olayı iş kazası olarak kabul etmiştir.¹⁸

Bu açıdan bir değerlendirme yapacak olursak, sigortalı işçinin işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen olayın, diğer şartların da

¹⁴ Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, Beta, İstanbul, 2018, 8. Baskı, s. 61; Özkaraca, Ercüment, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2009, Beta, s. 8.

¹⁵ Sümer, s. 22; Uşan, Muhammed Fatih, *İş Hukuku*, Gazi, Ankara, 2009, 2. Baskı, s. 30.

¹⁶ Akyiğit, s. 56; Doğan Yenisey, Kübra, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal, İstanbul, 2007, 1. Baskı, s. 22.

¹⁷ 9. HD, 2015/7618 E, 2015/10815 K (karararama.yargitay.gov.tr); 9. HD, 2010/28347 E, 2010/29733 K (karararama.yargitay.gov.tr).

¹⁸ HGK, 2005/10-444 E, 2005/449 K (legalbank.net).

varlığı halinde iş kazası olarak sayılması gerekir.¹⁹ İşçi, mesaisinin başlamasından bitimine kadar, kaza niteliğinde bir olay ile karşılaştığında, çalışsın ya da çalışmasın, zarar meydana gelmişse bu durumda iş kazasının varlığından söz edilecektir.

cb. İşçi Tarafından Yürütülmekte Olan İş Sebebiyle

Kanun koyucu, işçilerin her zaman için işyerinde iş görmediklerinin bilincinde olarak bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, kaza her ne kadar işyerinde gerçekleşmemiş olsa da sigortalı işçinin, iş görme edimini yaptığı sırada gerçekleşen kaza sonrası zarara uğraması, iş kazası olarak değerlendirilecektir. Burada önem teşkil eden husus, kazanın işveren tarafından yürütülen iş nedeni ile meydana gelmesidir. Zira işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu bulunmaktadır.²⁰ Bu bağlamda işveren, emir ve talimat verme hakkı çerçevesinde işçinin iş görme edimini nerede yapacağını düzenler.²¹

Yargıtay kararına konu bir olayda sigortalı işçi, işvereninden aldığı talimat gereğince elektrik arızası olan bir müşterinin evine söz konusu arızayı tamir etmek için gitmiştir. Tamirat işlemleri sırasında elektrik akımına kapılarak hayatını kaybetmiştir. Burada Yargıtay, kanuni düzenlemeler gereğince haklı olarak her ne kadar kaza işyerinde meydana gelmese de, işveren tarafından yürütülmekte olan iş sebebiyle işyerinin dışına çıkan işçinin uğramış olduğu kaza, iş kazası olarak nitelendirilmesi yönünde karar vermiştir.²²

cc. Sigortalının, İşveren Tarafından Başka Yere Gönderilmesi Nedeniyle Asıl İşini Yapmaksızın Geçen Zamanlarda Kazaya Uğraması

Kimi zaman sigortalı işçi, işveren tarafından görevlendirilerek başka bir yere gönderilmektedir. Bu halde işçinin, asıl işini yapmaksızın geçen zaman birimi içerisinde uğramış olduğu kazalar, hukuken iş kazası olarak değerlendirilecektir. Ayrıca dikkat etmelidir ki söz konusu hüküm, bağımlı çalışanları kapsamaktadır. Dolayısıyla bağımsız çalışanlar bu hükmün koruma alanı içerisinde yer almamaktadır.

Sigortalının işyeri dışında görevlendirildiği yerin, işyeri ile aynı il ya da ilçe sınırları içerisinde olması şart değildir. İşyeri ile aynı il, ilçe

¹⁹ Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tespit ve Tazminat Davaları*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 20; Yılmaz, Hülya, *İş Kazası Kavramı ve Sonuçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, İstanbul 2013, s. 6;

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 2018, s. 347 vd.; Tunçomağ/Centel, s. 102 vd.

²¹ Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2019, 9. Baskı, s. 134 vd.; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul, 2017, 30. Baskı, s. 273.

²² 21. HD, 2004/6443 E, 2004/6691 K (legalbank.net); aynı şekilde çalışan suçunun su teslimi için gittiği yerde asansör boşluğuna düşerek ölmesi, iş kazası olarak değerlendirilmiştir: HGK, 2010/21-36 E, 2010/67 K (lexpera.com.tr).

veya ülkede görevlendirilebileceği gibi yurt dışında görevlendirilmesi iş kazasının varlığı açısından bir önem teşkil etmeyecektir.²³

Yargıtay, işverenin verdiği görev kapsamında çay ve şeker almaya giderken sigortalı işçinin yol üzerindeki bir dükkâna uğrayıp çay içerken öldürülmesi olayını iş kazası olarak nitelendirilmiştir.²⁴ Görüldüğü gibi işçinin görevli olarak işyeri dışında bulunduğu sırada işini icra edip etmemesi, iş kazasının tespiti bakımında bir önem arz etmeyecektir. Keza yine işveren tarafından bir iş için görevlendirilen sigortalı işçinin dinlenmek amacıyla bankta oturduğu sırada bomba patlaması sonucu hayatını kaybetmesi, yine iş kazası kapsamında nitelendirilmiştir.²⁵

cd. Emziren Kadın Sigortalı İşçinin Emzirme Süresi İçerisinde Kazaya Uğraması

Kanun koyucu, çalışan annelere yönelik bir düzenleme getirmiştir. İş Kanunu m. 74/VI hükmü gereği kadın işçiler, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat izne sahiptir. Yine bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına kadın işçiler karar vermektedir. İşte kadın işçinin çocuğunu emzirmesi için kararlaştırılan bu süre, kanunen çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu bağlamda kadın işçinin çocuğunu emzirdiği sürede bir kazaya uğraması halinde, 5510 sayılı Kanun m. 13/d uyarınca bu kaza, iş kazası olarak sayılacaktır.

Yargıtay verdiği bir kararda söz konusu hükme dayanarak, emzikli kadın işçinin çocuğuna süt vermek için belirlenen süre içerisinde çocuğunu emzirdikten sonra işyerine dönerken uğramış olduğu kaza sonucunda ölmesini, iş kazası olarak nitelendirmiştir.²⁶

ce. İşverenin Sağladığı Taşıtlı ile İşyerine Gidiş Gelişi Sırasında Sigortalı İşçinin Kazaya Uğraması

Günümüz iş hayatında bir kısım işverenler, işyerine gelip gitmeleri konusunda işçilerine bir araç sağlamaktadırlar. Taşıma faaliyetinin gerçekleştirildiği deniz, hava, demir ve kara yollarının hepsinde kendine has riskler mevcuttur. İşte bu riskler karşısında kanaatimizce kanun koyucu, sigortalı işçileri korumak amacıyla 5510 Sayılı Kanun m. 13/d'deki düzenlemeyi ihdas etmiştir. Buna göre şayet sigortalı işçiler, işverence sağlanan bir taşıtlı işin yapıldığı yere götürülüp getiriliyorsa,

²³ Güneren, Ali, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, Adalet, Ankara, 2018, 3. Baskı, s. 455.

²⁴ HGK, 1996/10-228 E, 1996/454 K (legalbank.net); 10. HD, 2015/19234 E, 2015/20440 K (karararama.yargitay.gov.tr); 10. HD, 2012/22927 E, 2013/14305 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2016/1031 E, 2016/13868 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/14693 E, 2015/16348 K (karararama.yargitay.gov.tr).

²⁵ HGK, 2010/36 E; 2010/67 K (karararama.yargitay.gov.tr); 10. HD, 2014/18344 E, 2015/18344 K (karararama.yargitay.gov.tr); 10. HD, 2013/10642 E, 2014/2392 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2012/10541 E, 2013/2619 K (karararama.yargitay.gov.tr).

²⁶ HGK, 1981/10-323 E, 1983/ 652 K (kazanci.com).

bu süreçte araçta bulunan işçinin kazaya uğraması durumunda kanunen iş kazasının varlığından söz edilecektir.

Bu hükme göre dikkat edilmesi gereken iki unsur vardır. Bunlardan ilki, taşıtın işveren tarafından sağlanmasıdır. İşverence sağlanmayan, örneğin iş arkadaşlarının beraber bir araçla işe gelip gittiği durumda, araç işverence sağlanmadığı için bu hüküm kapsamında iş kazasından söz etmek mümkün olmayacaktır. İkinci unsur ise sigortalı işçinin işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında kazaya uğramasıdır.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda işverenin temin ettiği araçla işyerine giderken oluşan kazaları iş kazası olarak nitelendirmektedir.²⁷ Bununla beraber sigortalı işçinin durakta servis aracını beklerken meydana gelen kaza²⁸, işverenin kullandığı araçta sigortalı işçisi ile seyir ederken meydana gelen trafik kazası²⁹ da hukuken iş kazası olarak nitelendirilmektedir.

d- Uygun İlliyet Bağı

Sorumluluk doğuran her olayda olduğu gibi, iş kazası sebebiyle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için salt kaza olayının varlığı yeterli değildir. Kaza ile zarar arasında uygun bir bağlantının mevcudiyeti önemli bir yere sahiptir. Zira illiyet bağının olmadığı durumlarda sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir.

Meydana gelen kaza olayı ile uğranılan zararlı sonuç, hayatın normal akışına ve genel hayat tecrübeleri ışığında değerlendirildiğinde, gerçekten kaza olayı zararı ortaya koymaya elverişli ise illiyet bağının varlığından söz etmek mümkündür. Bununla beraber illiyet bağının kesilmesine yol açan mücbir sebep, üçüncü kişilerin kusuru ve işçinin ağır kusuru iş kazaları açısından da belirlenecek tazminat oranında indirim yapılması ya da sorumluluğun söz konusu olmaması açısından geçerli olacaktır.³⁰

²⁷ 21. HD, 2016/8427 E, 2017/4341 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/8825 E, 2015/20395 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2013/17191 E, 2014/5235 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2013/17191 E, 2014/5235 K (karararama.yargitay.gov.tr).

²⁸ 21. HD, 2016/6933 E, 2016/7258 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 1996/2674 E, 1996/2738 K (legalbank.net).

²⁹ 21. HD, 2003/1927 E, 2003/2633 K.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2018, 14. Baskı, s. 45 vd.; Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1975, s. 171 vd.; Baysal, Başak, *Haksız Fîl Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 191 vd.

2-SONUÇLARI

İş kazası sonucunda işçi, zarara uğrayabilir. İşçinin uğramış olduğu zararın niteliğine göre talep edebileceği çeşitli haklar mevcuttur. Bu talepler, temelinde maddi ve manevi tazminat olmak üzere ikiye ayrılır.

İşçi, iş kazasına uğradıktan sonra zarara uğraması halinde maddi tazminat talebinde bulunabilir. Maddi tazminat talepleri sigortalı işçinin iş göremezlik nedeniyle maddi tazminat talebi ile hak sahiplerinin destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talebi olarak karşımıza çıkar.³¹

İş kazası sonucunda bedensel bütünlüğü zedelenen sigortalı işçi, manevi tazminat talebinde de bulunabilir. İşçinin uğramış olduğu zarar sebebiyle çektiği acıları dindirmese de bir anlık acılarından daha az elem ve ıstırap duymasını sağlayacak bir miktar paranın ödenmesini talep edebilir. Bu talep, hukuken manevi tazminat olarak nitelendirilir.³²

B- MESLEK HASTALIĞI

1- TANIMI

Çalışma hayatında işçilerin gördükleri işler oldukça çeşitlidir. İş hayatında bir işçi, bilgisayar başında ya da masa başında çalışırken madende, taşıma işinde ya da fabrikada da edimini ifa eder. Görüldüğü üzere, işçinin ifa yeri, diğer bir deyişle işçinin iş görme ediminin kapsamı ile işyeri farklılık arz edebilir. Bu bakımından her bir işçinin karşılaşılabilecek riskler de farklılık göstermektedir. İşçinin, iş görme ediminin kapsamı sebebiyle karşılaşması muhtemel risklerden biri de meslek hastalığıdır.

Meslek hastalığından ne anlaşılması gerektiği, 5510 Sayılı Kanun m. 14/I'de tanımlanmıştır. Buna göre “*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 engellilik halleridir.*” Öğretide ise meslek hastalığı, sigortalı işçinin iş görme ediminin kapsamının özelliği sebebiyle uğramış olduğu geçici

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, Mesut, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması*, Yetkin, Ankara, 2018, 3. Baskı, s. 203 vd.; Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, Bilge, Ankara, 2012, 4. Baskı, s. 63 vd.; Gökyayla, Emre, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Seçkin, Ankara, 2004; Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin, Ankara, 2001.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı, Mesut/Soner, Birol/Aydoğan, Bahri/Yener, Ahmet, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Talepleri*, Yetkin, Ankara, 2019; Narter, Sami, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Adalet, Ankara, 2015, Adalet, 2. Baskı, s. 307 vd.; Antalya, Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal, İstanbul, 2017, s. 11 vd.

veya sürekli hastalık, bedensel ya da ruhsal arıza halleri olarak ifade edilir.³³

Kanunun ifadesinden hareketle, meslek hastalığının varlığında söz edebilmek için bazı şartların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar meslek hastalığını ileri süren kişinin sigortalı olması, bedensel veya ruhsal bir engelin oluşması ya da sigortalının ölmesi, illiyet bağı ve meslek hastalığına ilişkin sağlık raporunun mevcudiyetidir.

2- UNSURLARI

a- Meslek Hastalığını İleri Süren Kişinin Sigortalı Olması

5510 Sayılı Kanun m. 14/I'den hareketle, meslek hastalığından söz edebilmek için varlığı aranan şartlardan ilki, meslek hastalığına sahip olduğunu ileri süren kişinin sigortalı olmasıdır. Hastalığa maruz kalan kişi, sigortalı değilse 5510 Sayılı Kanun gereğince hastalık, hukuken meslek hastalığı olarak nitelendirilmez.

Kimlerin sigortalı sayıldığı ile bu kapsama kimlerin dahil olduğu, 5510 Sayılı Kanun m. 4 ve m. 5 ile belirtilmiştir. Buna göre, meslek hastalığının söz konusu olabilmesi için, öncelikle Kanun metninde sigortalı olarak sayılan bir kimsenin varlığı aranır. Buna göre, söz konusu çalışma kapsamında inceleyeceğimiz hizmet akdine dayalı olarak çalışan işçiler, kanun kapsamında sigortalı sayılmaktadır.

b- Bedensel ya da Ruhsal Bir Engelin Oluşması ya da Sigortalının Ölmesi

İş ve sosyal güvenlik hukuku çerçevesinde meslek hastalığından söz edebilmek için aranan bir diğer şart ise sigortalıda bedensel ya da ruhsal bir engelin oluşması ya da sigortalının ölmesidir. Sigortalının, gördüğü iş nedeniyle meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecek bedensel ya da ruhsal bir engelle maruz kalması gerekir.

5510 Sayılı Kanun m. 14, meslek hastalığından söz ederken sadece ruhsal ya da bedensel bir engelden söz etmektedir. Ancak meslek hastalığından kaynaklı ölüm olayının gerçekleşmesi durumundan bahsetmemektedir. 5510 Sayılı Kanun m. 20/I, meslek hastalığı nedeniyle ölen kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı alabileceklerini düzenlemiştir. Buradan hareketle, meslek hastalığının

³³ Balcı/Soner/Aydoğan/Yener, 2020, s. 659; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 381; Korkusuz, Refik/Uğur, Suat, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin, Bursa, 2018, 6. Baskı, s. 291; Karataş, Huriye, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 41; "... meslek hastalığı için niteliğine göre tekrarlanan sebepler veya işin yürütüm şartlarına göre ortaya çıkan hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir.": 10. HD, 2008/12312 E, 2008/12715 K (legalbank.net).

söz konusu olabilmesi için işçinin, bedensel ya da ruhsal engele uğramasının yanında ölmesi de bir unsur olarak değerlendirilebilir.³⁴

c- Uygun İlliyet Bağı

Bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesi ve buna hukuki sonuç bağlanması için gereken unsurlardan biri de uygun illiyet bağıdır. Zira meydana gelen zarar ile zarara sebep olduğu düşünülen olay arasında bir bağlantı yoksa, sorumluluk söz konusu olmaz.

Sigortalının bedensel ya da ruhsal bir engele maruz kalması ya da ölüm olayının gerçekleşmesine sebep olan hastalık ile işçinin gördüğü iş ya da işin görüldüğü işyerinin mevcut durumu arasında illiyet bağının, diğer bir deyişle sebep sonuç ilişkisinin varlığı aranır. Diğer bir ifade ile meslek hastalığının muhakkak sigortalının iş görme edimi ve bu edimi gerçekleştirdiği işyeri ile ilgili olması gerekir.³⁵ Maden ve taşocaklarında çalışanların yakalandığı beyaz parmak hastalığı, işitme kaybı, epikondilit, pnömokonyozu; kot kumlama işinde çalışan işçilerin yakalandığı silikozis hastalığı örnek olarak verilebilir.

d- Hastalığın, Meslek Hastalığı Olarak Kabul Edilmesi

Hangi hastalıkların meslek hastalığı olabileceği, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Çalışma Gücü ve Meslek Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliği³⁶'nin ekinde, hangi hastalıkların meslek hastalığı olduğu belirlenmiştir. Hukuken meslek hastalığından söz edebilmek için aranan bir diğer şart ise, 5510 Sayılı Kanun m 14 gereği işçinin hastalığının bu listede yer almasıdır.

Bir hastalığın meslek hastalığı olarak değerlendirilebilmesi için adı geçen listede yer alması gerekir. Ancak bu durum mutlak bir şart değildir. Listedeki yer almayan bir hastalığın, mesleki olduğuna dair Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu tarafından karar verilebileceği gibi, yargı kararı ile de tespit edilebilir. Bu durumda hastalık, listede yer almasa dahi meslek hastalığı olarak nitelendirilir.³⁷

³⁴ Uşan, Muhammed Fatih, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Seçkin, Ankara, 2009, s. 178; Güneren, s. 573; İşçi, Bülent Fahri, *Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 115.

³⁵ Tuncay/Ekmekçi, s. 417; Alper, Yusuf/Kılıks, İlknur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Dora, Bursa, 2018, 4. Baskı, s. 262.

³⁶ RG. T. 11/10/2008, S. 27021.

³⁷ "... Kurumca meslek hastalığı olarak kabul edilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na ve hak alanını etkileyeceğinden işveren aleyhine meslek hastalığının tespiti davası açması...": 21. HD, 2010/14137 E, 2012/7971 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/18802 E, 2016/11419 K (karararama.yargitay.gov.tr).

e- Sağlık Raporu

Meslek hastalığından söz edebilmek için aranan son şart, hastalığın Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesidir. Söz konusu şart, 5510 Sayılı Kanun m. 14/II ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre “sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun; a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi, b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi” gerekir.

Yapılan inceleme sonucunda hastalığın işçinin iş görme edimi kapsamında meydana gelip gelmediği, Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu tespitini hukuki anlamda meslek hastalığından bahsedebilmek için zorunlu bir unsur olarak düzenlemiştir.

2- SONUÇLARI

Meslek hastalığına maruz kalan sigortalı işçi, bu sebeple zarara uğrayabilir. Uğramış olduğu zarar sonucunda işçinin çeşitli tazminat talepleri mevcuttur. Uğramış olduğu zararın nitelendirmesine göre sigortalı işçi, maddi ya da manevi tazminat davası ile uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir.³⁸

C- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞI BAKIMINDAN COVID-19 VİRÜSÜ

Çin Halk Cumhuriyeti'nin Hubei Eyaleti'nin bir kenti olan Wuhan'da, 2019 yılının sonlarında Corana (Covid-19) virüsünün deniz ve et ürünleri pazarında ortaya çıktığı tahmin edilmektedir. Öncelikle Wuhan kentini etkileyen salgın, sonrasında Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayılmıştır. Uluslararası insan etkileşiminin bir sonucu olarak virüs, Çin Halk Cumhuriyeti dışında da yayılmaya başlamıştır. 2020 yılının ilkbaharında ise tüm dünyayı etkisi altına alan uluslararası bir salgın haline gelmiştir.

Virüsün yayılmaya başlaması ile birlikte Türkiye, birçok gelişmiş ülkenin aksine önlemlerini erken almıştır. Seyahat kısıtlamaları, alanında uzman bilim insanlarından teşkil edilen Bilim Kurulu'nun kurulması, yurtdışından gelen vatandaşlara yönelik karantina uygulamaları, örgün eğitim öğretimin terk edilerek uzaktan eğitime geçilmesi gibi faaliyetlerle virüsün ülkemize giriş uzun süre engellenmiştir. 11 Mart 2020 tarihinde Türkiye'de virüs kaynaklı ilk vakanın tespit edildiği, 18 Mart 2020 tarihinde ise Corona salgını

³⁸ Balcı, 2018, s. 1209 vd.; Güneren, s. 578 vd.; Topaloğlu, Sıddık/Çınkı, Faruk, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı*, TİSK, Ankara, 2014, s. 219 vd.

kaynaklı ilk vefatın görüldüğü kamuoyuna açıklanmıştır. Devam eden günlerde, test sayısındaki artış ile birlikte vaka sayısı ve ölüm sayısının arttığını gözlemlemekteyiz.

Virüs salgını, toplumun her alanının etkilediği gibi iş hayatını da etkilemiştir. Bazı işletmeler üretim faaliyetlerine ara verirken, toplumun temel ihtiyaçlarının sağlanmasında kilit roldeki işletmelerin çalışma kapasitesi artmıştır. Diğer bir ifade ile, virüsün etkisi ile üretim faaliyetleri kimi iş kollarında azalırken kimi iş kolları ile hizmet sektöründe çalışanlar için artmıştır. Çalışma hayatında işçilerin iş görme edimine devam ederken işyerlerinde Corona virüsüne yakalanmalarının hukuki yansımalarına yönelik bir değerlendirmede bulunulması gerekir.

5510 Sayılı Kanun kapsamında Corona virüse bağlı olarak talepler ya iş kazası olarak ya da meslek hastalığı olarak değerlendirilebilir. Bu belirlemenin yapılması, hem izlenecek süreç bakımından hem de sahip olunan haklar bakımından önem arz eder.

5510 Sayılı Kanun m. 14 uyarınca meslek hastalığından söz edebilmek için hastalığın yapılan işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meydana gelmesi ya da işin yürütüm şartları sebebiyle söz konusu olması gerekir. Virüs salgını, işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple meydana gelmemiştir. Zira virüs, tek bir temas ile bulaşarak insan vücudunda kendine yer edinmektedir. Aynı şekilde virüsün, pek tabii işin yürütüm şartları çevresinde söz konusu olduğu da söylenemez.

Sağlık çalışanları açısından ise salgının meslek hastalığı sayılabileceği düşünülebilir. Zira virüsün ülkemize gelişi ile birlikte virüsle mücadelede en önde sağlık çalışanları yer alır. Virüs, bir kişiden başka bir kişiye temas ya da kabarcık yolu ile çok çabuk bulaşabilmektedir. Sağlık çalışanlarının da işlerinin yürütüm şartları gereği hastalarla çok yakın temas içerisinde buldukları da değerlendirildiğinde, Corona virüsle karşılaşma riskleri oldukça yüksektir. Şu aşamada, ilk günden beri azimle çalışan sağlık çalışanlarının mevcut bulunan riske karşı bir nebze de olsa rahatlamalarını sağlamak için Corona virüs, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği'nde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde Kurum tarafından meslek hastalığı olarak tanımlanması kanaatindeyiz.

İşverenin otoritesi altında iken işçinin zarara uğramasına sebebiyet veren olaylar, iş kazası olarak nitelendirilir. İşverenin işini yürüttüğü sırada işçinin Corona virüs kapması, kanaatimizce 5510 Sayılı Kanun m. 13 gereği iş kazası olarak değerlendirilebilir. Zira işçi, yürüttüğü iş sırasında ya da iş dolayısı ile Corona virüse yakalanmıştır. Nitekim, Yargıtay da benzer bir salgında benzer yönde karar vermiştir. Tır şoförü olarak çalışan işçi, iş görme edimi kapsamında işveren tarafından Ukrayna'ya sefere gönderilmiştir. İşçi, sefer sonucunda rahatsızlanarak hastaneye başvurmuş ve izleyen süreçte vefat etmiştir. Adli Tıp Kurumu'nun raporunda, işçinin H1N1 (domuz gribi) sebebiyle vefat ettiği, virüsün ortalama kuluçka süresinin ise 1-4 gün olduğu

belirtilmiştir. Yargıtay, ilgili raporu göz önüne alarak işçinin ölüm sebebi ve virüsün kuluçka süresini de değerlendirerek, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan sefer sırasında işçinin enfekte olduğu değerlendirilmiş. Dolayısıyla H1N1 virüsüne bağlı olarak meydana gelen ölüm olayı iş kazası olarak nitelendirilmiştir.³⁹ Yargıtay'ın bu değerlendirmesi göz önüne alındığında, iş görme ediminin icrası sırasında Corona virüsü kapan işçinin de maruz kaldığı olayın iş kazası olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SGK Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 7.5.2020 tarih ve 2020/12 sayılı bir genelge yayınlamıştır. Bu genelgeye göre, Corona virüs salgınına maruz kalan ve sağlık hizmeti sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerektiğini ifade etmiştir. Genelge'de belirtilen hastalık sigortası, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan bir sigorta türüdür. Corona virüsü, hastalık olarak değerlendirilirse, 5510 Sayılı Kanun m. 16/II uyarınca işçi, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmaz. Bununla birlikte, hastalıkta sağlık yardımları, 5510 Sayılı kanun m. 60 vd. ile düzenlenen genel sağlık sigortası hükümlerine göre gerçekleştirilir. İş kazası ve meslek hasatlığı, işçinin iş görme edimini yerine getirirken karşılaştığı ya da karşılaşması muhtemel riskler karşısında bir koruma getirir. Dolayısıyla işçi, iş görme edimini yerine getirirken Corona virüse yakalanırsa, yapılacak belirlemenin hastalık değil, duruma göre iş kazası ve meslek hastalığı olması gerektiği düşüncesindeyiz. İş kazası ve meslek hastalığının sonucunda işçiye çeşitli haklar tanınmıştır. Bunlar geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma, sürekli iş göremezlik gelirinun bağlanması, ölüm halinde işçinin yakınlarına gelir bağlanması, evlenme ödeneği, maddi ve manevi tazminat gibi parasal haklarken sağlık yardımları ise genel sağlık sigortası hükümlerince belirlenir. Hastalık sigortasından sağlanan hakkın söz konusu olabilmesi, için sigortalının belirli sürede prim ödemesi şarttır. İş kazası ve meslek hastalığında ise sağlanan haklardan yararlanma için sigortalılık ya da prim süresi aranmaz. Meydana gelen olayın niteliği ile sonuçlarının işçi lehine olması değerlendirildiğinde, iş görme edimini yerine getirilirken Corona virüse maruz kalınması ve sağlık kuruluşlarına başvurulması halinde, nitelendirmenin somut olayın özelliğine göre iş kazası veya meslek hastalığı olarak yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

³⁹ 21. HD, 2018/5018 E, 2019/2931 K (karararama.yargitay.gov.tr).

II- SULH VE İBRA SÖZLEŞMELERİ

A- SULH SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

1- TANIMI

Toplum yaşamında taraflar, çeşitli hukuki ilişkilerin içerisine dahil olurlar. Bu hukuki ilişkiler içerisinde kimi zaman çeşitli uyuşmazlıklar gündeme gelebilir. Hukuk düzeninde tarafların anlaşmazlığa düştüğünde izleyebilecekleri çeşitli yöntemler mevcuttur. Kural olarak taraflar, aralarındaki hukuki ihtilafın çözülebilmesi için mahkemeye gider. Uyuşmazlık konusunu devletin yargı yetkisi tanıdığı mahkemelere bırakırlar. İlk akla gelen yöntem mahkemeler olsa da, özellikle hukuk alanındaki gelişmeler sonucunda uyuşmazlığın çözümünde farklı yöntemler gelişme göstermiştir. Kanunun elverdiği ölçüde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yargılaması ile giderebilir. Bunun yanında yine taraflar, hakeme giderek uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilirler. Bir diğer yöntemle taraflar arasındaki uyuşmazlık, arabuluculuk süreci ile çözüme kavuşturulur. Buradaki arabuluculuk, taraflar arasında anlaşmaya bağlı olarak gerçekleşen iradi arabuluculuktur. Zira 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/III uyarınca iş kazaları ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk söz konusu değildir.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı araya bir aracı koymadan, doğrudan kendi aralarında anlaşma yolu ile çözebilir. İşte tarafların, aralarında mevcut bulunan uyuşmazlığı ya da belirsizliği çözmek için, birbirlerine karşılıklı tavizler vererek yapmış oldukları sözleşmeye sulh sözleşmesi denir.⁴⁰ Tanımından da anlaşılacağı üzere taraflar, mevcut bulunan uyuşmazlığı karşılıklı fedakarlıkta bulunarak mahkemeye varmadan, bir sözleşme ile çözebilir.

Sulh sözleşmesi ile uyuşmazlık, mahkemeye gitmeden ve yargılama giderleri gibi taraflara ekonomik külfet yüklemekten kısa zamanda çözülür. Sulh sözleşmesinin, diğer uyuşmazlık çözüm yollarına göre de birçok avantajı vardır.⁴¹ İlk olarak taraflar arasında bir aracı olmadan, taleplerini karşılıklı olarak iletip adeta bir pazarlık yöntemi ile her iki tarafın da memnun olacağı şekilde uyuşmazlık çözülebilir. Bu yol, zaman açısından daha elverişlidir. Zira her bir uyuşmazlığın çözümü, belli bir süreç içerisinde tamamlanmaktadır. Ancak sulh sözleşmesinde taraflar, çok kısa bir zaman dilimi içerisinde uyuşmazlığı

⁴⁰ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2019, 7. Baskı, s. 1023; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2014, 10. Baskı, s. 29; Hızır Asrav, Fatma, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara, 2019, s. 21.

⁴¹ Karauz, Ağah Kürşat, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara, 2014, s. 11; Metin, Uğur Can, "Maddi Anlamında Sulh Sözleşmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2016, s. 293

giderebilir. Ekonomik açıdan da sulh sözleşmesi daha elverişlidir. Zira her bir süreç, kendi içerisinde taraflara çeşitli ekonomik külfetler yüklemektedir. Ancak sulh sözleşmesi, tarafların herhangi birine ya da bir kuruma ücret ödemeden uyuşmazlığı çözme kabiliyetini haizdir.

2- HUKUKİ NİTELİĞİ

Borçlar hukukunda sözleşmeler, çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulur.⁴² Bu sınıflandırmalardan biri de isimli ve isimsiz sözleşmeler olarak karşımıza çıkar. Kanunda tanımı, unsurları, taraflara yüklemiş olduğu borçlar vb. özellikleriyle düzenlenmiş sözleşmeler isimli sözleşmeler olarak nitelendirilirken; kanunda sayılan özellikleri ile düzenlenmemiş sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denir.⁴³ Diğer bir deyişle, ayrıntıları kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler, isimsiz sözleşmelerdir. Dolayısı ile bir sözleşmenin isminin salt kanunda yer alması, sözleşmenin isimli mi yoksa isimsiz mi olduğu belirlemesi için yeterli değildir. Bu ayrımı yapmak için, sözleşmenin en azından esaslı unsurlarına kanunda yer verilmesi gerekir.⁴⁴

İsimsiz sözleşmeler, kendi içerisinde ikiye ayrılır: Karma sözleşmeler ve kendine özgü (sui generis) sözleşmeler.⁴⁵ Tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği kanunda düzenlenmiş iki ya da daha fazla isimli sözleşmenin esaslı unsurlarını, kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen ya da tamamen bir araya getirmesi sonucunda oluşturdukları sözleşmeye karma sözleşme denir.⁴⁶ Tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesince kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmelerin unsurlarına dahil olmayan, taraflarca belirlenen unsurlarla meydana getirdikleri sözleşmelere ise kendine özgü (sui generis) sözleşmeler denir.⁴⁷ Sulh sözleşmesi, kanunda tanımlanmış hiçbir sözleşmenin özelliğini bünyesinde barındırmadığı ve içeriğinin sözleşme özgürlüğü gereği taraflarca belirlenerek uyuşmazlık konusunu ortadan kaldırması hasebiyle isimsiz sözleşme örneklerinden biri olan kendine özgü (sui

⁴² Yavuz/Özen/Acar, s. 18 vd.; Erzan, Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Yetkin, 2017, 7. Baskı, s. 29 vd.

⁴³ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2019, 24. Baskı, s. 219; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay, *Borçlar Hukuku*, Filiz, İstanbul, 1993, 7. Baskı, s. 56.

⁴⁴ Kuntalp, Erden, *Karışık Muhtevalı Akit, Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü*, Ankara, 2013, 2. Baskı, s. 4; Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2016, s. 36.

⁴⁵ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul 2008, 6. Baskı, s. 12; Eren, Fikret, "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, Ed.: Ateş, Derya/Bulur, Alper, Beta, İstanbul, 2008, s. 91.

⁴⁶ Eren, Özel, s. 953; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borçlar İlişkisi*, Yetkin, Ankara, 2018, 11. Baskı, s. 57.

⁴⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 29; Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Legal, İstanbul, 2015, s. 217.

generis) bir sözleşmedir.⁴⁸ Zira en azından esaslı unsurlarının neler olduğu, herhangi bir kanunda tanımlanmış değildir.

Sözleşmeler, tipleşip tipleşmemelerine göre tipik ve atipik sözleşmeler olarak ikiye ayrılır. Kanun ya da uygulama tarafından pek çok kez kullanılan sözleşmeler tipik sözleşmeler olarak adlandırılırken; kanun ya da uygulama tarafından pek çok kez kullanılmayan sözleşmeler atipik sözleşmeler olarak ifade edilir.⁴⁹ Tanımından da anlaşıldığı üzere, bir sözleşmenin tipik olabilmesi sadece kanunda düzenlenmesine bağlı değildir. Kanunda düzenlenmese dahi, uygulamada pek çok kez uygulanmak suretiyle tipleşebilir. Sulh sözleşmesinin uygulanması ve varlığı, Türk hukukunda benimsenmiş ve kabul edilmiştir. Sulh sözleşmesi, pek çok kez uygulanması ve buna bağlı olarak da uyuşmazlıkların çıkması sonucunda içtihatlarda yer verilmesi açısından, tipik bir sözleşme olarak karşımıza çıkar.

Sulh sözleşmesinin tanımında da belirtildiği üzere taraflar, kendi haklarından birtakım tavizler vererek aralarındaki uyuşmazlık üzerinde anlaşma yoluna gider. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, sulh sözleşmesi niteliği itibariyle bir tasarruf sözleşmesidir.⁵⁰ Sulh sözleşmesinde taraflar, birbirlerinin verdiği tavizler üzerinde anlaşırlar. Böylece aralarındaki uyuşmazlığı giderirler. Tarafların, birbirlerine verdikleri tavizleri kabul etmesi sonucunda sulh sözleşmesi, niteliği itibariyle aynı zamanda bir borç doğurucu bir sözleşmedir.⁵¹

3- UNSURLARI

a- Taraflar Arasında Bir Uyuşmazlığın Varlığı

Tanımından da anlaşılacağı gibi sulh sözleşmesinden bahsedebilmek için her şeyden önce, taraflar arasında bir uyuşmazlığın ya da belirsizliğin varlığı aranır.⁵² Zira sulh sözleşmesi, tarafların bir uyuşmazlık üzerinde anlaşmasına yöneliktir. Dolayısıyla taraflar arasında geçerli bir sulh sözleşmesinin tesis edilebilmesi için, her şeyden önce taraflar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklı bir uyuşmazlığın ya da belirsizliğin mevcut olması gerekir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki,

⁴⁸ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan, Ankara, 2019, 19. Baskı, s. 13 vd.; Aral/Ayrancı, s. 57; Karauz, s. 53 vd.; Kılınç, Ayşe Nur, "Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Mahkemeye Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 77, S. 2, Y. 2019, s. 510; Uluslan, İlhan, "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 7, Y. 1971, s. 156;

⁴⁹ Fikentscher, Wolfgang, *Schuldrecht*, de Gruyter, Berlin, 1991, 8. Baskı, s. 393; Kuntalp, s. 7.

⁵⁰ Eren, Özel, s. 1025; Karauz, s. 60.

⁵¹ Hızır Asrav, s. 59 vd.; Metin, s. 297.

⁵² Uluslan, a.g.m., s. 151; Kılınç, s. 507.

uyuşmazlık konusunun tarafların serbestçe tasarruf edebileceği bir konu üzerinde olması gerekir.

b- Karşılıklı Taviz Verme

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı ya da belirsizliği gidermek için anlaşabilirler. Bu anlaşma gerçekleşirken her iki taraf da birbirlerine çeşitli tavizler verir. İşte bu karşılıklı taviz verme unsurunun bulunması, geçerli bir sulh sözleşmesinin varlığı açısından önem teşkil eder. Zira tarafların karşılıklı taviz verme unsuru yoksa, bu durumda hukuki anlamda sulh sözleşmesinin varlığı söz konusu değildir. Taraflardan birinin taviz vermesi durumunda, sulh sözleşmesi, borç ikrarı, ibra ya da bağışlama gibi hukuki kurumlar söz konusu olabilir.⁵³

c- Uyuşmazlığa Son Verme Konusunda Anlaşma

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için, kendi hak ve çıkarlarından çeşitli tavizler verir. Bu tavizlerin amacı, anlaşma zemininin tesis edilmesiyle birlikte uyuşmazlığı çözümlenmesidir. Bu bakımdan, uyuşmazlığın çözülmesi için tarafların vermiş oldukları tavizler üzerinde anlaşmaları, geçerli bir sulh sözleşmesinin varlığı açısından önemli bir unsurdur.

d- Şekli Unsur

Sulh sözleşmesinin şekli, borçlandırıcı kısmı ve tasarruf kısmı yönünden farklılıklar barındırır. Türk hukukunda benimsenen sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olan şekil serbestisi gereğince taraflar, kural olarak aralarındaki sözleşmeyi istedikleri şekilde icra edebilir.

Sulh sözleşmesinin borçlandırıcı kısmında taraflar, TBK⁵⁴ m. 12 ile hüküm altına alınan ilke gereğince sulh sözleşmesini yazılı, sözlü ya da resmi şekle tabi olarak istedikleri gibi yapma özgürlüğüne sahiptirler. Ancak tasarruf işlemi söz konusu ise, burada tasarruf işleminin konusu, şekli belirler.⁵⁵ Örneğin tasarruf işleminin konusu herhangi bir sicile kayıtlı olmayan taşınır bir malın mülkiyetinin devrine ilişkin ise burada şekil serbestisi söz konusudur. Dolayısı ile taraflar, buna ilişkin sulh sözleşmesini istedikleri şekilde icra edebilir. Ancak tasarruf işleminin konusu, örneğin tapuya kayıtlı bir taşınmazın devrine ilişkinse, bu durumda kanunun öngördüğü şekil kurallarınca sulh sözleşmesinin şekli belirlenir.

⁵³ Eren, Özel, s. 1027; Hızır Asrav, s. 45.

⁵⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. T. 4/2/2011, S. 27836.

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz. Kocayusufoğlu, Necip, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I*, Filiz, İstanbul, 2017, 7. Baskı, s. 270 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan, Ankara, 2016, 20. Baskı, s. 115 vd.; Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2013, 24. Baskı, s. 80 vd.

4- TÜRLERİ

a- Mahkeme İçi Sulh Sözleşmesi

Mahkeme içi sulh, HMK m. 313-315’de düzenlenmiştir. HMK m. 313’ göre “sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.” Kanun’da ifade edildiği gibi mahkeme içi sulh, taraflarca mahkeme huzurunda icra edilir. Mahkeme içi sulh, ilke olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na tabi bir usul hukuku sözleşmesidir.⁵⁶

b- Mahkeme Dışı Sulh Sözleşmesi

Taraflar, mahkemeye gitmeden de uyuşmazlığı çözüme yoluna gidebilir. Bu yollardan biri de sulh sözleşmesidir. Tarafların, mahkemeye gitmeden kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığı çözmeleri, mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak adlandırılır. Bu sulh sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre değerlendirilir. Bu bakımdan, niteliği itibariyle bir maddi hukuk sözleşmesidir.⁵⁷

5- SONUÇLARI

Sulh sözleşmesi, niteliği itibariyle taraflar arasında yeni bir hukuki durum meydana getirir. Sulh sözleşmesi ile taraflar arasındaki uyuşmazlık, ortadan kalkar ve sözleşmeye uygun olarak yeni bir durum teşekkül eder. Sulh sözleşmesinin bir sonucu olarak taraflar, yükledikleri yeni edimleri ifa etme yükümlülüğü altına girer. Sulh sözleşmesine tarafların riayet etmemesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu’nda hüküm altına alınan sözleşmeye aykırılık halleri söz konusu olur.⁵⁸

Sulh sözleşmesinin sonuçları bakımından, sulhun mahkeme içinde yapılıp yapılmaması önem teşkil eder. Mahkeme içinde yapılan sulh sözleşmesi, kesin hüküm etkisini haiz olduğundan icra edilebilir. Ancak mahkeme dışı sulh sözleşmesi, kesin hüküm etkisini haiz olmadığından icrai etkiye sahip değildir.⁵⁹ Taraflar arasında bir uyuşmazlığın sulh

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2018, 2. Baskı, s. 398 vd.; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2016, 2. Baskı, s. 560 vd.; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2018, s. 577 vd.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hızır Asrav, s. 155 vd.; Karauz, s. 20 vd.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 353 vd.; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Vedat, İstanbul, 2018, 16. Baskı, 369 vd.; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat, İstanbul, 2015, 3. Baskı, s. 244 vd.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel, s. 1032 vd.; Soy, Ayşe, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Adalet, Ankara, 2017, s. 139 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay,

sözleşmesi için çözülebilmesi için her şeyden önce tarafların kendi aralarında tasarrufta bulunabileceği bir konunun varlığı gerekir.⁶⁰ Bu bağlamda, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarının sulh sözleşmesi ile çözülebileceği kanaatindeyiz.

B- İBRA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

1- TANIMI

Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği istedikleri kişilerle, kanunun izin verdiği ölçüde istedikleri tür ve içerikte sözleşme yapabilir. Bununla birlikte yine sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, kurdukları sözleşme ilişkisini ya da münferit tek bir borcu sona erdirmeye özgürlüğüne de sahiptir.⁶¹

Tarafların arasındaki borcu sona erdiren sebeplerden biri de ibradır. İbra, TBK m. 132'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre “*borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.*”

Tarafların, aralarında mevcut bulunan bir borcu tamamen ya da kısmen ifa edilmeksizin ortadan kaldırarak borçlunun, borcunun kurtulmasını sağlayan sözleşmeye ibra sözleşmesi denir.⁶² Tanımdan da anlaşıldığı üzere ibra sözleşmesiyle birlikte tarafların arasındaki borç sona ererken borç ilişkisi mevcudiyetini sürdürür.⁶³

İbra sözleşmesi, taraflar arasından bir bedel kararlaştırılıp yapılabileceği gibi herhangi bir bedel kaydı ya da şartı olmadan da yapılabilir. İbra sözleşmesinde bedel kaydı içeriyorsa ivazlı ibra bedel şartı içermiyor ise ivazsız ibra sözleşmesinin varlığından söz edilir.⁶⁴

Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha, İstanbul 2019, 7. Baskı, s. 436 vd.

⁶⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 14.

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Ataay, Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, Der, İstanbul, 1995, 5. Baskı, s. 246.

⁶² Gümüş, Mustafa Alper, *İbra Sözleşmesi*, Vedat, İstanbul, 2015, s. 19; Kapanacı, Kadir Berk, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2015, s. 227; İzmirlioğlu, Fatma Ayça, “6098 Sayılı Kanun’a Göre İbraname”, *Journal of Yaşar University*, C. 8, S. Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Y. 2013, s. 1459; 21. HD, 2015/15571 E, 2017/273 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/13978 E, 2015/17809 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 546; Turanboy, Nuri, *İbra Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 1998, s. 26.

⁶⁴ Çil, Şahin, *İş Hukukunda İbraname*, Yetkin, Ankara, 2013, 3. Baskı, s. 19;

2- HUKUKİ NİTELİĞİ

İbra, tanımından da hareketle öncelikle bir sözleşmedir. Sözleşmenin taraflarını teşkil eden alacaklı ile borçlu arasında yapılan anlaşma ile taraflar, aralarındaki alacağı sona erdirir. Bu bakımdan taraflardan herhangi biri, tek taraflı irade beyanı ile alacağından vazgeçemez.⁶⁵

İbra, niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir.⁶⁶ İbra sözleşmesi ile sözleşmeden doğan alacak hakkı etkilenmektedir. Bu etki, sözleşme ile taraflar arasındaki alacak hakkının tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılmasıdır. Taraflar, karşılıklı anlaşarak aralarındaki alacak hakkının akıbetine ilişkin tasarruf işlemi yapma özgürlüğünü haizdir.

İbra, tasarruf işlemi olması ile birlikte aynı zamanda, niteliği itibariyle kazandırıcı işlemdir ve bu sebeple ibra sözleşmesi, bir hukuki sebebe dayanmak zorundadır.⁶⁷ Hal böyle olunca, sebebe dayanmayan ya da dayandığı sebep geçersiz olan ibra sözleşmesinin mevcut olduğu durumda, hukuk düzeni taraflar arasındaki ibra sözleşmesine herhangi bir sonuç bağlamaz.

3- UNSURLARI

a- Esasa İlişkin Unsurları

İbra sözleşmesi, her sözleşmede olduğu gibi tarafların karşılıklı uygun irade beyanı ile kurulur. Dolayısı ile geçerli bir ibra sözleşmesinden bahsedebilmek için, alacaklı ve borçlunun sözleşmedeki belirli bir alacağı ortadan kaldırma yönünde karşılıklı, ortak iradeye sahip olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, alacaklı ve borçlu arasında hangi borçların ortadan kalkacağına dair anlaşma, geçerli bir ibra sözleşmesinden bahsedebilmek için şarttır.⁶⁸

Tasarruf işleminin yapılabilmesi için, işlemde bulunacak kişi ilgili işlemi yapabilmeye yetkili olmalıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi ibra sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Dolayısı ile

⁶⁵ Eren, Genel, s. 1422; Reisoğlu, s. 403.

⁶⁶ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 456; Özcan, Durmuş/Ocak, Uğur, *İbra Sözleşmesi (İbraname)*, Adalet, Ankara, 2016, 3. Baskı, s. 7; 21. HD, 2013/22418 E, 2014/6620 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2014/355 E, 2014/7236 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁷ Eren, Genel, s. 1423; Gümüş, s. 18; 21. HD, 2015/10378 E, 2016/4131 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/4858 E, 2015/17966 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁸ HGK, 2013/21-2293 E, 2015/175 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/4868 E, 2015/17966 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2013/2573 E, 2013/5754 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2012/7895 E, 2013/720 K (karararama.yargitay.gov.tr).

geçerli bir ibra sözleşmesinin var olabilmesi için, işlemde bulunan kişinin fiil ehliyeti olmalıdır.⁶⁹

İbra sözleşmesi, genel hüküm olarak TBK m. 132 ile hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte, iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından kanun koyucu, ayrı bir düzenleme getirmiştir. TBK m. 420 ile birlikte, iş ve sosyal güvenlik hukuku açısından ibra sözleşmesine ilişkin münhasır düzenleme getirilmiştir.

İş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat taleplerinde hangi maddede düzenlenen ibra sözleşmesinin unsurlarının söz konusu olacağı, kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. TBK m. 420/IV gereği, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat taleplerinde TBK m. 420'deki ibra sözleşmesi hükümleri söz konusu olacaktır.

Hukuki nitelikleri itibariyle hem TBK m. 132 hem de TBK m. 420 ile düzenlenen ibra sözleşmesi aynıdır. Ancak ibra sözleşmesine ilişkin TBK m. 420, bazı ek unsurlar içermektedir. Buna göre ibra sözleşmesinin tarihi itibariyle iş sözleşmesinin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık süresinin geçmiş olması, ibra sözleşmesine konu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi ve ödemenin hak tutarına nazaran noksansız yapılması gerekir.⁷⁰ Bir aylık süre, yaralanmaları iş kazalarında aranırken ölüm halinde aranmaz.

b- Şekle İlişkin Unsurları

Türk hukukunda şekle ilişkin şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkenin sınırı da yine kanun koyucu tarafından getirilmiştir. Kanun koyucu, bazı sözleşme tipleri için şekil şartının varlığını aramıştır. Ayrıca taraflar, aralarında anlaşarak şekle tabi olmayan bir sözleşmeye şekil şartı getirebilirler. Ancak şekil şartı mevcut olan bir sözleşmeyi aralarında anlaşma ile şekle tabi olamayan sözleşme haline getiremezler.⁷¹

İbrayı düzenleyen TBK m. 132, söz konusu asıl işlem şekle tabi olsa dahi, bunun ibra sözleşmesine konu olduğunda, şekle tabi olmadığını düzenlemiştir. Bu açık hüküm karşısında, ibra sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak ispat hukuku açısından tarafların ibra sözleşmesini en azından adi yazılı şekilde yapmalarının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

TBK m. 132'de belirtildiği üzere, ibra sözleşmesinde kural olarak şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. TBM m. 132'de yer alan bu kuralın

⁶⁹ Keser, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 32, Y. 2014, s. 141; Turanboy, s. 118

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Balcı./Soner/Aydoğan/Yener, Manevi, s. 329 vd.; Güneren, 1219 vd.; Süzek, s. 775 vd.; Senyen Kaplan, s. 339 vd.

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 115 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 270 vd.; Nomer, Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2018, 16. Baskı, s. 110 vd.

istisnasını kanun koyucu, TBK m. 420 ile iş sözleşmeleri bakımından düzenlemiştir. Buna göre “işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması...” ifadesi sonucunda, iş sözleşmelerindeki işçilik alacaklarına dair ibra sözleşmesi, yazılı şekilde yapılır. Ayrıca yine TBK m. 420/I uyarınca ödemelerin banka aracılığı ile yapılması şarttır.

4- SONUÇLARI

İbra sözleşmesi, niteliği itibarıyla borcu ortadan kaldırır. İbra sözleşmesi, yapıma şekline göre borcun tamamını oradan kaldırabileceği gibi kısmen de ortadan kaldırabilir. Taraflar, borcun tamamını sona erdirmeye yönelik bir anlaşma yaptığında tam ibra söz konusu olur ve borcun tamamı ortadan kalkar. Yine taraflar, borcun sadece bir kısmının ortadan kalkmasına yönelik anlaşma yapabilir. Bu durumda kısmi ibra söz konusu olur ve sadece tarafların anlaşığı şekliyle borç ortadan kalkar.

Taraflar aksini belirtmedikçe ibra sözleşmesi ile borcun fer'i unsurları da ortadan kalkar. Diğer bir deyişle ibra sözleşmesi ile faiz, rehin, ceza koşulu gibi yan haklar, kural olarak ibra sözleşmesi ile ortadan kalkar.⁷²

III- YARGI KARARLARI İLE KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, kural olarak istedikleri kişilerle istedikleri içerikte sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Ancak bu özgürlük, sınırsız değildir. Her şeyden önce taraflar, kendi aralarında serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tasarrufta bulunabilir. Ayrıca, TBK m. 27 uyarınca taraflar kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan konulara dair sözleşme yapamazlar.

İş kazası ve meslek hastalığına maruz kalmış sigortalı işçinin çeşitli hakları mevcuttur. Bu hakların bir kısmı 5510 Sayılı Kanun gereği SGK tarafından karşılanırken bir kısmı ise işveren tarafından karşılanır. Geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma, sürekli iş göremezlik ödeneğinden yararlanma, sağlık yardımları gibi haklar SGK tarafından karşılanırken maddi ve manevi tazminat talepleri işveren tarafından karşılanır. Niteliği itibarıyla, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri, kanaatimizce tarafların aralarında serbestçe tasarrufta bulunabileceği konulardandır. Dolayısı ile sulh sözleşmesi ya da ibra sözleşmesinin konusu olabilir.

⁷² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 546; Çil, s. 61.

A- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİNDE SULH SÖZLEŞMESİ

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda zarar gören işçi, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Bu durumda, işçinin tazminat talepleri kural olarak yargılama konusu olur ve Türk mahkemelerince karara bağlanır. Taraflar, kendi istek ve arzuları doğrultusunda aralarındaki uyuşmazlığı, mahkemeye gitmeden ya da mahkeme içerisinde hüküm kurulmadan sonlandırabilir. Tarafların uyuşmazlığı sona erdirme yöntemlerinden biri de sulh sözleşmesidir. Mahkeme içinde ya da mahkeme dışında gerçekleştirilecek bir sulh sözleşmesi ile birlikte taraflar, uyuşmazlık konusunu sona erdirebilir. Tarafların sulh sözleşmesi yapması durumunda Yargıtay, içtihatlarla söz konusu duruma ilişkin çeşitli ilkeler ortaya koymuştur. Burada, içtihatların bir kısmı açıklanarak çeşitli değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Uyuşmazlık konusu olayda, iş kazası gerçekleşmiş ve sigortalı işçi, iş kazası sonucunda ölmüştür. Ölümlü iş kazası sonucunda sigortalı işçinin yakınları, maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Davalı ve davacı arasında, maddi ve manevi tazminat talepleri üzerinde anlaşmaya varılarak sulh sözleşmesi imzalanmıştır. Mahkeme içi sulh sözleşmesi, yargılama devam ederken, hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir. Mahkeme, tarafların talebine göre ya sulh sözleşmesine göre karar verir ya da sulh sözleşmesinin varlığını göz önünde tutarak karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Mahkemenin, tarafların yapmış olduğu sulh sözleşmesini dikkate almayarak davanın konusuz kalıp kalmadığı hususunda değerlendirme yapmadığı tespit olunmuş ve bu sebeple karar bozulmuştur.⁷³ Tarafların yapmış oldukları sulh sözleşmesi, niteliği itibariyle taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunda bir anlaşma muhteva eder. Mahkemenin, taraflar arasındaki sulh sözleşmesini dikkate almadan karar vermesi, isabetli olarak bozmayı gerektirmiştir. Zira taraflar, kendi iradeleri ile sulh sözleşmesi düzenlemek suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı giderme yoluna gitmiştir.⁷⁴

Yargıtay, sulh sözleşmesinin hukuki niteliğinden hareket ederek yerel mahkeme kararlarını bozmuştur. Zira sulh sözleşmesi, uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların anlaşarak uyuşmazlığı çözüme bağlamasıdır. Taraflar, mahkemede hâkim önünde ya da dışarıda bir araya gelerek sulh sözleşmesi imzalayabilir. Mahkeme dışında sulh sözleşmesi

⁷³ 21. HD, 2018/6305 E, 2019/684 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2017/1853 E, 2017/9709 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2017/542 E, 2018/8377 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2016/19844 E, 2018/5913 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁷⁴ 21. HD, 2018/6305 E, 2019/684 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2017/1853 E, 2017/9709 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2014/23849 E, 2015/1997 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2014/17571 E, 2014/21296 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2013/20020 E, 2014/2915 K (karararama.yargitay.gov.tr); sulh sözleşmesine uygun verilmiş kararlara ise onama kararı verilmiştir: 21. HD, 2018/3043 E, 2019/2853 K (karararama.yargitay.gov.tr).

imzaladıklarında da çeşitli sebeplerle mahkemeden buna göre karar verilmesini talep edebilir. Bu durumda mahkeme, şartlarına uygun olarak kurulması durumunda, sulh sözleşmesine göre karar vermelidir. Bu açıdan Yargıtay, kanaatimizce yerinde kararlar ile sulh sözleşmesini dikkate almadan hüküm kuran yerel mahkeme kararlarını bozmuştur.

Karara konu olan uyuşmazlıkta tarafların bir kısmı ile sulh sözleşmesi icra edilmiştir. Ancak tarafların bir kısmı, sulh sözleşmesinde taraf olarak yer almamaktadır. Bu durumda Yargıtay, sulh sözleşmesi yapılmayan kişilerin de yapılan sulh sözleşmesinden, menfaatleri etkilendiği için yararlanabileceklerine karar vermiştir.⁷⁵

B- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN TAZMİNAT TALEPLERİNDE İBRA SÖZLEŞMESİ

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda zarar gören işçi, şartlarının varlığı halinde maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat talepleri, kural olarak yargılama konusu olur. Yargılama sonucunda mahkemenin kararı ile tarafların arasındaki uyuşmazlık çözümlenir. Ancak iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat talepleri, ibra sözleşmesi ile de çözüme kavuşturulabilir. Uyuşmazlığın ibra sözleşmesi ile çözülmesi durumunda Yargıtay'ın bakış açısı içtihatlardan hareketle açıklanacaktır.

Somut olayda sigortalı işçi, gerçekleşen iş kazası sonucunda ölmüştür. Murisleri, ölümlü iş kazasına binaen maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Yapılan yargılama devam ederken, davalı tarafça mahkemeye ibraname sunulmuştur. Buna göre davacı ile davalı, iş kazasından doğan maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin anlaşma yoluna giderek bunun yanında bir ibra sözleşmesi imzalamıştır. İbra sözleşmesinin hukuki niteliğince taraflar, anlaşma ile aralarındaki borcu sonlandırmıştır. Bu bakımdan, bunun göz ardı edilerek esasa ilişkin karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir⁷⁶. Yargıtay özel dairesinin somut olay bazında değerlendirmesi kanaatimizce yerindedir. Zira ibra sözleşmesi, niteliği itibariyle taraflar arasındaki borcu ortadan kaldırır. Davalı ile davacılar arasında, maddi ve manevi tazminat talepleri üzerine bir ibra sözleşmesi imzalanmıştır. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, iş kazası sebebiyle ortaya çıkan talepler, karşılıklı anlaşma yoluyla çözümlenmiştir. Dolayısı ile ortada çözüme kavuşturulacak herhangi bir uyuşmazlık mevcut değildir. Mahkemenin bu sözleşmeyi dikkate

⁷⁵ 21. HD, 2019/5470 E, 2020/195 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁷⁶ 21. HD, 2018/2852 E, 2019/5185 K (karararama.yargitay.gov.tr); benzer yönde bknz. 21. HD, 2018/1111 E, 2019/1433 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2018/578 E, 2019/4707 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2016/12487 E, 2018/1063 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2016/13005 E, 2018/1358 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2016/18076 E, 2017/10638 K (karararama.yargitay.gov.tr).

almayarak tekrardan ayrı ayrı maddi ve manevi tazminata hükmetmesi, haklı olarak bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay, taraflar arasındaki ibra sözleşmesinde özellikle miktar konusuna dikkat etmektedir. Meslek hastalığı ya da iş kazası sonucunda hükmedilecek olan tazminat istemlerinde, yapılan hesap sonucu elde edilen miktar ile ibra sözleşmesindeki miktarın yüksek oranda farklı olması durumunda, taraflar arasındaki ibra sözleşmesini TBK m. 420/III gereği, ibra sözleşmesi niteliği itibariyle kısmi ifayı içeren makbuz olarak değerlendirilmektedir.⁷⁷ Kanaatimizce özel daire, ülke gerçeklerinden hareketle haklı olarak bir içtihat geliştirmiştir. Gerçekleşen iş kazası sonucunda işçinin uğradığı zararın karşılığı hak edeceği maddi ve manevi tazminat talepleri, kimi durumlarda ciddi miktarlara ulaşabilmektedir. Bunun farkında olan bazı işverenler, kendilerine önemli bir yük olarak gördükleri tazminat taleplerini ödemek yerine, işçilere çok cüzi miktarlar vererek maddi ve manevi tazminat taleplerine yönelik ibra sözleşmesi imzalamaktadır. Bu durum, hiç şüphesiz işçinin haklarını açıkça ihlal eder. İşte buradan hareketle Yargıtay, işçinin daha sonra uğradığı haksızlığı öğrenerek dava açması durumunda işçi ile işveren arasında bir miktar paranın ödenmesine yönelik imzalanan anlaşmanın hukuki niteliğini makbuz olarak değerlendirmektedir.

Davacı işçinin geçirmiş olduğu iş kazası sonucunda, çalışma gücünde sürekli iş göremezlik oluşturacak şekilde azalma olmuştur. Hem kendi hem de ailesinin geçimini çalıştığı süre boyunca elde ettiği geliri ile sağlayan ve çalışmadığı zamanlarda ekonomik olarak zorluk çekeceği, hayatın olağan akışı çerçevesinde aşıkardır. Davacının uğramış olduğu kaza sonucunda işveren ile işçi arasında, maddi ve manevi tazminatlara ilişkin ibra sözleşmesi imzalanmıştır. Ancak işçinin içinde bulunduğu durum da dikkate alınarak, ibra sözleşmesindeki tutarlar ile gerçekte hesaplanacak tazminat oranları değerlendirilerek ivazlar arasında açık bir oransızlık bulunup bulunmadığının (gabin) araştırılması gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur.⁷⁸ Açık oransızlık (gabin), TBK m. 28'de düzenlenmiştir.⁷⁹

⁷⁷ HGK, 2015/142 E, 2017/896 K (karararama.yargitay.gov.tr); HGK 2008/21-556 E, 2008/532 K (legalbank.net); 21. HD, 2016/10435 E, 2018/202 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2015/6929 E, 2015/22916 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2014/2898 E, 2014/6526 K (karararama.yargitay.gov.tr); 818 Sayılı Kanun dönemindeki iş kazaları ile bu kazaya dayalı aynı kanun döneminde yapılan ödemeler için denkleştirme yöntemi ve dolayısıyla alacağın büyük çoğunun karşılanıp karşılanmadığı kabul edilmekteyken (21. HD, 2015/8059 E, 2016/6534 K (karararama.yargitay.gov.tr)) 6098 Sayılı Kanun döneminde ise bu kabulden vazgeçilmiştir. Makbuz niteliğinde sayılıp zararın karşılanmayan kısmını her hâlükârda ödemesi gerektiği kabul edilmiştir (21. HD, 2016/12487 E, 2018/1803 K (karararama.yargitay.gov.tr)).

⁷⁸ HGK, 2009/9-396 E, 2009/441 K (kararara.com); HGK, 2008/21-53 E, 2008/107 K (kararara.com); 21. HD, 2014/24575 E, 2015/11298 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21.

Buna göre “bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.” İşçi ve işveren arasında hem sosyal hem de ekonomik açıdan farkın bulunduğu, yadsınamaz bir gerçektir. Geçirdiği kaza sonucunda işçi, pek tabii duygusal ve ruhsal açıdan çöküntü yaşayabilir. İşte işçinin zor durumundan faydalanarak, normalden çok daha az bir miktarda tazminat üzerinden bir ibra sözleşmesi imzalanabilir. Aşırı yararlanma, özellikle iş hukuku uygulamasında incelediğimiz kararlarda da olduğu gibi ibra sözleşmesini geçersiz kılan en önemli nedenlerden biridir. Zira Yargıtay’ın ibra sözleşmesini makbuz saydığı kararların altında yatan düşünce de aşırı yararlanma olgusudur. Dolayısı ile, edimler arasındaki açık orantısızlık tespit edildiğinde, bu durumun diğer şartları da göz önüne alınarak TBK m. 28 kapsamında araştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

İş kazası sonrasında işçi ile işveren arasında ibraname imzalanmıştır. İmzalanan bu ibranameye göre, işçinin duymuş olduğu üzüntü ve acıya karşılık bir ödeme yapılmış ve bu sayede işveren ibra edilmiştir. Duyulan üzüntü ve acı, olayın yaşandığı tarihlerde etkisini gösterir. Bu durumun zamana yayılmak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, yeniden dava konusu yapılarak miktarının arttırılması mümkün değildir. İbra sözleşmesi gereğince manevi zararına karşılık ödeme yapılan işçinin, tekrardan manevi tazminat talep etmesinin mümkün olmamasına rağmen manevi tazminata hükmedilmesi bozmayı gerektirmiştir.⁸⁰ Yargıtay’ın hem özel daire bazında hem de Hukuk Genel Kurulu bazında yerleşmiş içtihatlarında, manevi tazminatın bölünemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir.⁸¹ Bu ilke uyarınca, ibra sözleşmesi ile belirli bir miktar parayı manevi zararına karşılık alan işçinin, tekrardan tazminat talep etmesi ya da ödenen paranın nispeten hak ettiğinden az olduğunun talebi, haklı olarak kabul edilmemektedir.

HD, 2012/7906 E, 2013/538 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2012/19511 E, 2012/22324 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, Çiğdem Mine, *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin, Ankara, 2006; Okumuş, Selmani, *Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yetkin, Ankara, 2015; Kalkan Öğuztürk, Burcu, *Gabin*, Vedat, İstanbul, 2004.

⁸⁰ 21. HD, 2012/1248 E, 2012/4292 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2008/11373 E, 2009/3150 K (karararama.yargitay.gov.tr).

⁸¹ HGK, 2014/127 E, 2015/788 K (karararama.yargitay.gov.tr); HGK, 2008/21-245 E, 2008/249 K (turkhukuk sitesi.com); HGK, 1997/21-684 E, 1997/818 K; 21. HD, 2018/4197 E, 2019/5879 K (karararama.yargitay.gov.tr); 21. HD, 2019/1223 E, 2019/5632 K (karararama.yargitay.gov.tr); 11. HD, 2017/2544 E, 2019/1126 K (karararama.yargitay.gov.tr); 17. HD, 2019/60 E, 2019/6580 K (karararama.yargitay.gov.tr).

SONUÇ

Ülkemizde iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin uyuşmazlıklar, sıklıkla yargılama konusu olmaktadır. Yargıtay'ın iş yükünde önemli bir yere sahiptir. İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri, kimi zaman mahkemeye taşınmadan ya da mahkeme içerisinde kesin hüküm verilmeden tarafların karşılıklı anlaşmasıyla birlikte çözümlenmektedir.

İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat taleplerinin mahkeme dışında çözümündeki en önemli iki müessese sulh sözleşmesi ile ibra sözleşmesidir. Taraflar, bu iki sözleşme türünü tercih ederek anlaşma yöntemiyle aralarında uyuşmazlığı nihayete erdirmektedir. Gerçekten de yargılamaların süre bakımından uzun olması, mahkeme masrafları gibi sebeplerle taraflar yargılama faaliyetlerinde yıpranmaktadır. Bunun bertaraf edilebilmesi için, Türk hukukunun sağlamış olduğu imkânlar kullanılarak uyuşmazlığın her iki tarafının da talepleri karşılıklı anlaşarak kısa sürede çözümlenebilir.

Tarafların, uyuşmazlık konusu maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin kullandıkları ilk hukuki kurum sulh sözleşmesidir. Yargıtay, taraflar arasında mevcut bir sulh sözleşmesi olması durumunda, mahkemenin bunu dikkate alması gerektiğine yönelik içtihatlarını geliştirmiştir. Yerel mahkemenin, sulh sözleşmesinin varlığına rağmen yargılama yapmasını kabul etmemiştir. Somut olayın özelliğine göre yerel mahkemenin, tarafların talebine göre sulh sözleşmesine göre ya da sulh sözleşmesinin varlığını dikkate alarak karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerektiği belirtilmiştir. Zira tarafların iradesi, aralarındaki uyuşmazlığı kendi iradeleri ile anlaşarak sulh sözleşmesi ile sonlandırmaktır.

Uyuşmazlık, her zaman için sadece iki taraftan teşekkül etmez. Her iki tarafta da birden fazla gerçek ve tüzel kişi yer alabilir. Böyle bir durumda, tarafların bir kısmı ile yapılan sulh sözleşmesinin ne şekilde hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda bir ilke benimsemiştir. Buna göre, sulh sözleşmesinin tarafı olmayan kişiler de yapılan sulh sözleşmesinden, menfaatleri etkilendiği için yararlanabilir.

İş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat taleplerinin yargılama olmaksızın çözümünde kullanılan bir diğer yöntem ise ibra sözleşmesidir. İbra sözleşmesine ilişkin 818 Sayılı Kanun döneminde herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Uygulama, yargı kararları ile oluşmuştu. Bunun üzerine 6098 Sayılı Kanun, ibra sözleşmesine ilişkin düzenlemeler getirdi.

İlk olarak Yargıtay, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkin taraflarında anlaşma yoluna giderek ibra sözleşmesi ile aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmesinde, ibra sözleşmesinin göz ardı edilerek yerel mahkemeye yargılama yapılmasını kabul etmemektedir. Burada mahkeme, tarafların iradesini göz ardı etmemelidir. Zira ibra sözleşmesi yapıldıktan sonra

tarafklar arasında yargılamaya konu herhangi bir uyuşmazlık mevcut değildir.

Yargıtay, haklı olarak ibra sözleşmesinin uyuşmazlığı sona erdirebilmesi için ibra sözleşmesinin bir miktar içermesi gerektiğine karar vermiştir. Hukuki niteliği itibariyle ibra sözleşmesinde tarafların hangi borçları ortadan kaldıracağına dair anlaşması, geçerli bir ibra sözleşmesinden bahsedebilmek için şarttır. Dolayısı ile Yargıtay, haklı olarak miktarın belirli olmadığı durumda geçerli bir ibra sözleşmesi olmadığından taraflar arasındaki uyuşmazlığın ibra sözleşmesi ile ortadan kaldırılmadığına karar vermiştir.

Yargıtay, ibra sözleşmesinde kararlaştırılan miktardan hareketle bir değerlendirmede bulunmaktadır. Taraflar arasında kararlaştırılan miktar, meslek hastalığı veya iş kazası sonucunda hükmedilecek olan tazminat istemlerinde, 818 Sayılı Kanun döneminde hesaplanan miktar ile ibra sözleşmesindeki kararlaştırılan miktarın yüksek oranda farklı olması durumunda, ibra sözleşmesini makbuz niteliğinde değerlendirmiştir. Bu değerlendirmenin yapılmasındaki çıkış noktası, kanaatimizce edimler arasında açık oransızlığı bulunmasıdır. Yargıtay'ın makbuz belirlemede, TBK m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanmanın yer aldığı kanaatindeyiz. Ancak böyle bir durumda, taraf iradelerine saygı duyularak ibra sözleşmesinin makbuz olarak nitelendirilmemesi, bunun yerine Yargıtay'ın ve yerel mahkemelerinin aşırı yararlanmaya yönelik araştırma yaparak yargılama yapması kanaatindeyiz.

İş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalı işçi ile işveren arasında, manevi tazminat taleplerine ilişkin ibra sözleşmesi imzalanabilir. Manevi tazminat talebinin ibra sözleşmesi ile sona ermesinden sonra sigortalı işçi, manevi tazminat talebinde bulunabilir. Yargıtay, yerleşik içtihatları ile kabul ettiği manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi çerçevesinde, ibra sözleşmesi ile manevi tazminat olarak ödemenin yapılması durumunda, manevi tazminatın yargılamaya konu olmayacağına karar vermiştir. Yargıtay'ın bu uygulaması kanaatimizce yerindedir. Zira iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle duyulan üzüntü ve acı, olayın yaşandığı tarihlerde etkisini gösterir. Dolayısıyla bu durumun zamana yayılarak manevi tazminatın bölünmesi, yeniden dava konusu yapılarak miktarının arttırılması mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- Akel, Ömer, *İş Kazası Sayılan Haller ve İş Kazasının Bildirilmesi*, Seçkin, Ankara, 2019.
- Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin, Ankara, 2001.
- Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2018, 12. Baskı.
- Alper, Yusuf/Kılıç, İlknur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Dora, Bursa, 2018, 4. Baskı.
- Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Legal, İstanbul, 2015.
- Antalya, Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal, İstanbul, 2017.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borçlar İlişkisi*, Yetkin, Ankara, 2018, 11. Baskı.
- Arap, Erdal, *Hizmet Tespiti Davaları*, Seçkin, Ankara, 2018.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2016, 2. Baskı.
- Aslan, Çiğdem Mine, *Gabinin Unsurları ve Hukuki Sonuçları*, Yetkin, Ankara, 2006.
- Ataay, Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, Der, İstanbul, 1995, 5. Baskı.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2018.
- Aydın, Ufuk, *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri*, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, On İki Levha, İstanbul, 2017, ss. 557-868.
- Balcı, Mesut, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 4, Y. 2006, ss. 151-182.
- Balcı, Mesut, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları Uygulaması*, Yetkin, Ankara, 2018, 3. Baskı.
- Balcı, Mesut/Soner, Birol/Aydoğan, Bahri/Yener, Ahmet, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Manevi Tazminat Talepleri*, Yetkin, Ankara, 2019.
- Balcı, Mesut/Soner, Birol/Aydoğan, Bahri/Yener, Ahmet, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı*, Yetkin, Ankara, 2020.
- Baysal, Başak, *Haksız Fiil Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Collins, Hugh/Ewing, K. D./McColgan, Aileen, *Labour Law*, Cambridge University Press, Birleşik Devletler, 2012.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul, 2017, 30. Baskı.

- Çil, Şahin, *İş Hukukunda İbraname*, Yetkin, Ankara, 2013, 3. Baskı.
- Davies, Anne, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2009, 2. Baskı.
- Deakin, Simon/Morris, Gillian, *Labour Law*, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2012, 6. Baskı.
- Demiral, Erşen Gökçe, *İş Kazaları*, Seçkin, Ankara, 2017.
- Doğan Yenisey, Kübra, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal, İstanbul, 2007, 1. Baskı.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.
- Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1975.
- Eren, Fikret, "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, Ed.: Ateş, Derya/Bulur, Alper, Beta, İstanbul, 2008.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2019, 24. Baskı.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara, 2019, 7. Baskı.
- Erzan, Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Yetkin, 2017, 7. Baskı.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2019, 9. Baskı.
- Fikentscher, Wolfgang, *Schuldrecht, de Gruyter*, Berlin 1991, 8. Baskı.
- Gökyayla, Emre, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Seçkin, Ankara, 2004.
- Gümüş, Mustafa Alper, *İbra Sözleşmesi*, Vedat, İstanbul, 2015.
- Güneren, Ali, *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, Adalet, Ankara 2018, 3.Baskı.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta, İstanbul, 2020, 18. Baskı.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat, İstanbul, 2015, 3. Baskı.
- Hızır Asrav, Fatma, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara, 2019.
- İşçi, Bülent Fahri, *Meslek Hastalığının Tanımı ve Tespiti*, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- İzmirlioğlu, Fatma Ayça, "6098 Sayılı Kanun'a Göre İbraname", *Journal of Yaşar University*, C. 8, S. Prof. Dr. Aydın Zevkliler' Armağan, Y. 2013, ss. 1457-1483.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Gabin*, Vedat, İstanbul, 2004.
- Kapancı, Kadir Berk, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2015.
- Karataş, Huriye, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin, Ankara, 2019.
- Karauz, Ağâh Kürşat, *Sulh Sözleşmesi*, Adalet, Ankara, 2014.

Keser, Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 32, Y. 2014, ss. 132-151.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan, Ankara 2016, 20. Baskı.

Kılıçoğlu, Mustafa, *Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri*, Bilge, Ankara, 2012, 4. Baskı.

Kılınç, Ayşe Nur, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Mahkemeye Etkisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 77, S. 2, Y. 2019, ss. 503-512.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I*, Filiz, İstanbul, 2017, 7. Baskı.

Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2019, 4. Baskı.

Korkusuz, Refik/Uğur, Suat, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin, Bursa, 2018, 6. Baskı.

Kuntalp, Erden, *Karışık Muhtevalı Akit*, Bankacılık ve Ticaret Enstitüsü, Ankara, 2013, 2. Baskı.

Kurt, Resul, *İş Sağlığı ve Güvenliği Rehberi*, Seçkin, Ankara, 2015, 3. Baskı.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2018, 2. Baskı.

Metin, Uğur Can, “Maddi Anlamında Sulh Sözleşmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Y. 2016, ss. 291-307.

Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku*, Lykeion, Ankara, 2019, 3. Baskı.

Narter, Sami, “İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşveren Cezai Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, Y. 2015, ss. 229-265.

Narter, Sami, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Adalet, Ankara, 2015, 2. Baskı.

Nomer, Haluk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2018, 16. Baskı.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, Vedat, İstanbul, 2018, 16. Baskı.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul 2018, 14. Baskı.

Okumuş, Selmani, *Aşırı Yararlanma (Gabin)*, Yetkin, Ankara 2015.

Özcan, Durmuş/Ocak, Uğur, *İbra Sözleşmesi (İbraname)*, Adalet, Ankara 2016, 3. Baskı.

Özkaraca,ERCÜMENT, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2009.

Özyürür, Şerafettin/Kocakaya, Özgür, “5510 Sayılı Kanun’un 21/1. Maddesi Uyarınca İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaçınılmazlık İlkesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 41, Y. 2019, ss. 36-61.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha, İstanbul 2019, 7. Baskı.

Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2013, 24. Baskı.

Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal, *İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Tespit ve Tazminat Davaları*, Seçkin, Ankara, 2018.

Senyen Kaplan, Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi, Ankara, 2018, 9. Baskı.

Smith, Ian/Baker, Aaron, *Smith/Wood's Employment Law*, Oxford University Press, Birleşik Krallık, 2013, 11. Baskı.

Soy, Ayşe, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Adalet, Ankara, 2017.

Sümer, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2016, 21. Baskı.

Süzek, Sarper, "Türk İş Hukukunda İşveren", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 17, Y. 2010/5, ss. 17-26.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta, İstanbul, 2018, 16. Baskı.

Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Vedat, İstanbul, 2008, 6. Baskı.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku*, Filiz, İstanbul, 1993, 7. Baskı.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha, İstanbul, 2016,

Topaloğlu, Sıddık/Çınkı, Faruk, *İş Kazası ve Meslek Hastalığı*, TİSK, Ankara, 2014.

Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta, İstanbul, 2019, 20. Baskı.

Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, Beta, İstanbul, 2018, 8. Baskı.

Turanboy, Nuri, *İbra Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 1998.

Uluslan, İlhan, "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 7, Y. 1971, ss. 125-147.

Uşan, Muhammed Fatih, *İş Hukuku*, Gazi, Ankara, 2009, 2. Baskı.

Uşan, Muhammed Fatih, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Seçkin, Ankara, 2009.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2014, 10. Baskı.

Yılmaz, Hülya, *İş Kazası Kavramı ve Sonuçları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, İstanbul, 2013.

Yücer Aktürk, İpek, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Yetkin, Ankara, 2016.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan, Ankara, 2019, 19. Baskı.

ADİ ORTAKLIĞIN TÜZEL KİŞİLİĞİNİN BULUNMAMASININ ARABULUCULUK BAKIMINDAN SONUÇLARI

*The Legal Consequences of Lack of Legal Entity of Ordinary Partnership in
terms of Mediation*

Arş. Gör. Ömer Ali GİRGIN*

Özet: Çalışmanın amacı, adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk faaliyetinin özelliklerini tespit etmektir. Diğer şirket türlerinin temeli olarak kabul edilen adi ortaklık, tüzel kişiliği haiz olmaması başta olmak üzere çeşitli yönleriyle ticaret şirketlerinden ayrılmaktadır. Bu sebeple adi ortaklık, özellikle ortakların iç ilişkileri, medeni hukuk ve usul hukuku yönünden ortaklığın ehliyetleri, ortaklığın dışa karşı temsili ve ortakların ortaklık borçlarından sorumlulukları bakımından özel bir konumdadır. Diğer yandan, alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarından biri olan arabuluculuk Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2013 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana uygulanmaktadır. Yakın tarihte yürürlüğe giren düzenlemelerle bazı iş ve ticari uyuşmazlıklar için arabuluculuğun dava şartı haline getirilmesiyle arabuluculuk müessesesinin önemi ve uygulaması artmıştır. Uygulamada adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk faaliyetiyle ilgili tereddütler olduğu gözlemlenmektedir. Bu çerçevede çalışmada adi ortaklığın arabuluculukta taraf olarak bulunmasının sonuçları mevzuat, öğretisi ve içtihatlar ışığında incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Adi ortaklık, adi ortaklıkta temsil, arabuluculuk, dava arkadaşlığı, müteselsil sorumluluk

Abstract: The aim of this study is to determine specialities of the mediation process which simple partnership is involved as a party. Simple partnership which is accepted to be foundation of other partnership types, differs from commercial partnerships in various aspects, not having legal entity in particular. For this reason, simple partnership holds a special position in terms of internal and external relations of partners, legal capacities of partnership in both civil and procedural law and liability of partners for obligations of the partnership. On the other hand, mediation which is one of the alternative dispute resolution methods, is being applied in Turkey since the Code of Mediation in Legal Disputes, No.6325 took effect in 2013. The importance and application of the mediation increased due to recent amendments that regulated mandatory mediation for labor and commercial disputes. It is observed that there are some ambiguities about the mediation process which includes simple partnerships. In this context, the consequences of simple partnership as a party to mediation have been examined in the light of legislation, doctrine and case law.

Key words: Simple partnership, representation in simple partnership, mediation, joinder of parties, joint liability

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
omer.aligirgin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7469-9174
Makale Geliş Tarihi: 28/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 10/06/2020

GİRİŞ

Türk hukukunda arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu sistematik olarak düzenleyen temel mevzuat olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) göre arabuluculuk sürecinin başlatılması ihtiyari arabuluculukta ve dava şartı arabuluculukta farklı biçimde düzenlenmiştir. İhtiyari arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında başlatılabilir (HUAK m. 13/1). Her iki zamanda gerçekleştirilecek arabuluculuk türü için, sürecin başlatılması arabuluculuğa hâkim ilkelerden iradilik ilkesi (HUAK m. 3/1) gereği, bütünüyle tarafların iradelerine bağlıdır. Bu kapsamda dava açılmadan önce arabuluculuk süreci, taraflardan birinin diğerine arabulucuya gitmeyi teklif etmesi ve diğer tarafın bunu kabul etmesiyle başlar. Teklif doğrudan taraflar arası iletişimle iletilebileceği gibi, süreci başlatmak isteyen tarafın önce arabulucuya başvurması sonrasında, arabulucu tarafından karşı tarafla iletişime geçilerek de iletilebilir. İçinde bulunduğu bir hukuk uyuşmazlığını ihtiyari arabuluculuk yoluyla gidermek isteyen adi ortaklık bakımından da bu hususlar geçerlidir. Ancak adi ortaklık tüzel kişiliği haiz olmadığı için başvuruyu kimin yapması gerektiği, ilgili adi ortaklığın taraf teşkil edebilmesi ve dolayısıyla arabuluculuk sürecinin sıhhatli yürüyebilmesi bakımından büyük önem arz eder. Şöyle ki; arabuluculuğa başvurmak niyetinde olan taraf gerçek veya tüzel kişi ise başvuruyu kimin yapması gerektiği yönünden herhangi bir şüpheye yer yoktur. Zira başvuru gerçek kişi ise, bizzat, varsa kanuni temsilcisi aracılığıyla veya özel yetkili vekili aracılığıyla başvurulabilir. Başvuru tüzel kişi ise, yetkili organı veya temsilcisi aracılığıyla başvurulabilir. Buna karşılık başvuru adi ortaklık ise, durum biraz daha yakından incelenmelidir.

I. ADİ ORTAKLIĞIN TÜZEL KİŞİLİĞİNİN BULUNMAMASININ ORTAKLIĞIN TARAF OLDUĞU HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ

Adi ortaklık gerçek kişi ya da tüzel kişi değildir¹. Türk hukukunda bu tür ortaklıklar, bağımsız bir hak öznesi de değildir². Adi ortaklığın

1 Özenli, S., *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı, Ankara, 1988, s. 6; Pulaşlı, H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet, Ankara, 2015, s. 32; Barlas, N., *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat, İstanbul, 2012, s. 82; Şener, O. H., *Adi Ortaklık*, Yetkin, Ankara, 2008, s. 155, 397; Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoglu, E., *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2014, s. 45; Doğanay, Y. Ü., *Adi Şirket Akdi*, Kutulmuş, İstanbul, 1963, s. 31; Bilgili, F./Demirkapı, E., *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013, s. 19, 28; Ansay, T., *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Başnur, Ankara, 1967, s. 34; Yalman, M./Taylan, E., *Adi Ortaklık*, Olgaç, Ankara, 1976, s. 20; Girgin, Ö. A., *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 2. Baskı, s. 35.

² Adi ortaklıklara aktif ve pasif dava ehliyeti ile fiil ehliyeti tanıyan Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. 29.01.2001 tarihli, II ZR 331/00 sayılı "ARGE Weiß es Ross"

taraf, dava ve takip ehliyeti yoktur³. Bu sebeple tüzel kişilerde olduğu gibi ortaklık adına karar alarak bunu uygulayabilecek bir organı da yoktur. Bilindiği gibi tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanır. Adi ortaklıkta organlar olmadığı için ortaklığın işlerinin yürütülmesinde farklı bir rejim benimsenmiştir. Buna göre, adi ortaklığın üçüncü kişilerle gireceği hukuki ilişkilerde ya ortakların tümünün birlikte hareket ederek işleme katılması ya da ortakların tümünün temsil edilmesi gerekir. Yöneticilerin temsil yetkisi kanun gereği vardır (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 637/III). Ayrıca iradi temsil kullanılarak, ortaklardan başka bir kişiye de temsil yetkisi verilebilir (TBK 638/III). Bu nedenle öncelikle kanun gereği kendiliğinden temsil yetkisine sahip olan yöneticilerin kimler olduğu tespit edilmelidir.

Adi ortaklıkta ortaklığı yönetme yetkisi, sözleşme veya ortaklık kararıyla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklara aittir (TBK m. 625/I). Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır (TBK m. 637/II). Dolayısıyla bir adi ortaklıkta her ortak aynı zamanda yönetici ve temsilci olabilir; ortaklardan biri veya birkaçı yönetici ve temsilci olabilir; tamamen ortaklık dışından bir kişi yönetici ve temsilci olabilir. Her durumda, yönetim yetkisi olağan işleri kapsar. Olağan dışı işlerin yapılması ve ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması için ise ortakların oybirliği gerekir (TBK m. 625/III). Aynı husus ortaklığın dışı karşı temsil edilmesi bakımından TBK m. 637/III'te "*Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.*" ifadesiyle tekrar edilmiştir. Hükümdeki "önemli tasarruf işlemleri" ibaresinin "olağan dışı iş" olarak anlaşılması gerekir⁴.

kararı, BGHZ, 146, 341 = NJW, 2001, 1056 – 1061. Kararın Türkçesi için bkz. Narbay, Ş./Deliduman, S. "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Birinci Cilt., Beta, İstanbul, 2002, s. 577 – 594. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgili, F., "Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, Birinci Cilt, Beta, 2002, İstanbul, s. 207 vd.; Uzun, P./Uğur, A. "Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 1, s. 91.

³ Şener, s. 20; Girgin, s. 36.

⁴ Ayar, A., *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 226.

II. ADİ ORTAKLIK ADINA ARABULUCUYA BAŞVURU

A. Arabulucuya Başvurunun Olağan İş – Olağan Dışı İş Ayırımı Bakımından Değerlendirilmesi

Adi ortaklık adına arabuluculuk yoluna nasıl başvurulması gerektiğini tespit için önemli olan olgu, olağan iş – olağan dışı iş ayrımıdır⁵. Zira arabulucuya başvuru olağan işlerden sayılırsa, ortak olsun veya olmasın, yönetici kendi kararıyla, ortaklara danışmadan arabulucuya başvurabilir. Fakat olağan dışı işlerden sayılırsa yönetici arabulucuya ancak ortaklık sözleşmesinde açık hüküm veya oybirliğiyle alınmış bir ortaklık kararı bulunması halinde başvurabilir. Aksi takdirde tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın arabulucuya başvurabilmesi için, ortakların tümünün birlikte hareket ederek işleme katılması gerekir. Konuyla ilgili ayrıntılara girmeden önce, hangi durumda arabulucuya başvuruda tereddüt bulunmadığını belirlemekte fayda vardır. Adi ortaklık ortaklarının tümünün birlikte hareket ederek arabulucuya başvurmaları durumunda, olağan iş de sayılsa olağan dışı iş de sayılsa adi ortaklık adına geçerli ve bağlayıcı bir başvuru yapılmış olur. Ortaklar işleme şahsen katılabileceği gibi temsilci vasıtasıyla da katılabilir. Bu yönden ortaklardan bazılarının veya tümünün usulüne uygun verilmiş ve kapsamında arabulucuya başvuruyu engelleyen bir sınırlama bulunmayan temsil yetkisine sahip temsilcilerinin işleme katılması, temsil olunan ortağın şahsen katılmasıyla aynı sonucu doğurur. Dikkat edilirse burada ortaklığın yönetimi değil, ayrı ayrı ortakların bireysel temsilinden söz edilmektedir. Dolayısıyla ortaklardan bazılarının şahsen katıldığı bir işleme kalan ortaklar temsilciyle katılabilir. Tüm ortakların temsilcileriyle katılması da mümkündür. Bu usulde kuşkuya yer yoktur. İncelenmesi gereken mesele, tüm ortakların ortaklığın işleri için yetkilendirdiği temsilcinin veya ortaklık yöneticisinin bu işlemi tek başına yapabiliyor yapamayacağıdır. Bu meselenin çözümü ise arabulucuya başvurunun, adi ortaklık kapsamında olağan iş mi yoksa olağan dışı iş mi olduğuna göre şekillenecektir.

Kanunda adi ortaklık yönetimi bakımından nelerin olağan, nelerin olağan dışı iş olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Konuyla ilişkili düzenlemeler, “...ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gereklidir.” (TBK m. 625/III) ve “...temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır.” (TBK m. 637/III) hükümleridir. Bahsi geçen ayrımı netleştirebilmek için ortaya atılan görüşlerden ilki, vekâlet sözleşmesini düzenleyen hükümlerden TBK m. 504/III’te sayılan işlerin adi ortaklık yönetimi bakımından olağan dışı iş sayılmasıdır⁶. “Vekâletin

⁵ Olağan – olağan dışı iş ayrımı için bkz. Ayar, s. 225 vd.; Aşkan, C., *Adi Şirketin Yönetimi*, Adil, Ankara, 2003, s. 55 vd.

⁶ Özenli, s. 90-92; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 52.

kapsamı” başlıklı hükme göre, “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.*” Görüşün dayanağı, ortaklarla yönetici arasındaki ilişkiye aksi kanunda veya sözleşmede belirtilmedikçe vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını düzenleyen TBK m. 630/I hükmüdür. Diğer bir görüş ise kollektif şirketin yönetimi kapsamındaki hususları düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 223’te ortaya koyulan olağan iş – olağan dışı iş kıstasının adi ortaklığa da tatbik edilmesinin daha isabetli olacağını savunmaktadır⁷. Zira mezkûr maddede, yönetim yetkisinin, şirketin amacını ve konusunu elde etmek için yapılması gereken olağan işlem ve işleri kapsadığı, yöneticilerin şirketin menfaatlerine uygun görmeleri ve olağan işlerle sınırlı olması kaydıyla sulh, kabul ve feragate de yetkili oldukları düzenlenmiştir. Olağan dışı işlerle ilgili ise TBK m. 504/III’teki gibi tahdidi bir sayma yoluna gidilmemiş; bazı olağan dışı iş örnekleri verilerek bunlar gibi işlemlerin yapılmasının ortakların oybirliğine bağlı olduğu ifade edilmiştir. Hükümde tadadi olarak sayılan olağan dışı işler, bağışta bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine garanti vermek, ticari mümessil tayin etmek ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnetmek ve ticari işletme rehni kurmaktır. Görüşe göre olağan iş – olağan dışı iş ayrımı bakımından TTK m. 223, adi ortaklık gibi yine bir şirket türü olan kollektif şirketle ilgili olması ve getirmiş olduğu ölçütün ticari hayatın gerçeklerine daha yakın olması gerekçeleriyle adi ortaklığın bünyesine TBK m. 504/III’ten daha uygun düşmektedir⁸. Örneğin kambiyo taahhüdünde bulunmak TBK m. 504/III’te özel yetki gerektiren hallerden sayılmışken, TTK m. 223’te bu işlemi doğrudan yasaklayıcı bir ibareye yer verilmemiştir. Kambiyo taahhüdünde bulunmak ticari yaşamda sık karşılaşılan bir işlem olması yönüyle adi ortaklık gibi ticari yaşamın içinde olan bir yapılanma için daha uygundur⁹. Bu gerekçelere, maddenin, TBK m. 504/III gibi sınırlı bir sayma yoluyla değil, örneksene yoluyla ulaşılan bir ölçüt getirmesi sayesinde, bir işlemin olağan dışı iş olup olmadığı tespit edilirken her somut olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirilerek sonuca gidilmesine imkân tanınması da eklenebilir. Son olarak başka bir görüşe göre ise duran varlıklara ilişkin işlemler olağan dışı; bunların dışındaki işlemler ise olağan sayılmalıdır. Bu kapsamda sulh, feragat, kabul, tahkim, bağışlama ve ortaklığa genel vekil atama olağan dışı iş kabul edilmelidir¹⁰. Görüşler mercek altına alındığında, TTK m. 223’teki esnek

⁷ Şener, a.g.e., s. 296; Ayar, s. 165; Karayalçın, Y., *Ticaret Hukuku Cilt 2: Şirketler Hukuku*, Ankara, 1973, s. 143; Yalman/Taylan, s. 107; Karahan, S./Akın, M., *Şirketler Hukuku*, Konya, 2012, s. 66.

⁸ Şener, s. 296.

⁹ Şener, s. 296.

¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 69.

ölçütün adi ortaklık bakımından daha verimli sonuçlar doğurabileceği kabul edilse bile, olan hukuk bakımından bu ölçütün uygulanması imkânı şüphelidir. Çünkü ortaklar arasındaki ilişkilere aksi kanunda belirtilmedikçe veya ortaklarca kararlaştırılmadıkça vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı hükmü açıktır. Aynı saptama, duran varlıklarla ilgili işlemleri olağan dışı sayan görüş bakımından da geçerlidir. Ancak ideal hukuk bakımından, TTK m. 223 hükmündeki esnek kıstasın kabul edilmesinin, adi ortaklık nezdinde pratik ihtiyaçlara daha etkili biçimde cevap verebileceğine hak vermek gerekir.

Uygulama ise konuyu, anılan görüşlerden ilki doğrultusunda, yani vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirmektedir¹¹. Gerçekten, müstakar Yargıtay uygulamasında sorun çoğunlukla adi ortaklık adına dava açılması yönüyle incelenmiş ve dava açmanın olağan dışı işlerden olduğu tespiti, TBK m. 504/III (BK m. 388/III) hükmüyle gerekçelendirilmiştir. Buradan, Yargıtay'ın adi ortaklıkta olağan iş – olağan dışı iş ayrımı için TBK m. 504/III'ü kıstas aldığı anlaşılmaktadır.

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹². Çözümünde arabuluculuğa müracaat edilebilecek, yani arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar kanunda “ *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” olarak tarif edilmiştir (HUAK m. 1/2). “Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri” ibaresi aynı zamanda sulh sözleşmesi için de kullanıldığından (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 313/2), arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespitinde sulh sözleşmesi de ölçüt olarak alınmakta ve kısaca “sulhe elverişli uyuşmazlıklar” ifadesi kullanılmaktadır¹³. Sulh ile arabuluculuk arasındaki tek benzerlik bunlara

¹¹ “...diğer bir deyimle idare hakkının olağan işleri kapsadığı, dava açmanın olağan işlerden olup olmadığı hususuna gelince, 818 Sayılı BK'nın 530. maddesi hükmü gereğince idareci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilerin, vekalet hükümlerine tabi olduğu, oysa BK'nın 388/3. maddesine göre özel yetki olmadıkça vekilin dava açamayacağı, 818 Sayılı BK'nın 388/3. maddesinde yazılı işler için ortaklık kararı gerektiği,” Yarg. 23.HD., 2014/5516 E., 2014/7774 K., 02.12.2014 T.; “Yönetici ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerden olup, bu konuda kendisine sözleşmeyle ya da ortaklar kurulu kararıyla özel yetki verilmiş olması gerekir.” Yarg. 15. HD., 2015/4018 E., 2016/2756 K., 16.5.2016 T.; “Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ve elbirliği mülkiyeti kurallarına tabi olduğundan davanın tüm ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir (4721 Sayılı MK.md.702, 818 Sayılı BK.md.388, 530, 534). Ortaklar davada mecburi dava arkadaşı durumundadır. Yönetici ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi olağanüstü işlerden olup,” Yarg. 15. HD., 2013/3751 E., 2014/2653 K., 16.4.2014 T.

¹² Tanrıver, S., “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S. 64, 2006, s. 152; Baştürk, Ş./Yıldız Bağdoğan, S./Kılıç, İ., “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği Üzerine Bir Analiz”, Sosyal Güvenlik Dergisi, S. 1, 2018, s. 34; Büyükay, F., *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara, Adalet, 2018, s. 29; Azaklı Arslan, B., *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, Ankara, 2018, s. 25.

¹³ Yeşilirmak, A., “Arabulucu Kimdir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s. 31.

konu olabilecek uyuşmazlıklardan ibaret değildir¹⁴. Diğer bir benzerlik, her ikisinin de karşılıklı tavizlere dayanan, iradi ve barışçıl bir mantalitenin ürünü olmasıdır¹⁵. Arabuluculuk bir yargılama değildir; arabulucu da hakem ya da hâkim değildir. Arabuluculuk sürecinde taraflar iddia ve savunma yapmazlar, iddialarını ispata girişmezler¹⁶. Arabuluculuk sürecinde kimin gerçekten haklı veya haksız olduğu değil, tarafların serbestçe menfaatlerinin temin edilebileceği ortak bir çözüme ulaşmaya çalışmaları söz konusudur¹⁷. Arabuluculuğun bu özelliği, menfaat odaklı ve sınırsız sayıda çözüm alternatifi sağlamasının yanında, onu aynı zamanda basiretsiz veya zor durumdaki tarafların süreçte farkında olarak veya olmayarak, menfaatlerine aykırı anlaşmalara onay vermesi tehlikesine karşı açık hale getirmektedir¹⁸. Öte yandan arabulucu görüşmeleri neticesinde eğer taraflarca anlaşmaya varılırsa, ihtiyari veya dava şartı olması fark etmeksizin, aynı konuda artık dava açılmamaktadır (HUAK m. 18/5).

Adi ortaklıktaki olağan iş – olağan dışı iş ayırımına ilişkin ölçüt alınması ileri sürülen kanun hükümlerinde, arabulucuya başvuru açısından bir belirleme bulunmamaktadır. Ne Yargıtay destekli ilk görüş çerçevesinde TBK m. 504'te ne de TTK m. 223'te böyle bir düzenleme mevcuttur. Gerçi TBK m. 504'te dava açmak ve sulh olmak özel yetki gerektiren işlerden sayılmış; TTK m. 223'te ise şirket menfaatine uygun görülen işlerde ve olağan işlem ve işlerle sınırlı olmak şartıyla, sulh, feragat kabul ile tahkim olağan işlerden sayılmıştır. Burada arabuluculuk mantalitesine yakınlığını nedeniyle sulh üzerinden bir değerlendirme yapıldığında da net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Nitekim görüldüğü gibi sulh, vekalet sözleşmesi düzenlemesine göre olağan dışı; kollektif şirket düzenlemesine göre ise olağan işlerdir. O halde soruna adi ortaklığın özellikleri ve arabuluculuk yöntemine hâkim olan ilkeler ışığında çözüm aramak gerekir.

Kanaatimizce arabuluculuğun niteliği ve sonuçları göz önüne alındığında, adi ortaklık adına arabulucuya başvurmanın olağan dışı iş olarak kabul edilmesi gerekir. Zira ortaklık yöneticisi veya temsilcisinin tek başına arabuluculuğa başvurabileceğinin kabulü, adi ortaklıkta olağan işlerin, günlük, sık yapılan, verilen kararların ortaklığın kaderini derinden etkilemeyecek ve faaliyet alanına giren işler olduğu gerçeği¹⁹ karşısında mümkün değildir. Nitekim arabuluculuk yoluna başvuru,

¹⁴ Bora, Ö., Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 25.

¹⁵ Bora, s. 26.

¹⁶ Yazıcı Tıktık, Ç., "Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri", *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s. 52.

¹⁷ Goodman, A., *Effective Mediation Advocacy*, Birleşik Krallık, Mediation Publishing, 2016, s. 28.

¹⁸ Goodman, s. 10 vd.

¹⁹ Ayar, s. 161 – 162.

tasvir edilen biçimde, ortaklığın yürütülmesi için gerekli günlük işlerden değildir. Ayrıca yerleşmiş uygulamaya göre adi ortaklık adına dava açmak olağan dışı iş kabul edildiği için ortakların oybirliği olmadan dava açılmazken, duruma göre davadan daha ağır sonuçlara yol açma ihtimali olan arabuluculuk sürecine başvuru kararını yöneticinin ortaklara danışmadan alabileceği ve uygulayabileceğini kabul etmek, çelişki teşkil eder. Özellikle anlaşmayla sonuçlanan arabuluculuk sürecinden sonra aynı konuda dava açılmaması, önemli sonuçlardan biridir. Belirli şartlar altında dava yolunu dahi kapatabilen etkiye sahip bir sürecin, olağan işlerden olduğundan bahisle yönetici tarafından başlatılabileceği ve sürdürülebileceği iddiası sakıncalı sonuçlara yol açabilir.

Görüşün temellendirilmesi için gösterilebilecek diğer bir dayanak ise arabuluculuktaki iradilik ilkesinin yansıması olan çözüm serbestisi sayesinde, ortaklık yöneticisinin veya temsilcisinin süreçteki kötü niyetli veya en azından basiretsiz kararlarına karşı ortaklığın savunmasız kalacağıdır. Gerçekten, adi ortaklık küçük çaplı, gündelik ve basit ortaklıklardan, dev şirketlerin çok yüksek hacimdeki işleri gerçekleştirmek için bir araya gelmesiyle kurdukları ortaklıklara kadar geniş bir yelpazede uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca arabuluculuğa da hem parasal talepler içeren uyuşmazlıklar için hem de parayla ölçülemeyen talepler içeren uyuşmazlıklar için başvurulabilir. Parasal talepler içeren uyuşmazlıklar bakımından bir sınır da yoktur. Herhangi bir meblağdaki uyuşmazlıklar için arabuluculuk süreci yürütmek mümkündür. Bu sebeple arabulucuya başvuru durumunda kaybedilebilecek menfaatlerin oranı, uyuşmazlığın türüne ve adi ortaklığın büyüklüğüne göre değişebilir. Dolayısıyla, uyuşmazlığın türüne göre değişen ortaklık menfaatleri, arabuluculuk sürecine başvuran ve süreci yürüten ortaklık yöneticisi veya temsilcisinin tek başına alacağı kararlara bağlıdır. Bu durum, kanunun, güven ilişkisine dayalı bir müessese olan adi ortaklık çerçevesinde “olağan iş” ile kastettiği anlamla uyuşmamaktadır. İlâveten, adi ortaklıkta ortaklar, ortaklık borçlarından birinci dereceden, kişisel, sınırsız ve en önemlisi müteselsilen sorumludur (TBK m. 638/III). Arabuluculuk sürecinin başlatılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması kararları, ortaklığın gidişatını ve finansal dengelerini etkileyebilecek potansiyelde kararlar olabilmektedir. Ortakları kişisel malvarlıklarıyla, sınırsız olarak ve müteselsilen borç altında sokabilecek anlaşmaların yapılabileceği arabuluculuk süreci kararının, her gün sıkça karşılaşılan, gündelik ve olağan bir iş olmadığı da açıktır.

Son olarak, adi ortaklıkta hangi işlerin olağan ve olağan dışı iş olduğuna ilişkin Yargıtay’ın da TBK m. 630/I atfı sebebiyle kabul ettiği ölçüt olan TBK m. 504/III’te, arabuluculuğa fikrî açıdan en yakın müessese olan sulhün olağan dışı işlerden sayılmış olması, arabuluculuğa başvurunun da olağan dışı iş kabul edilmesini desteklemektedir.

B. Arabulucuya Başvurunun Olağan Dışı İş Olmasının Sonuçları

Arabulucuya başvurunun olağan dışı iş olduğu kabulüne göre, başvuru; ya ortakların tümü tarafından ya da ortakların oybirliğinin olduğu ortaklık kararıyla verilen başvuru yetkisine ve yetkinin açıkça belirtilmiş olduğu yazılı yetki belgesine sahip yönetici tarafından yapılmalıdır²⁰. Bu hususta istisna teşkil eden TBK m. 625/III hükmü de hatırdan çıkarılmamalıdır. Zira maddede, yönetici ortağın, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde olağan dışı işleri de tek başına yapabileceği düzenlenmiştir.

Ortaklar yöneticiyi veya temsilciyi olağan dışı bir iş olan arabulucuya başvuru için özel yetkiyle yetkilendirmek istiyor; ancak bu yetkinin her türlü arabuluculuk süreci için geçerli olmasının tehlikelerinden çekiniyorlarsa temsil yetkisini sınırlandırma yolunu tercih edebilirler. Örneğin binlerce işçinin çalıştığı büyük ölçekli bir adi ortaklıkta sık sık iş hukuku uyuşmazlıkları yaşanıyor ve arabuluculuk gündeme geliyor olabilir. Benzer şekilde ticari hayatta sıkça rastlanan küçük meblağda alacak talepli uyuşmazlıklar için arabulucuya gidiliyor olabilir. İşte böyle sıkça taraf olunan, görece küçük ve önemsiz uyuşmazlıklar göz önünde bulundurularak verilecek özel yetki, aynı zamanda ortaklığın boyutuna göre önemli kabul edilebilecek, örneğin büyük meblağdaki parasal uyuşmazlıklar bakımından da geçerli olacağından, ortakları tereddüde sevk edebilir. Bu tarz durumlar için temsil yetkisinin sınırlandırılması çözüm olarak önerilebilir. Temsil yetkisi, zaman, konu, yer, miktar, kişi ve işlem türü gibi yönlerden sınırlandırılabilir²¹. Arabuluculuğa başvuru için düşünülecek olunursa, “50.000 TL’ye kadar olan uyuşmazlıklar için arabulucuya gidilebilir” veya “yalnızca iş uyuşmazlıkları için arabulucuya gidilebilir” biçiminde yapılacak bir sınırlama, temsilcinin yetkisinin sınırlarını belirleyerek, ortakları arzu etmedikleri anlaşmalarla bağlı olmaktan kurtarır.

Öte yandan, meseleye arabulucu gözünden yaklaşılacak olunursa, önüne adi ortaklık tarafından yapılmış bir başvuru gelen arabulucunun, öncelikle başvuran kişinin adi ortaklık ortaklarının tümü tarafından arabulucuya başvurma hususunda usulüne uygun verilmiş özel yetkiye sahip olup olmadığını denetlemesi gerekir. Bu husus, sürece katılma ve anlaşmaya varma yetkisine ve ehliyetine sahip olmayan kişilerce

²⁰ Bu durum, “mecburi arabuluculuk arkadaşlığı” olarak nitelendirilebilir. Mecburi ve ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Demir, Ş., “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2013, s. 291 vd.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, N./ Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme)*, İstanbul, 2014, s. 655; Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat, İstanbul, 2014, s. 232; Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Fakülteler, İstanbul, 1976, s. 412 vd.; Girgin, s. 90; Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993, s. 177; von Tuhr, A., *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev.: Cevat Edege, Olgaç, Ankara, 1983, s. 325; Belgesay, M. R., *Hukuki Muamelelerde Temsil*, Rıza Koşkun, İstanbul, 1941, s. 57 vd.

arabuluculuk yürütülemeyeceğinden, arabulucunun görevlerindedir²². Ayrıca tarafların doğru teşekkül etmesi, arabuluculuk sürecinin sıhhati açısından da önemlidir. Örneğin karşı tarafın adi ortaklıkla işlem yaptığı zannıyla hareket ederken, gerçekte yalnız görüşmeye katılan kişiyle işlem yapmış olması, bu tarafın mağduriyetine yol açabilir²³. Adi ortaklığın imkânlarına ve iktisadi gücüne güvenerek bir anlaşmayı kabul eden karşı taraf, anlaşmayı adi ortaklıkla değil, ortaklığı arabuluculukta temsile yetkisiz kişinin kendisiyle yapmış olur (TBK m. 637/1). Öyleyse arabulucu, adi ortaklık adına yapılan bir başvuruda, adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından, her şeyden önce başvurucağının ortakların tümünü arabuluculukta temsil etmeye yetkili olduğunu teyit etmelidir. Arabuluculuk sürecine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilir (HUAK m. 15/6). Bu kapsamda, başvurucağı eğer adi ortaklık yöneticisiyse, ortakların oybirliğiyle verilmiş ve özel yetkinin açıkça belirtilmiş olduğu yetki belgesi ibrazı; başvurucağı avukat ise ortakların tümü tarafından verilmiş ve arabulucuya başvuru hususunda özel yetki içeren vekaletname (HMK m. 74) ibrazı gerekir. Vekâletnamesinde özel yetki bulunmayan avukat, diğer tarafın da rızası ile ilgili tarafın danışmanı olarak sürece katılabilir²⁴. Son olarak arabulucuya başvuru hususunda özel yetki sahibi yönetici de başvuruyu avukat aracılığıyla yapabilir. Bu durumda önce avukatı vekil eden yöneticinin özel yetki sahibi olup olmadığı, ardından başvuruyu yapan avukatın vekaletnamesi denetlenmelidir. Adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından, tıpkı diğer yargısal süreçlerde olduğu gibi bu başvuru da “adi ortaklık adına” değil; “ortakların adına” yapılır²⁵. “Adi ortaklık adına” ibaresinin hukuken hiçbir anlamı bulunmamaktadır. Yapılacak işlemlerde her bir ortağın adının açıkça ve ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Öneme binaen tekrar vurgulamak gerekir ki, her durumda, ortakların hepsinin adının ayrı ayrı belirtilmesi, mutlak bir zorunluluktur. Arabulucu, katılımcıların gerekli yetkiye ve ehliyete sahip olmadığını tespit etmesi hâlinde, eksiklik giderilinceye kadar sürece ara verebilir.

²² Demir, Ş., “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara 2019, s. 118.

²³ Bu durumda ortakların yetkisiz temsili söz konusu olur. Adi ortaklıkta yetkisiz temsil ve sonuçları ile ilgili bilgi için bkz. Girgin, s. 103 vd.

²⁴ Demir, 2019, s. 118.

²⁵ Adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculukta ortakların arasında mecburi arabuluculuk arkadaşlığı olduğuna dair: “Arabuluculuğun taraflarının bir hak ve borca elbirliği ile ortak olmaları nedeniyle birlikte hareket etmek zorunda oldukları durumlarda, mecburi arabuluculuk arkadaşlığı söz konusudur. Örneğin bir taşınır elbirliği ile malik olan kişiler, bu mal nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı arabuluculuk sürecinde, mecburi arabuluculuk arkadaşısıdır. Aynı şekilde adi ortaklık ile yaşanan bir uyuşmazlıkta ortakların tamamı, miras şirketiyle ilgili uyuşmazlıklarda bütün mirasçılar mecburi arabuluculuk arkadaşısıdır.” Bkz. Demir, 2013, s. 299.

Eksiklik giderilemiyor ve katılanlar yetkili veya ehliyetli değilse süreç sona erdirilir²⁶.

III. ADİ ORTAKLIĞA KARŞI ARABULUCUYA BAŞVURULMASI

Adi ortaklığın arabuluculuk sürecine müracaat etmesi bakımından hâl böyleyken, adi ortaklığa karşı başlatılacak arabuluculuk süreçlerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir adi ortaklıkla yaşadığı uyumsuzluğu arabulucu önüne götürecek tarafın, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için, kural olarak başvurunun karşı tarafında tüm ortakların adını saymak suretiyle göstermesi gerekir. Ancak bu noktada ikili bir ayrım yapmak gerekir. Adi ortaklıkta ortaklar arasında müteselsil borçluluk esas olduğu için²⁷, eğer ortaklık alacaklısının arabulucu önüne taşıyacağı alacağı bölünebilir bir edim içermekte ise bunu ortakların tümünü taraf göstererek istemek zorunda değildir. Zira müteselsil borçluların alacaklısı, edimi borçlulardan istediği birinden, birkaçından veya tümünden talep edebilir (TBK m. 163). Böyle bir durumda dava bakımından ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı²⁸; takip bakımından da ihtiyari takip arkadaşlığı vardır²⁹. Bu sebeple adi ortaklıktan alacaklı olsa dahi, bölünebilir edim talebini ortakların yalnız birinden istediği bir arabuluculuk süreci başlatabilir. Buna karşılık başvuru talebi bölünemeyen ve ortakların ancak birlikte hareket ederek ifa edebilecekleri bir edimse ana kural geçerlidir; arabuluculuk talebi ortakların tümüne yöneltilmelidir. Böyle bir durumda ise ortaklar arasında dava bakımından mecburi dava arkadaşlığı³⁰; takip bakımından da mecburi takip arkadaşlığı vardır³¹.

Söz konusu durum arabulucu açısından değerlendirildiğinde yapılacak ilk iş, arabuluculuk talebinin yöneltildiği tarafın adi ortaklık

²⁶ Demir, 2019, s. 118.

²⁷ “Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” TBK m. 638/III.

²⁸ Arabuluculuk bakımından da ortaklar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı vardır. Bkz. Demir, 2013, s. 297.

²⁹ Şener, s. 20; Girgin, s. 36. “Konusu para alacağı olan eldeki davada, ortaklığın tarafları olan tüzel kişiliği haiz şirketler arasında, müteselsil sorumluluk ilişkisi vardır. Bu halde, her iki şirkete karşı dava açılması ya da şirketlerden sadece birine karşı dava açılması mümkündür. Müteselsil sorumlular arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmayıp, ihtiyari dava arkadaşlığı vardır.” Yarg. 22. HD., 2017/15224 E., 2017/29121 K., 19.12.2017 T.; “Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına, dava konusunun para olması halinde ise ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esas geçerli olduğundan ortaklardan biri ya da birkaçı aleyhine yöneltilmelidir...” Yarg. 7. HD., 2013/22630 E., 2014/5569 K., 10.3.2014 T.

³⁰ Demir, 2013., s. 299.

³¹ Şener, s. 20; Girgin, s. 37; Ayrıca bkz. Yarg. 7. HD., 2013/13988 E., 2013/11045 K., 12.6.2013 T.; Yarg. 7. HD., 2013/22630 E., 2014/5569 K., 10.3.2014 T. ve bir önceki dipnotta anılan kararlar.

olduğu anlaşılmakta ise uyuşmazlığın içerdiği edimin bölünebilir olup olmadığına göre karşı tarafın doğru teşekkül ettirilmesidir. Bu kapsamda bölünebilir edim için ortaklardan yalnızca birine veya birkaçına karşı başlatılmış olunan arabuluculuk süreci yürütülebilir nitelikteyken, bölünemeyen edimler içeren bir uyuşmazlık için ortakların tümünün taraf gösterilmesi gerekecektir. Arabulucunun, taraflarla iletişime geçmesi ve davet mektubu göndermesi gibi işlemleri usulüne uygun gerçekleştirdiğinden bahsedilebilmesi için de ortakların tümünü gözeterek hareket etmiş olması, yani ortakların hepsine ayrı ayrı ulaşılmış olması elzendir (HUAK m.15/1, 18/A/2). Aksi takdirde tarafların doğru biçimde teşkili sağlanamaz. Ancak bu husus her zaman mutlak olarak uygulanmamaktadır. Yargıtay, meseleyi dava açılması bakımından değerlendirirken, ortakların tümüne yöneltilmesi gereken davanın ortaklardan birine veya birkaçına karşı yöneltilmiş olmasına veya herhangi bir davanın ortaklara yöneltilmesi yerine davalı olarak “adi ortaklık” gösterilmiş olmasına rağmen, eğer ortakların tümü davaya cevap vermişse usul ekonomisi ilkesi gereği usulden ret yerine, sonradan da olsa taraf teşkilinin doğru biçimde sağlanmış olması gerekçesiyle davaya devam edilmesini içtihat etmektedir³². Bu içtihadın arabuluculuk sürecine uyarlanması da mümkündür. Gerçekten, başvuru karşı taraf olarak “adi ortaklık” ibaresini kullanarak ortakların adını belirtmemiş olsa bile arabulucu taraf teşkilinin sağlanması adına ortakların tümüne ulaşır ve ortaklar da arabuluculuk sürecini kabul ederse, artık başvurunun reddedilmemesi, sürece devam edilmesi doğru olur.

IV. ARABULUCULUK SÜRECİNİN BAŞLAMASINDAN SONRAKİ DURUM

A. Görüşmelere Katılma ve Tutanaklar ile Belgelerin İmzalanması

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin ve bununla bağlantılı olarak taraf ehliyetinin bulunmaması, sadece arabulucuya başvuru aşamasında değil, aynı zamanda arabuluculuk görüşmelerine katılma (HUAK m. 15/6) ve süreç sonunda tutulacak son tutanağa (HUAK m. 17/2) ve eğer süreç anlaşma ile sonuçlanırsa tanzim edilecek anlaşma belgesine (HUAK m. 18/1) imza atma ile ilgili de özel sonuçlar doğurur. Bu işlemlerin hepsinde adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmadığı, dışa karşı “kişi” veya “birlik” olarak görünemeyeceği ve işlemlere taraf olamayacağı hususları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda eğer ortakların tümü birlikte hareket etmiyorsa, görüşmelere katılmaya ve tutanakları imzalamaya ancak TBK m. 637/III’teki usule göre yetkilendirilmiş, ortakların hepsinin adının ayrı ayrı belirtilmesi kaydıyla düzenlenmiş yetki belgesi sahibi yönetici ortak veya yine ortakların tümünden veya

³² Şener, s. 168; Barlas s. 92; Girgin, s. 37.

arabuluculuk sürecine katılmaya yetkili yönetici tarafından vekil edilmiş, vekaletnamesinde özel yetki bulunan avukat yetkilidir³³.

Arabuluculukta iradilik ilkesi esas olduğundan³⁴, tarafların anlaşması zorunlu değildir. Taraflar anlaşıp anlaşmamakta tamamen serbesttir³⁵. Ancak eğer anlaşılırsa, anlaşma şartlarını ve ayrıntılarını yazılı bir belgeyle kayıt altına almak isteyebilirler. İşte bu şekilde arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmanın yazıldığı belgeye “anlaşma belgesi” denilmektedir³⁶. Bu belgenin gereklerinin devlet zoruyla yerine getirilmesinin sağlanabilmesi adına kanun, yalnızca icra edilebilir edimler içeren anlaşma belgeleri için “icra edilebilirlik şerhi”³⁷ alınması imkânı tanımıştır (HUAK m. 18/2). Buna göre, icra edilebilirlik şerhi alınan veya arabulucu, taraflar ve tarafların yanında aynı zamanda tarafların avukatlarının da imzaladığı anlaşma belgeleri İcra İflas Kanunu m. 38 kapsamında ilam niteliğinde belge sayılır³⁸ (HUAK m. 28/2). Bu şartları sağlamayan anlaşma belgeleri ise borçlar hukuku anlamında, doğrudan icra kabiliyeti olmayan sözleşme niteliğindedir. Anlaşma belgesinin niteliği konusunda Arabuluculuk Daire Başkanlığı’nın yayını olan Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı’nda şu satırlara yer verilmiştir: *“Tıpkı diğerleri gibi arabuluculuk sonucunda yapılan sözleşme de, bir sözleşmede bulunması gereken temellerden birinin eksik olması hâlinde uygulanabilirliğini yitirir. Borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgari koşullar, arabuluculuk sonucu imzalanan sözleşmede sağlanmış olmalıdır. Diğer sözleşmelere karşı ileri sürülebilen hata, hile, tehdit gibi iddialar bu sözleşme için de geçerlidir, yani sözleşmeler hukuku uygulanır. Taraflardan birisi yapılan anlaşmanın kanuna aykırı olduğunu düşünürse, anlaşmanın geçersiz olduğu iddiası ile mahkemeye başvurabilir.”*³⁹ Mahiyeti kısaca açıklanan anlaşma belgesine imzaya yetkili kimseler konusunda kanunda *“...anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.”* hükmü yer almaktadır (HUAK m. 18/1). Görüldüğü gibi kanunda herhangi özel bir usule yer verilmemiştir. Belge, taraflarca imzalanır. Anlaşma belgesi maddi hukuk sözleşmeleriyle aynı rejime tabi olduğuna göre, adi ortaklığın taraf olduğu bir arabuluculuk sürecinin sonunda

³³ Demir, 2013, s. 301.

³⁴ Atış, İ., “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, Sakarya İktisat Dergisi, C. 8, S. 1, 2019, s. 77.

³⁵ Atış, a.g.m., s. 77; Azaklı Arslan, s. 130.

³⁶ Kıyak, E., “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, TAAD, Y. 6, S. 21, 2015, s. 526; Bora, s. 55.

³⁷ “İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.” HUAK m. 18/3)

³⁸ Azaklı Arslan, s. 131; Bora, s. 55.

³⁹ Yeşilirmak, A., “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur), Ankara 2019, s. 182.

tanzim edilen anlaşma belgesine imza atabileceklerin de buna göre belirlenmesi gerekir. Kanunda kullanılan “tarafklar” ibaresinin gereğinin sağlanabilmesi için, adi ortaklığın tüzel kişiliği ve fiil ehliyeti bulunmadığı da dikkate alınarak, anlaşma belgesine ya ortakların tümü tarafından ya da ortakların hiçbirini dışarıda kalmayacak şekilde temsil olunmaları suretiyle temsilcileri tarafından imza atılmalıdır⁴⁰. Bu noktada, bölünebilir edimler için ortakların birinin veya birkaçının taraf olduğu arabuluculuk süreci yürütülmesinin mümkün olduğu hususu bir istisna teşkil eder. Ortaklar arasında müteselsil sorumluluk esas olduğundan, böyle bir durumda alacağın kimden talep edildiğinin bir önemi yoktur. Alacaklı bir kere tatmin edildikten sonra, müteselsil borçluluk esaslarına göre, ortaklar kendi içlerinde rücu ilişkisiyle hesaplaşacaktır⁴¹. Böyle uyumsuzluklar için anlaşma belgesine de yalnızca bir veya birkaç ortağın imza atması yeterlidir.

B. Gizli Ortaklıklar

Gizli ortaklıklar, dışı karşı bir ortaklık görüntüsü vermek istemeyen ortakların aktif ve pasif ortak olarak ayrıldığı; ortaklığın gizli olduğu adi ortaklıklardır⁴². Böyle ortaklıklarda aktif ortak dışarı görünür ve işlem yaparak hak ve borçlardan sorumlu olur, gizli ortağın sorumluluğu bulunmaz. Alman hukukunda gizli ortaklık HGB § 230 – 236 arasında düzenlenmiştir. Türk pozitif hukukunda gizli ortaklık ile ilgili hüküm yoktur. Alman hukukunda gizli ortaklıktan söz edebilmek için adi ortaklığın beş unsurunun⁴³ yanı sıra gizli ortağın ticari işletmeye katılıyor olması gerekir. Türk hukukunda bu şart aranmaz⁴⁴. Gizli ortaklıklarda, görünür olan aktif ortak işlemlere taraf olduğu için arabuluculukta da onun tek başına taraf olması doğaldır. Dolayısıyla adi ortaklığın arabuluculukta pozisyonuyla ilgili yapılan açıklamalar bu tür ortaklıklar için geçerli değildir.

⁴⁰ Demir, 2013, s. 301.

⁴¹ Şahin Caner, A., *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 254; Girgin, s. 141; Oğuzman, K./Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Filiz, İstanbul, 2013, s. 474; Akıntürk, T., *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971, s. 207; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 314; Canyürek, M., *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2003, s. 108.

⁴² Cankat, R., “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 675; Bilgili, F., *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 95.

⁴³ Adi ortaklığın beş unsuru kişi, katılım payı, sözleşme, amaç ve amaç uğrunda birlikte çabadır. Bkz. Barlas, s. 24 vd.

⁴⁴ Cankat, s. 674.

C. Arabuluculuk Ücreti ve Makbuz

Arabulucunun adi ortaklık söz konusu olduğunda gözetmesi gereken hususlardan diğer bir tanesi de arabuluculuk ücretinin tahsili ve bu ücrete ilişkin kesilecek serbest meslek makbuzuyla ilgilidir. Öncelikle, arabuluculuk sonunda arabulucunun hak kazandığı ücret, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit biçimde ödenir. Tarafların anlaşmasına göre arabulucunun ücretinin ödenmesine taraflar farklı oranda katılabilecekleri gibi, ücreti taraflardan yalnız birinin ödemesi de kararlaştırılabilir. Böylece kararlaştırılan arabuluculuk ücretini ödeme borcundan da adi ortaklık ortakları yine müteselsilen sorumlu olurlar. Böylece arabulucu, ücret borcunun tamamının ya da bir kısmının ifasını, ortakların birinden, birkaçından veya tümünden talep edebilir. Öte yandan, arabulucunun tahsil etmiş olduğu ücrete ilişkin keseceği serbest meslek makbuzunu, adi ortaklık ortaklarının tek bir taraf teşkil ettiğini gözeterek düzenlemesi gerekir⁴⁵.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmamasına rağmen vergi hukuku uygulaması bakımından kolaylık sağlaması için ortaklık adına vergi kimlik numarası verilir. “Ortaklık numarası” verilen adi ortaklık için, ortakların basit usulde ticari kazançta sahip olması durumu haricinde, gelir stopaj, katma değer vergisi ve diğer vergi türleri için mükellefiyet kurulur. Bunun yanında ortaklardan her birinin kendi adlarına bağımsız vergi kimlik numarası verilir ve ortaklar için gelir vergisi ve gelir geçici vergi yönünden mükellefiyet tesis edilir⁴⁶. Görüldüğü gibi vergilendirmede kolaylık sağlanması için adi ortaklığa tüzel kişiliği olmamasına rağmen vergi kimlik numarası tahsis edilmektedir. Bu sebeple, arabulucunun düzenleyeceği serbest meslek makbuzunda ücreti ödeyen adi ortaklığın vergi numarasını belirtmesi yeterli olup; hizmeti alanın bilgilerinin bulunduğu kısma ortakların adının ayrı ayrı yazılmasına lüzum bulunmadığı söylenebilir.

⁴⁵ Koçyiğit, İ./Bulur, A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, 2019, s. 61.

⁴⁶ Kumkale, R. “Adi Ortaklığın Vergilendirilmesi ve Belge Düzeni”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 134, 2017, s. 102; Çetin, R. “Adi Şirketlerin Genel Özellikleri ve Bu Şirketlerin Vergilendirilmesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 26, 2016, s. 179.

SONUÇ

Adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasının çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Bu durum zaman zaman uygulamada kafa karışıklıklarına yol açabilmektedir. Arabuluculuk süreci bakımından da sürecin nasıl hukuka uygun biçimde ve tarafların menfaatlerini koruyarak yürütülebileceğine ilişkin problemler tebarüz edebilmektedir. Tüzel kişiliği bulunmamasından dolayı böyle özel bir statüde olan adi ortaklığın, Türk hukukuna 2013 yılında girmiş olmasına rağmen, 2018 ve 2019 yıllarındaki değişikliklerle uygulaması bir anda artan arabuluculuk yöntemi özelinde değerlendirildiği bu çalışmada ulaşılan başlıca sonuçlar şunlardır:

Adi ortaklık, kişi olmadığı için maddi hukuk ve usul hukukundaki ehliyetlere sahip değildir. Adi ortaklık herhangi bir işleme taraf olamaz; onun yerine adi ortaklığı oluşturan ortaklar taraf olur. Bu husus arabuluculuk bakımından da geçerlidir.

Arabulucuya başvuru işlemi, adi ortaklığın iç ilişkilerini düzenleyen hükümler ve adi ortaklık ile arabuluculuk yolunun nitelikleri ışığında, olağan dışı iş olarak kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak başvuruda adi ortaklıkta olağan dışı işler için gerekli usulün yerine getirilmesi şarttır.

Arabulucuya başvuru, müzakerelerin yürütülmesi ve tutanaklar ile anlaşma belgesine imza atılması işlemlerinde, arabulucu önünde ortaklığın taraf teşkilinin sağlanması, bunun için ya ortakların tümünün katılması veya temsil yoluna müracaat edilecekse, yetkinin usulünce verilmiş olması gerekir. Gizli adi ortaklıklar bu açıklamaların istisnasıdır.

Adi ortaklığın taraf olduğu arabuluculuk süreçleri bakımından arabulucunun da sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kapsamda arabulucu, sürecin her aşamasında taraf teşkilinin doğru biçimde sağlanmasına çaba göstermelidir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, T., *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971.
- Ansay, T., *Adi Şirket Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Başnur, Ankara, 1967.
- Aşkan, C., *Adi Şirketin Yönetimi*, Adil, Ankara, 2003.
- Atış, İ., “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, *Sakarya İktisat Dergisi*, C. 8, S. 1, 2019.
- Ayar, A., *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- Azaklı Arslan, B., *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Yetkin, Ankara, 2018.
- Barlas, N., *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat, İstanbul, 2012.
- Baştürk, Ş./Yıldız Bağdoğan, S./Kılış, İ., “Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sisteminin Etkinliği Üzerine Bir Analiz”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, S. 1, 2018.
- Belgesay, M. R., *Hukuki Muamelelerde Temsil*, Rıza Koşkun, İstanbul, 1941.
- Bilgili, F., “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt*, Beta, İstanbul, 2002.
- Bilgili, F., *Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Bilgili, F./Demirkapı, E., *Şirketler Hukuku*, Dora, Bursa, 2013.
- Bora, Ö., *Arabuluculuk Sözleşmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- Büyükcay, F., *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Adalet, Ankara, 2018.
- Cankat, R., “Alman Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Gizli Ortaklık”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağanı, Cilt I*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016.
- Canyürek, M., *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler*, Vedat, İstanbul, 2003.
- Çetin, R. “Adi Şirketlerin Genel Özellikleri ve Bu Şirketlerin Vergilendirilmesi”, *Mali Çözüm Dergisi*, S. 26, 2016.
- Demir, Ş., “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.
- Demir, Ş., “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2013, ss. 291-314
- Doğanay, Y. Ü., *Adi Şirket Akdi*, Kutulmuş, İstanbul, 1963.

Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Fakülteler, İstanbul, 1976.

Girgin, Ö. A., *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2019, 2. Baskı.

Goodman, A., *Effective Mediation Advocacy*, Birleşik Krallık, Mediation Publishing, 2016.

Karahan, S./Akın, M., *Şirketler Hukuku*, Konya, 2012.

Karayalçın, Y., *Ticaret Hukuku Cilt 2: Şirketler Hukuku*, Ankara, 1978.

Kıyak, E., "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", TAAD, Y. 6, S. 21, 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme)*, İstanbul, 2014.

Koçyiğit, İ./Bulur, A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara, 2019, s. 61.

Kumkale, R., "Adi Ortaklığın Vergilendirilmesi ve Belge Düzeni", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 134, 2017.

Narbay, Ş./Deliduman, S., "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Birinci Cilt*, İstanbul, Beta, 2002.

Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat, İstanbul, 2014.

Oğuzman, K./ Öz, T., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Filiz, İstanbul, 2013.

Özenli, S., *Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar*, Kazancı, Ankara, 1988.

Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E., *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2014.

Pulaşlı, H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet, Ankara, 2015.

Şahin Caner, A., *Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk*, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Şener, O. H., *Adi Ortaklık*, Yetkin, Ankara, 2008.

Tanrıver, S., "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD, S. 64, 2006.

Tekinay S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993.

Uzun, P./Uğur, A., "Adi Ortaklık Kavramı ve 29.01.2001 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı Işığında Adi Ortaklığa Tüzel Kişilik Tanınması", *Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S. 1.

von Tuhr, A., *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Çev.: Cevat Edege, Olgaç, Ankara, 1983.

Yalman, M./ Taylan, E., *Adi Ortaklık*, Olgaç, Ankara, 1976.

Yazıcı Tıktık, Ç., “Arabuluculuk Sürecinin Temel İlkeleri”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.

Yeşilirmak, A., “Arabulucu Kimdir?”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara 2019.

A. Yeşilirmak, “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç/Anlaşma Aşaması”, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, Ed.: Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019.

www.kazanci.com (E.T.: 20.04.2020)

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU BAŞKANININ İŞ KAZALARINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU

The Criminal Liability Of Chairman Of The Board At Joint Stock Company Due To Occupational Accidents

Arş. Gör. Yusuf Berat BAŞ*

Özet: İş kazaları, işçinin işini gördüğü yahut işverenin otoritesi altında bulunduğu esnada meydana gelen ve işçiyi zarara uğratan olaylardır. İşçi sayısının az olduğu ve işçilerin doğrudan işverenin emir ve talimatları altında çalıştığı işletmelerde, bir iş kazası meydana geldiğinde ceza sorumluluğu kolayca tespit edilebilir. Ancak işverenin büyük bir iş ağına sahip ticaret şirketi olması halinde iş kazasından doğan ceza sorumluluğunun tespiti kolay olmamaktadır. Anonim şirketler bir ticaret şirketi olduklarından tüzel kişiliğe sahiptir. Tüzel kişiler, faaliyetlerini organları aracılığıyla yerine getirir. Bu nedenle tüzel kişinin organları somut işveren sıfatına sahiptir. Anonim şirketlerde yönetime ve temsile yetkili organın yönetim kurulu olması nedeniyle somut işveren sıfatıyla sorumluluk yönetim kuruluna aittir. Anonim şirketin yönetiminde yer alan yönetim kurulu başkanı da meydana gelen iş kazasından sorumlu olabilmektedir. Yönetim kurulu başkanı olan kişilerin şirkette aynı zamanda Murahhas Üye olmaları durumunda ceza sorumlulukları genişlemektedir.

Anahtar Kelimeler: İş Kazası, İş Sağlığı ve Güvenliği, Anonim Şirketler, Yönetim Kurulu Başkanı, Ceza Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku.

Abstract: Occupational accidents are the incidents which damage the worker at the time of the work of the worker or under the authority of the employer. At enterprises where the number of workers is low and workers work directly under employer's orders and instructions, criminal liability can be determined easily when a work accident happens. However, determination of criminal liability from occupational accidents isn't easy when the enterprise is a large-scale trading company. Joint stock companies have legal personality because they are a trading companies. Legal personalities carry out their activities through their organs. Therefore, organs of legal personality have employer role. Due to the fact that the organ authorized for management and representation in joint stock companies is the board of directors, the responsibility of the employer belongs to the board of directors. Chairman of the board who is actually involved in the management of the joint stock company may be responsible for occupational accidents. If the people who are the chairman of the board are also duly authorised member in the company, criminal liability expands.

Keywords: Occupational Accident, Occupational Safety and Health, Joint Stock Companies, Chairman of the Board, Criminal Liability, Liability Law.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
yusufberatbas@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-8331-4176>
Makale Geliş Tarihi: 01/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 03/07/2020

GİRİŞ

İşverenlerin kurmuş oldukları üretim ve iş ağı içerisinde iş kazaları meydana gelebilmektedir. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan önlemlere aykırı davranışlar bu kazalara neden olmaktadır. İş kazası meydana geldiğinde farklı hukuk disiplinleri açısından sorumluluklar ortaya çıkmaktadır. İş kazalarından doğan bir sorumluluk türü ise ceza sorumluluğudur. Günümüz üretim ve iş ağı oldukça karmaşık yapıdadır. Geniş faaliyet alanına sahip ticaret şirketlerinde iş kazalarının doğuracağı sonuçlar küçük işletmelere kıyasla daha ağır olmaktadır. Geçtiğimiz yıllarda ülkemizde ticaret şirketlerine ait işletmelerde meydana gelen iş kazalarında elim sonuçlar doğmuştur. Bu nedenle esnaf işletmelerine kıyasla yönetimin daha kurumsal ve üretim ağının daha karmaşık yapıya sahip olduğu ticaret şirketleri açısından konu önem arz etmektedir.

İş ilişkisi içerisinde işçinin işverenin doğrudan emir ve talimatı altında bulunduğu işletmelerde ceza sorumluluğunun belirlenmesi nispeten kolaylaşmaktadır. Ancak bir anonim şirkette işçi, işverenden daha çok işveren vekillerinin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmektedir. Bu nedenle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince kimin sorumlu olduğunun tespiti önem taşımaktadır.

Ülkemizde meydana gelen ve ağır sonuçlar doğuran iş kazalarını konu alan ceza davalarında anonim şirket yönetim kurulu başkanları da sorumlu tutulmuştur. Çalışmamızda anonim şirket yönetim kurulu başkanının ceza sorumluluğu ele alınacaktır. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için iş kazası ve işveren kavramına ilişkin açıklamalarda bulunmayı faydalı görmekteyiz. Bu kavramlara ilişkin yapılacak açıklamalardan sonra, yönetim kurulu başkanının sorumluluğunu tespit etmek adına başkanın şirket içerisinde almış olduğu farklı yetki ve sıfatlar göz önünde bulundurulacaktır. Nihayet, iş kazalarında yargı mercileri tarafından verilen kararlar esas alınarak anonim şirket yönetim kurulu başkanının ceza sorumluluğuna ilişkin ilkeler tespit edilmeye çalışılacaktır.

I- İş Kazası Kavramı ve Unsurları

A- Tanım

Kaza, can veya mal kaybına yahut zararına sebep olan kötü olaydır.¹ Öğretide kaza kavramının geniş ve dar olarak iki anlamının olduğu kabul edilmektedir.² Kaza kavramı geniş anlamda vücut

¹ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1998, C.1, s. 824.

² Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974, s. 6; Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2001, s. 19; Tuncay, Aziz Can, "Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından

bütünlüğünün ihlali, ölüm ve eşyaya gelen zararları kapsarken;³dar anlamda kaza, yalnızca vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm ile sonuçlanan kazaları kapsayıcı niteliktedir.⁴ İş kazası taşımakta olduğu birtakım özellikler nedeniyle kaza kavramının özel bir görünümünü oluşturmaktadır. Meydana gelen bir kazanın iş kazası olup olmadığının belirlenmesi, ceza sorumluluğunun tespiti açısından öncelikli bir önem taşımaktadır.

İş kazasına ilişkin mevzuatta farklı tanımlar yer almaktadır. Çalışanların sağlıklı ve güvenli ortamlarda çalışabilmelerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda⁵ (İSGK) *“İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay”* iş kazası olarak tanımlanmıştır (İSGK m. 3/1-g). 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda⁶ (SSGSSK) ise iş kazasına ilişkin bir tanım verilmek yerine bu kapsama giren haller belirtilmiştir. Sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılan bu haller şöyle sıralanmıştır:

a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır (SSGSSK m. 13).

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan sonra yürürlüğe girmiş bir düzenlemedir. İş kazası kavramına, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yeni bir yasal tanım getirilmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda iş kazasının yer aldığı madde gerekçesinde Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndaki tanıma nispeten daha kapsamlı bir tanım getirilmiş olduğu ifade edilmiştir.⁷ Ancak kanunun yürürlük metninden böyle bir

Doğan Cezai Sorumluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 359.

³ Akın, s. 19; Tuncay, s. 359.

⁴ Eren, s. 6.

⁵ 30.06.2012 Tarih ve 28339 Sayılı Resmi Gazete.

⁶ 16.06.2006 Tarih ve 26200 Sayılı Resmi Gazete.

⁷ “Tasarıda da iş kazası tanımı benzer bir şekilde işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanma ile sonuçlanan olayların iş kazası olduğu şeklinde ve 5510 sayılı Kanundaki tanımı da kapsayacak daha üst bir genel tanım olarak yapılmıştır. Böylece söz

sonuca ulaşılamayacağı öğretide ileri sürülmektedir.⁸ Belirtmeliyiz ki, yargı kararlarında da ceza sorumluluğu tespit edilirken iş kazası kavramı açısından halen Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yer alan tanım esas alınmaktadır.⁹ Öğretide iş kazası kavramına ilişkin iki kanun hükmü arasında çelişki yer aldığı ifade edilmektedir.¹⁰

Öğretide, mevzuatta yer alan tanımlardan yola çıkarak iş kazası; sigortalının, işverenin otoritesi altında bulunduğu sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir olay olarak tanımlanmaktadır.¹¹

B- Unsurları

İş kazasının unsurları iş hukuku ve sosyal sigortalar hukuku bakımından farklılık göstermektedir. İş hukuku alanında iş kazasının varlığı için kazaya uğrayanın sigortalı olması şartı aranmazken sosyal sigortalar hukuku bakımından iş kazasının söz konusu olabilmesi için kazaya uğrayanın sigortalı olması gerekmektedir.¹² Yargı kararlarında Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndaki tanım esas alınmak suretiyle iş kazası tespit edilmektedir. Çalışmamızda iş kazasının unsurlarını Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile yargı kararlarını göz önünde tutmak suretiyle inceledik.

1. Sigortalının Kazaya Uğraması

Bir iş kazasından söz edebilmek için kazaya uğrayanın sigortalı¹³ olması gerekir.¹⁴ Bu nedenle kazaya uğrayan kişi ile işveren arasında iş

konusu Kanunda yer alan iş kazası tanımı veya sigortalıya iş kazası sonucu hangi hallerde hangi hakların sağlanacağını belirleyen şartların kısıtlanmamasına imkan verilmiş ve mevcut uygulamalarda duraksamaya yer verilmemesi sağlanmıştır. Ayrıca "işin yürütümü nedeniyle" ifadesi iş kazası tanımına eklenerek 5510 sayılı Kanunda sayılan iş kazası şartlarından görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş gibi durumlarda tanım kapsamında değerlendirilmesine imkan sağlanmıştır." Türkiye Büyük Millet Meclisi (S. Sayısı: 277), s. 10. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf> (Erişim Tarihi: 28. 03. 2020)

⁸ "İlginçtir ki, Kanunun madde gerekçesinde, yapılan tanımın 5510 s.'lı Kanunu'ndaki tanımı da kapsayacak daha üst genel bir tanım olduğu ifade edilmektedir. Oysa maddenin yürürlük metnindeki ifadeden böyle bir sonuca varmak olanaklı görülmemektedir." Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020, s. 360-361.

⁹ YCGK. E. 2017/451 K. 2019/211 T. 14. 03. 2019 (Erişim Tarihi: 16. 03. 2020)

¹⁰ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 360.

¹¹ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 361. Farklı tanımlar için bkz. Eren, s. 5; Tuncay, s. 359.

¹² Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, s. 391-392.

¹³ Sigortalı kavramı "Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi" olarak tanımlanmıştır (SSGSSK m. 3).

¹⁴ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 362; Taşkent, Savaş, "İş Kazası Kavramı", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul, 2001, C. 2, s. 1953; Tuncay/ Ekmekçi, s. 393; Narter, Sami, *İş*

(hizmet) sözleşmesinin varlığı aranacaktır. Nitekim yargı kararlarında bir kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi için, zarar gören sigortalı ile işverenin arasında iş ilişkisi bulunması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵ Ayrıca, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda işverenle arasında hizmet ilişkisi olmayan bazı kişiler, sosyal adalet ilkesi gereğince iş kazaları açısından sigortalı sayılmıştır (SSGSSK m. 5). Aday çırak, çırak ve mesleki amaçla eğitim gören öğrenciler, bir iş kazasına maruz kaldıkları takdirde işverenle aralarında bir hizmet sözleşmesi aranmaksızın sigortalı sayılacaktır.¹⁶

İş kazasının temel öznesi olan işçinin kazaya uğrayan kişi olması gerekir. İşverenin kendi işyerinde bir kazaya uğraması yahut üçüncü bir kişinin işten tamamen bağımsız şekilde işyeri içerisinde bulunduğu esnada bir kazaya maruz kalması; iş kazası olarak nitelendirilemeyecektir.¹⁷

2. İstenilmeyen Olay

Bir kazadan bahsedebilmek için gerekli olan diğer bir unsur ise istenilmeyen olayın varlığıdır.¹⁸ Ancak istenilmeyen olayın, iş kazasının bir unsuru olarak görülmesine dair öğretide farklı görüşler mevcuttur.¹⁹ Bir görüşe göre, iş hukuku ve sosyal sigortalar hukuku açısından iş kazası kavramı farklı unsurları kapsar ve iş hukuku kapsamında iş kazasından bahsedilebilmesi için istenilmeyen bir olayın varlığı gerekir iken, sosyal sigortalar hukuku açısından istenilmeyen olay şartı her zaman aranmaz.²⁰ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işverenlerin almakla yükümlü oldukları önlemlere ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Sosyal Sigortalar

Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Adalet Basım Yayım, Ankara, 2017, s. 12.

¹⁵ "Taraflar arasındaki çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanması hâlinde, işçi işveren ilişkisi söz konusu olacak, bu durumda işin görülmesi sırasında meydana gelen olaylarda işçinin ölümü ya da yaralanmasıyla sonuçlanan olaylar iş kazası sayılacak işverenin sorumluluğu ise iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatından kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine göre belirlenecektir" YCGK. E. 2017/451 K.2019/211 T. 14.03.2019

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb> (Erişim Tarihi: 28.03.2020)

¹⁶ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 363-364. "Somut olayda, davacının stajyerlik sözleşmesine istinaden davalı tarafa ait iş yerine çalışırken, ölümüyle gerçekleşen olayın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazası olarak kabul edildiği anlaşılınca, yukarıdaki mevzuat ve açıklamalar kapsamında, İş Mahkemesi tarafından davanın esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." Y. 21. HD. E. 2019/5063 K. 2020/902 T. 17.02.2020 www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 28.03.2020)

¹⁷ Taşkent, s. 1953.

¹⁸ Eren, s. 10; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 365; Tuncay/ Ekmekçi., s. 395.

¹⁹ "Harici olay ve sonuçları, mağdur tarafından istenilmemiş, arzu edilmemiş olmalıdır. Esasen istek ve arzu, kaza kavramının mahiyetine aykırıdır." Eren, s. 10. Aksi görüşte, "Sigortalının kasti, bir olayın iş kazası sayılmasına engel değildir." Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 366.

²⁰ Tuncay, s. 361.

ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda ise iş kazasının sonucunda meydana gelen hukuki sorumluluğa ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

İşverenin hukuki sorumluluğunun tespit edildiği bir uyuşmazlıkta istenilmeyen olay, iş kazasının bir unsuru olarak aranmamıştır.²¹ Belirtmeliyiz ki tazminat sorumluluğunun doğması için bir olayda aranacak unsurlar ve sorumluluk ilkeleri ile ceza sorumluluğunun doğması için aranacak unsurlar ve sorumluluk ilkeleri farklıdır. Bu nedenle farklı hukuk disiplinleri açısından sorumluluğun tespiti için ilgili alanın sorumluluk ilkelerine bakmak gerekir. İşçinin, işverenin emir ve talimatları altında işini gördüğü esnada çevresinde bulunan bir nesne ile kendisine zarar vermesi yahut işçinin intihar etmesi halinde iş kazasından ve işverenin iş kazasından doğan ceza sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir.²² Böyle bir durumda işverenin hukuki sorumluluğu doğabilecek ise de ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.²³

Kaza, tamamen mağdurun kendisinden kaynaklanan bir hastalığının sonucunda meydana gelmiş olmamalıdır.²⁴ Her ne kadar yargı kararlarında²⁵ işçilerin, işyerinde kalp krizi geçirmeleri iş kazası olarak kabul edilse de iş ile irtibatı kurulamayacak bir ölümün iş kazası kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Öğretide, verem hastalığına yakalanan bir işçinin, çalışma esnasında yapacağı bir hareket sonucunda akciğer kanaması geçirmesi halinde bu şartın gerçekleşmediği söylenilmektedir.²⁶ Ancak işverenlerin işçilerin sağlık durumlarıyla ilgili gözetim yükümlülüğü olduğu da unutulmamalıdır (İSGK m. 15). İşçilerin sahip oldukları hastalıklar göz önünde tutulmalı ve işçiler yaşamlarını tehlikeye atacak işlerde çalıştırılmamalıdır. Aksi takdirde meydana gelecek iş kazası, işverenlerin ceza sorumluluğuna neden olabilecektir.

²¹ “Kanunda iş kazası tanımlanırken dıştan gelen bir etkinin varlığından bahsedilmemiştir. Bu nedenle sigortalının kalp krizi veya beyin kanaması geçirmesi ile intihar etmesi de iş kazası kapsamında değerlendirilmektedir.” Y. 10. HD. E. 2018/1292 K. 2019/10164 T. 23.12.2019 www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 28.03.2020)

²² Tuncay/ Ekmekçi, s. 396.

²³ Özen, Mustafa, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/2, s. 234.

²⁴ Eren, s. 9; Tuncay/ Ekmekçi, s. 404.

²⁵ “Davacılar yakının 11.02.2009 tarihinde geçirdiği kalp krizi sonucu vefat etmesi olayının 5510 sayılı yasanın 13. maddesi kapsamında iş kazası olduğu hususu açıktır. Dosyada tartışma konusu olan öncelikli husus yargılama konusu iş kazasında davalıların kusurunun bulunup bulunmadığıdır.” Y. 21. HD. E. 2015/20594 K. 2016/9335 T. 07.06.2016 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb> (Erişim Tarihi: 29.06.2020)

²⁶ Eren, s. 9.

3. Zarar

İş kazasından söz edebilmek için bir zararın doğması gerekir. İş kazası sonucunda doğacak zarar işçinin bedensel bütünlüğüne yönelik olup işçiyi ruhen ya da bedenen etkileyebilir.²⁷ Ancak eşyaya gelen zararlar iş kazası olarak nitelendirilemez.²⁸ Burada işçilerin kullandığı protezlere değinmek gerekir. İş kazasından doğan zarar işçinin kullanmakta olduğu protez üzerinde de doğabilir. İşçinin vücuduyla bütünlük arz eden protezlere gelen zararların da iş kazası kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız.²⁹

4. İlliyet Bağı

İş kazasında yer alması gereken unsurlardan bir diğeri ise illiyet bağıdır. İş kazasında zarar ile kaza arasında, hayatın normal akışı içerisinde gerçekleşebilecek türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli neden sonuç ilişkisinin varlığı halinde uygun illiyet bağının olduğu kabul edilir.³⁰ Burada hareket edilen temel nokta işçinin, işverenin otoritesi altında bulunmasıdır. Eğer işçi işverenin emir ve talimatlarını yerine getirmekte iken bir kaza meydana gelmiş ise illiyet bağının olduğu kabul edilerek kaza, iş kazası olarak nitelendirilecektir.³¹ Bu ölçüt sorumluluğun belirlenmesi açısından önemli bir ölçüt olsa da her somut olay kendi içerisinde ayrıca değerlendirilmelidir. Bir kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için zarar ile kaza arasında illiyet bağının varlığı gerektiği gibi kaza ile yapılan iş arasında da illiyet bağı bulunmalıdır.³²

İşveren tarafından işçiye çalışma konusu dışında da talimat verilebilmektedir. İşverenin yürütmekte olduğu faaliyetle ilgisi olmayıp işverenin talimatı üzere görülen bir faaliyet esnasında iş kazası meydana geldiğinde; illiyet bağının varlığı açısından, işçinin işverenin otoritesi altında çalışmasını esas almak isabetli olacaktır.³³ Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere her somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.

İş kazasında illiyet bağına kesen sebepler ise temel olarak işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin kusurlu davranışı ve mücbir sebeplerdir.³⁴

²⁷ Tuncay/ Ekmekçi, s. 411. Bedensel bütünlük kavramının ruhsal bütünlüğünü de kapsayan bir kavram olduğuna ilişkin bkz. Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 283.

²⁸ Eren, s. 8; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 375.

²⁹ Akın, s. 38; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 375; Tuncay/ Ekmekçi, s. 412.

³⁰ Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 375; Narter, s.36; Tuncay/ Ekmekçi, s. 410; Eren, s. 12. Uygun İlliyet Bağı Teorisi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

³¹ Eren, s. 13; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 375.

³² Narter, s. 36-37; Tuncay, s. 361.

³³ Tuncay/ Ekmekçi, s. 400.

³⁴ Tuncay, s. 362-363. "Başka bir anlatımla, kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması, sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay, üçüncü kişinin tamamen kusurlu

II- İşveren Kavramı ve Somut-Soyut İşveren Ayırımı

Bir iş kazası meydana geldiğinde ceza sorumluluğunun belirlenebilmesi için işveren kavramının incelenmesi gerekir. Bundan ötürü anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanının sorumluluğunu incelemeden önce işveren kavramına ve sonrasında anonim şirketlerde işveren sıfatına değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren denilmektedir (İş Kanunu³⁵ (İş K.) m. 2/1). Tanımdan da anlaşılacağı üzere işveren gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Ayrıca tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşları da işveren olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliği olmayan kamu kuruluşları olarak bakanlıklar; özel hukuk kuruluşu olarak da adi şirketler işveren sıfatına sahip olacaktır.³⁶

İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kişiler ise işveren vekili olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 2/4). İşveren vekilleri işveren adına hareket ederek işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan genel müdür, şef, ustabaşı vb. sıfatlarla çalışanlardır.³⁷ İşveren vekilleri ile işveren arasındaki ilişki genellikle bir hizmet ilişkisine dayanmaktadır.³⁸ Ancak her işveren vekilinin işveren ile arasında iş ilişkisi bulunması zorunlu olmayıp işveren vekili ile işveren arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine de dayanabilir.³⁹ İş Kanunu'nda işveren için öngörülmüş olan tüm sorumluluklar aynı şekilde işveren vekillerine de uygulanmaktadır (İş K. m. 2/5). İşveren vekillerinin sorumlulukları hukuki sorumluluktan ziyade idari ve cezai sorumlulukta ortaya çıkmaktadır. Çünkü işveren vekilleri her ne kadar işletmenin bir kısmını yönetmekteyseler de iktisadi açıdan sermaye, kar ve zarar işverene aittir. Bu nedenle, işçilerin ücret vs. haklarından işveren vekili sorumlu olmayacaktır. İşveren vekillerinin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayıp, hukuki

davranışı sonucu gerçekleştiği için, işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemez. Başka bir deyişle, olay üçüncü kişinin % 100 kusurlu davranışıyla meydana geldiğine göre, illiyet bağı kesilmiştir. Bu itibarla, davalı işvereni bu iş kazasından sorumlu tutmak olanağı yoktur.” YCGK E. 1987/9-722 K. 1987/203 T. 18.03.1987 www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 01.07.2020)

³⁵ 10.06.2003 Tarih ve 25134 Sayılı Resmi Gazete.

³⁶ Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, s. 96; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017, s. 146; Mollamahmutoğlu, Hamdi, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 155; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006, s. 41.

³⁷ Tuncay, s. 365.

³⁸ Senyen Kaplan, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 32; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 98.

³⁹ Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 43; Süzek, s. 187.

sorumluluk işverenin kendisine aittir.⁴⁰ Ayrıca işveren vekilinin, işveren gibi sorumlu olması işverenin tüm sorumluluklarına sahip olduğu anlamına gelmemektedir. İşveren vekiline ait olan sorumluluklar, her işveren vekilinin kendi görev ve yetki alanı ile sınırlıdır.⁴¹

İş sözleşmesinden doğan ve işverenin sahip olduğu haklar arasında, işçiden iş görme edimini talep etme ile işle ilgili emir ve talimat verme hakları bulunmaktadır.⁴² İş sözleşmesinden doğan iş görme edimini talep ile emir ve talimatlarda bulunma hakkı her zaman aynı kişiye ait olmayabilir.⁴³ Temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin emir ve talimat verme yetkisinin kanuni temsilcisi tarafından kullanılması ve tüzel kişiliğe sahip işverenlerde tüzel kişi yerine organlar aracılığıyla iradenin kullanılacak olması örnek gösterilebilir. Görüldüğü üzere, işveren adına emir ve talimatları verme ile iş görme edimini talep etme hakkı farklı kişilere ait olmaktadır.⁴⁴ Bu tür durumlarda somut ve soyut işveren ayrımı karşımıza çıkmaktadır. Soyut işveren, işçiden iş görme edimini talep etme hakkına sahip olan kişiyi ifade eder iken; somut işveren ise en üst düzeyde emir ve talimat veren kişiyi ifade eder.⁴⁵

Tüzel kişiler, gerçek bir kişiye ait tüm özellikleri taşımadıklarından ötürü kendi adına hareket etme kabiliyetleri bulunmamaktadır. Nitekim tüzel kişilerin fiil ehliyeti ile ilgili “*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar*” hükmü yer almaktadır (Türk Medeni Kanunu⁴⁶ m. 50). Soyut ve somut işveren ayrımı tüzel kişi işverende bariz bir şekilde ortadadır. Zira soyut işveren sıfatı şirket tüzel kişiliğine aittir. Tüzel kişi tarafından işçiden iş görmesi talep edilir. Buna karşın işçiye emir ve talimat verme yetkisi ise tüzel kişinin yetkili organına aittir.⁴⁷ Dolayısıyla somut işveren sıfatı ise tüzel kişinin yetkili organına aittir. Aynı şekilde bir ticaret şirketi söz konusu olduğunda da işçiden iş görme edimini talep hakkı işveren sıfatıyla ticaret şirketine ait iken; en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi şirketin yetkili organına ait olacaktır. Konumuzu ilgilendirmesi nedeniyle anonim şirketlerde soyut ve somut işveren ayrımına da değinilecektir.

⁴⁰ Süzek, s. 189; Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, *İş Hukuku* , Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 248-249.

⁴¹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 97; Mollamahmutoglu, s. 189.

⁴² Senyen- Kaplan, s. 31.

⁴³ Çelik, s. 41; Senyen-Kaplan, s.31; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 41; Süzek, s. 147.

⁴⁴ Senyen-Kaplan, s.32; Çelik, s. 41; Mollamahmutoglu, s. 157.

⁴⁵ Senyen-Kaplan, s. 32; Süzek, s 147; Mollamahmutoglu, s. 157.

⁴⁶ 08.12.2001 Tarih ve 24607 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁷ Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s. 41.

III- Anonim Şirkette İşveren Sıfatı

Anonim şirket, tüzel kişiliğe sahip olan bir ticaret şirkettir (Türk Ticaret Kanunu⁴⁸ (TTK) m. 124-125). Anonim şirketler, tüzel kişiliğe ait olan esasları bünyesinde taşımaktadır ve faaliyetlerini organları aracılığıyla yürütmektedir. Anonim şirketlerde genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere zorunlu olan iki organ bulunmaktadır.⁴⁹ Bunlardan genel kurul şirketin karar alma organı iken; yönetim kurulu şirketin yönetime ve temsile yetkili organdır.⁵⁰ Nitekim bu husus “*Anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur.*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir (TTK m. 365). Görüldüğü üzere anonim şirket, yönetim kurulu aracılığıyla faaliyetlerini sürdürecektir. Yönetim kurulu tarafından yürütülen iş ve işlemler şirket tüzel kişiliğine ait olacaktır. Bu nedenle şirketin işvereni konumunda hareket eden ve işletme sahibi sıfatını taşıyan yönetim kuruludur.⁵¹ Anonim şirketin yönetiminde yetkili organ olduğundan ötürü şirket tüzel kişiliği adına emir ve talimatları verecek olan organ yönetim kuruludur. Bundan ötürü, soyut işveren sıfatı anonim şirketin kendisine ait olur iken; en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olmayı ifade eden somut işveren sıfatı ise yönetim kuruluna ait olacaktır.⁵²

Anonim şirkette dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise somut işveren sıfatı ile işveren vekili sıfatı arasındaki farktır. Yönetim kurulu en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olmasından ötürü şirketin somut işvereni sıfatına; genel müdür, birim müdürü, şef gibi işçi olarak çalışıp işveren adına birtakım yetkileri kullanan kişiler ise işveren vekili sıfatına sahip olacaktır.⁵³

Anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetildiği ve temsil olunduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak şirketin yönetiminin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi mutlak bir zorunluluk değildir. Zira yönetim kurulunun yönetim yetkisini devredebileceği yasadaki açıkça öngörülmüştür. Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir (TTK m. 367). Buna göre esas sözleşmede hüküm bulunması ve iç yönergenin düzenlenmesi halinde yönetim kurulu yönetim yetkisini devredebilecektir. Yönetim kurulu kanunda

⁴⁸ 14.02.2011 Tarih ve 27846 Sayılı Resmi Gazete.

⁴⁹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde dış denetim kabul edilmiş ve denetçiler organ olmaktan çıkarılmıştır. Denetçilerin organ sıfatıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Kırca, İsmail/ Şehriali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 2013, s. 390 vd.

⁵⁰ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat Kitapçılık Basım Yayım, İstanbul, 2019, C. 1, s. 361; Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, *Şirketler Hukuku*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2020, s. 300; Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku*, Adalet Basım Yayım, Ankara, 2020, s. 393.

⁵¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 361.

⁵² Süzek, s. 149; Tuncay, s. 366.

⁵³ Tuncay, s. 365; Süzek, s. 149.

belirtildiği üzere yönetim yetkisini kısmen devredebileceği gibi tamamen de devredebilir. Yönetim kurulu, münhasıran kendisine tanınmış olan ve devri mümkün olmayan yönetim yetkileri dışındaki yönetime ilişkin tüm yetkisini devredebilir.⁵⁴ Yönetim yetkisi kısmen ya da tamamen bir yönetim kurulu üyesine devrediliyor ise Murahhas Üyeden; üçüncü bir kişiye devrediliyor ise Murahhas Müdürden bahsedilir.⁵⁵

Yönetim yetkisi devredilirken bir iç yönerge hazırlanması zorunludur. İşte bu yönergede yer alan bazı önemli hususlar vardır. Bu hususlardan bir tanesi yetki bölüşümünün gösterilmiş olmasıdır. Zira iç yönergede anonim şirket yönetim kurulu başkanının, başkan vekilinin ve üyelerinin münferiden sahip oldukları görev ve yetkiler yer almaktadır. İç yönergede Murahhaslara devredilen yönetim yetkilerinin de gösterilmesi hem şirketin yönetimi açısından hem de sorumlulukların tespiti açısından faydalı olacaktır.⁵⁶ Yönetim yetkisini devralan kişiler sorumlulukları da devralmış olur.⁵⁷ Yönetim kurulunun devredilen yönetim işlerinden dolayı sorumluluğu sona erer. Meğer ki yetkileri devrettikleri kişilerin seçiminde makul özen gösterilmiş olsun. Zira kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz (TTK m. 553/2). Görüldüğü üzere, yönetim kurulu üyeleri, yönetim yetkisini devrederken makul derecede özen göstermiş ise herhangi bir sorumlulukları olmayacaktır.⁵⁸ Yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açabilecek olması nedeniyle dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi yer almaktadır (TTK m. 375). Bu nedenle yetki devri yapılan kişilerin yönetim yetkilerini kullanırken üst gözetimi yönetim kurulunun sorumluluğundadır. Gözetim yükümlülüğüne aykırı davranışlar, yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açabilecektir.⁵⁹ Yönetim kurulu ile ilgili olarak burada belirtilen hususlar hukuki sorumluluğa ilişkindir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ceza sorumluluğuna ilişkin de bazı suç ve cezaları içeren bir düzenleme yer almaktadır (TTK m. 562). Bu suçlar, muhasebe ve defter kayıtlarında yapılan usulsüzlükleri; şirket kurucularının ve denetçilerinin gerçeğe aykırı beyanlarını; pay sahipleri

⁵⁴ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 382; Pulaşlı, s. 408; Kırca/ Şehriali Çelik/ Manavgat, s. 598.

⁵⁵ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 382.

⁵⁶ Pulaşlı, s. 409; Kırca/ Şehriali Çelik/ Manavgat, s. 604.

⁵⁷ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 383.

⁵⁸ Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 319-320; Kırca/ Şehriali Çelik/ Manavgat, s. 611-612.

⁵⁹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 383.

ile yöneticilerin bazı yasaklara aykırı davranışlarını ve pay sahipleri ile üçüncü kişileri yanıltabilecek birtakım fiilleri içermektedir.⁶⁰ Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilen suçlardan doğan ceza sorumluluğu çalışmamızın kapsamında yer almamaktadır.⁶¹

IV- Anonim Şirket Yönetim Kurulu Başkanı

Anonim şirketlerde yönetim kurulu, her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekalet etmek üzere en az bir başkan vekili seçer (TTK m. 366/1). Anonim şirketin yönetimi ve temsili kural olarak yönetim kuruluna aittir.⁶² Yönetim kurulu başkanı ise yönetim kurulunun işleyişini idare etmektedir. Ayrıca sosyal alanlarda şirketi temsil etmektedir.⁶³ Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu başkanının görevlerine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. İç yönergede yönetim kurulu başkanına görev ve yetkiler tanınabilir.⁶⁴

Yönetim kurulu başkanı, Türk Ticaret Kanunu 366. maddesi gereğince yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmekte olduğu için yukarıda bahsedilen somut işveren sıfatına sahip olan kişilerden birisi olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle yönetim kurulu başkanının da iş kazasından doğan sorumlulukları bulunabilmektedir.

V- Yönetim Kurulu Başkanının Sorumluluğunun Tespiti

Anonim şirketin tüzel kişiliğine sahip olduğuna yukarıda değinilmişti. Tüzel kişiler, suç teşkil eden bir fiilin ancak gerek kişi tarafından işlenebileceği ve fail sıfatının gerçek kişiye ait olabileceği; irade ve hareket bağımsızlıkları bulunmamaları nedeniyle işlememiş oldukları bir fiilin kendilerine isnat edilemeyeceği; iradelerinin bünyelerinde gerçek kişiler tarafından oluşturulduğundan tüzel kişilerin suçlu kişilik olarak görülemeyeceği gibi düşüncelerle suç faili olarak kabul edilemeyecekleri ileri sürülmektedir.⁶⁵ Türk Ceza Kanunu'nda⁶⁶ (TCK) ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, kimsenin başkasının fiillerinden sorumlu tutulamayacağı, tüzel kişilere ceza yaptırımının uygulanamayacağı ifade edilmiştir (TCK m. 20). Görüldüğü üzere tüzel

⁶⁰ Doğrusöz, A. Bumin, "Yeni Türk Ticaret Kanununun İhdas Ettiği Suçlar, Cezaları ve Olası Sorunlar", *Yaklaşım Dergisi*, Y. 2011, S. 228, s. 252.

⁶¹ Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ceza sorumlulukları ve TTK'de düzenlenen suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, C. 1, s. 591 vd.

⁶² Ayhan/ Çağlar/ Özdamar, s. 300.

⁶³ Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Basım Yayım, Ankara, 2018, s. 1253; Kırca/ Şehriali Çelik/ Manavgat, s. 477.

⁶⁴ Akdağ Güney, Necla, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 80.

⁶⁵ Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 2, 19, İstanbul, 1978, s. 472; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 213.

⁶⁶ 12.10.2004 Tarih ve 25611 Sayılı Resmî Gazete.

kişilerin suç faili olamayacağı kabul edilmiştir.⁶⁷ Tüzel kişiliğe sahip olmalarından ötürü anonim şirketlerin iş kazasından dolayı ceza sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu nedenle anonim şirketin faaliyetini yürüten gerçek kişiler iş kazasından doğan ceza sorumluluğuna muhatap olacaktır.

Bir iş kazası meydana geldiğinde anonim şirket yönetim kurulu başkanının hangi hallerde sorumlu olacağını tespit edebilmek için yargı kararları göz önünde tutulmak suretiyle birtakım ilkelerin ortaya konması gerekmektedir.

Anonim şirkette bir iş kazası meydana geldiğinde öncelikle, şirkette yönetime yetkili olan kişilerin ve şirket içerisinde yer alan organizasyon şemasının tespiti gerekir. Nitekim yargıya intikal eden uyuşmazlıklarda da işletme içerisinde ceza sorumluluğunun tespit edilebilmesi için öncelikle kimlerin yetkili olduklarının belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁸ Yönetim kurulu başkanının ceza sorumluluğunun tespiti için organizasyon ağı dikkatle incelenmelidir. Bu hususta iç yönergenin düzenlenmiş olması kolaylık sağlayacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere yönetimin devri söz konusu olduğunda iç yönergenin düzenlenmesi zorunludur. Ancak yönetim devrinin olmadığı hallerde de iç yönergenin düzenlenmesinde fayda vardır. Zira iç yönerge anonim şirketin her düzeydeki yöneticilerinin unvan ve iş kapsamını, yönetim kurulu kararlarının uygulanmasıyla yetkili kişileri göstermektedir.⁶⁹ Ayrıca şirkette yer alan organizasyon ağının gerçek durumla örtüşmesi de dikkate alınmalıdır. Çalışmamızın konusu ceza sorumluluğu olduğundan ötürü sırf organizasyon şemasının belirtilmiş olması sorumluluğun doğmasına engel teşkil etmeyecektir.

Yönetim kurulu başkanının şirkette yetkili ve görevli olduğu alan tespit edildikten sonra incelenmesi gereken bir diğer husus işveren vekillerinin sorumluluğudur. Yönetim kurulu tarafından anonim şirkete ait işletme ve işyerlerine atanmış işveren vekilleri ile iş sağlığı ve güvenliği uzmanları bulunmaktadır. Bir iş kazası meydana geldiğinde

⁶⁷ Kızılarşlan, Hakan, *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 163.

⁶⁸ “Öncelikle şirketin sorumlu yetkilisinin kim olduğunun tespit edilmesi yönünden iş yeri yönetim şeması ve söz konusu şirketin suç tarihine ait ticaret sicil kayıtları getirtilip, tüm ilgililerin dinlenilmesi ve bu kişilerin iş yeri ve kaza olayındaki rolleri belirlendikten sonra sanığın şirketteki pozisyonu, görev ve sorumlulukları ile bahse konu şirkette iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirleri alma konusunda kim ya da kimlerin yetkili olduğu tespit edilip bu kişiler hakkında dava açılması sağlanıp, olayda sorumluluğu bulunan kişiler ile kusur durumunun tespiti amacıyla gerektiğinde olay yerinde keşif yapıldıktan sonra, iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak kuruldan görüş alınıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, kanuna aykırı olup...” Y. 12. CD. E. 2016/6214 K. 2018/2278 T. 28.02.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb> (Erişim Tarihi: 28.03.2020).

⁶⁹ Pulaşlı, Hasan, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2013, S. 125, s. 40.

organizasyon ağında alt birimlerde çalışmakta olan işveren vekillerinin ceza sorumluluğu öncelikle incelenecektir. Uygulamada yönetim kurulu başkanı tarafından işveren vekili atanması yapıldığı da görülmektedir. Böyle bir durumda, yönetim kurulu başkanının ceza sorumluluğu'nun tespiti için başkanın atanış olduğu işveren vekillerinin seçiminde makul zen göstermiş olması ve işveren vekillerini atadıktan sonra denetimlerini yapmış olması göz önünde tutulacaktır. Nitekim yargı kararlarında da yönetim kurulu başkanının sorumluluğu'na gidilebilmesi için işyerine atanış olduğu işveren vekillerinin seçiminde makul özeni göstermesi ve işveren vekillerinin sahip olduğu eğitim ve birikimin göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁰

işverenler iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini çalışanları aracılığıyla almaktadır. Şirketin organizasyonunda yer alan işveren vekilleri, işyerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri alacaktır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının atanmış olması Şirket yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulu başkanının her zaman sorumluluğu'nu ortadan kaldırmayacaktır.

Konuyu iki yönüyle ele almak gerekmektedir. Anonim Şirket tarafından işçilerin gerekli teçhizatı ve uygun ortamda güvenli bir Şekilde alışmaları sağlanmakta ise iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının meydana gelen kazadan doğan sorumluluğu öncelikle tespit edilmelidir. Yönetim kurulu başkanı tarafından atanan genel müdür ve birim müdürü gibi işveren vekillerinin ise işin yürütülmesinde iş sağlığı ve güvenliğine uygun bir Şekilde faaliyetin yürütülmesini sağlamış olmaları ile gözetim ve denetim yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadıkları araştırılmalıdır. Yönetim kurulu başkanının sorumluluğu ise bu incelemeler tamamlandıktan sonra ele alınmalıdır. Ancak iş sağlığı ve güvenliğinde meydana gelen eksiklikler doğrudan Şirket yönetiminin aldığı karar ve uygulamalardan yahut ihmallerden kaynaklanmakta ise bu durumda yönetim kurulu başkanını sorumluluğu ayrıca ve öncelikle incelenecektir. 2014 yılında meydana gelen ve maalesef 301 işçinin ölümüyle sonuçlanan Soma maden kazasında, yönetim kurulu başkanı tarafından üretim arttırılması ve kapasitenin üzerinde üretime zorlanması kararı alınırken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin ihmal edildiği tespit edilmiştir. Üretim arttırılmasıyla

⁷⁰ "dosya içeriğinden fabrikanın boyahane bölümüne müdür olarak atanan ve bir anlamda görev alanı kapsamında kendisine işveren vekili sıfatı verilen ...'in, eğitim durumuna, icra edeceği işin yer aldığı faaliyet konusu ile ilgili yeterli bilgi birikimi ve tecrübesi bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir tespitin yer almadığının anlaşılması karşısında, ...'in eğitim durumu ve mesleği ile ilgili ayrıntılı araştırma yapılarak, yönetim kurulu tarafından boyahane müdürü olarak atanan ...'in yapacağı işte ehil olup olmadığının, işveren vekili sıfatıyla fabrikanın boyahane bölümünde iş güvenliğinin sağlanması bakımından gerekli niteliklere sahip olup olmadığının belirlenmesi suretiyle, sonucuna göre yönetim kurulu başkanı olan sanık ...'in hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi; kanuna aykırı olup..." Y. 12. CD. E. 2016/2870 K. 2018/916 T. 25.01.2018 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>, (Erişim Tarihi: 28. 03. 2020)

beraber iş güvenliği açısından alınması gereken ve maddi açıdan önemli ölçüde yüksek maliyete sahip olan önlemlerin teknik elemanlar tarafından alınması mümkün değildir. Anonim şirkette bu tür kararların alınması üst yönetim ile ilgili olup söz konusu iş kazasında da yetki ve talimat yönetim kurulu başkanına ait olduğundan ötürü konuya ilişkin yerel mahkemede görülen davada yönetim kurulu başkanının ceza sorumluluğu olduğuna hükmedilmiş ve söz konusu karar İzmir Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yerinde görülmüştür.⁷¹

Uygulamada, yönetim kurulu başkanının aynı zamanda murahhas üye sıfatını taşıdığı da görülmektedir. Böyle durumlarda yönetim kurulu başkanının yetki alanı gibi sorumluluk alanı da genişleyecektir. Yönetim kurulu başkanının aynı zamanda yönetim yetkisi kendisine devredilmiş olan murahhas üye olması halinde, somut işveren sıfatı doğrudan yönetim kurulu başkanına ait olacaktır.⁷² Bu nedenle iş kazası meydana geldiğinde somut işveren olarak adlandırdığımız ve işveren adına emir ve talimat verme yetkisine sahip kişi olarak yönetim kurulu başkanın ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Yönetim kurulu başkanlarının murahhas üye sıfatıyla şirketi yönettiği durumlarda işveren vekillerinin seçiminde ve faaliyetlerini yürütmesinde özen gösterilmelidir.

Değirmek istediğimiz diğer bir konu ise onursal başkanların şirkette doğacak herhangi bir iş kazasından ceza sorumluluğu olup olmamasıdır. Onursal başkan, uzun süre şirkete hizmet vermiş kişiler arasından manevi amaçlarla yahut şirket adına ticari bir portföy oluşturmak gibi maddi amaçlarla şirketler tarafından seçilen kişidir. Onursal başkanın ceza sorumluluğunun doğmasına fiili yönetim kurulu üyeliği neden olabilir. Fiili organ mevzuatta öngörülen usule uyulmak

⁷¹ "Bizzat yüklenici şirket Soma Kömür işletmeleri A.Ş. yönetim kurulu başkanı sanık... 'ın talep, eğilimi ve talimatı doğrultusunda ocakta mekanizasyona dayalı üretim modelinin oluşturulduğu ve ocağın mevcut ana galeri güzergahı yapısı itibarıyla her türlü mekanik üretim araçlarının istenilen panolara taşınmasında problem yaşanabileceği, nitekim şirket yönetim kurulu toplantısında sanık... 'ın talebi doğrultusunda alınan karar gereğince maden ocağında A panolarına indirilmek istenen mekanik üretim cihazlarının U3 bölgesi 4. Bant boyunun fiziki yapısı nedeniyle gerekli dönüşün aldırılmaması nedeniyle 4. Bant boyunda kulikar yolu açılmış, bu yolun açılması nedeniyle havalandırma açısından bir çeşit "durgun zon" oluşmuş ve 4. Bant boyunun hava akımı değişmiştir. üretim zorlamasından kaynaklandığı anlaşılmış, şirket yönetim kurulu başkanının üretim miktarı ve türüne ilişkin bu tercihlerinin teknik elemanlar tarafından giderilmesi söz konusu olmayıp, bu konular şirketin işleyiş mekanizmasına yönelik önemli maddi sonuçları olan hususlardır ve kararların en üst yönetim yetkisine sahip kişiler tarafından alınması gerekmekte olup Mahkemenin bu yöndeki kusur tespiti ile illiyet bağı bulunduğu yönündeki kabulü Dairemizce de yerinde görülmüştür." İzmir BAm 14. CD. E. 2019/313 K. 2019/1610

T. 18.04.2019 <https://www.uyap.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 28.03.2020).

⁷² "Belirtelim ki ticaret şirketlerinde organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişi de organ niteliği taşıyabilir ve bu nedenle somut işveren niteliğini haiz olabilir. Bu takdirde, tüzel kişinin iradesi bu kişi-organ tarafından açıklanır. Türk Ticaret Kanunu 367. Maddesi uyarınca anonim şirketi yönetim ve temsil yetkisi kendisine devredilen yönetim kurulu üyesi veya üyeleri kişi organ olarak somut işveren niteliği taşır." Süzek, s. 148. Aynı yönde bkz. Tuncay, s. 366.

suretiyle göreve gelmeyen, resmi olarak görevli olmadığı halde birtakım görevleri ifa eden, şirketi yöneten yahut şirketin iradesine etki eden kimsedir.⁷³ Anonim şirkette yalnızca şekli olarak organ niteliği taşıyan yöneticiler değil fiili olarak organ faaliyeti yürüten kişiler de sorumluluklar belirlenirken dikkate alınmalıdır.⁷⁴

Onursal başkan şirketin yönetiminde aktif olarak yer almamaktadır. Yalnızca kendi görüşlerini şirket yönetimiyle yetkili olan kişilere sunmaktadır. Nitekim onursal başkan yönetim kurulu toplantılarına katılsa dahi oy hakkı bulunmamaktadır.⁷⁵ Ancak onursal başkanın şirket yönetimini sürekli olarak yönlendirmesi ve tıpkı bir yönetim kurulu üyesi gibi hareket etmesi durumu söz konusu olur ise fiili yönetim kurulu üyeliği ortaya çıkabilir.⁷⁶ Şirketin üst yönetiminde aktif şekilde katılacak bir onursal başkanın da şirketin organizasyon ağı içerisinde yer aldığı kabul edilmelidir. Böyle bir durumda onursal başkanın da iş kazasından doğan ceza sorumluluğunun araştırılması gerektiği unutulmamalıdır.

SONUÇ

Anonim şirkete ait işletmede bir iş kazası meydana geldiğinde ceza sorumluluğunun tespit edilebilmesi için öncelikle şirket ve işletme açısından organizasyon ağının belirlenmesi gerekir. Ceza sorumluluğunun tespitinde organizasyon içerisinde inceleme yapılırken en alt birimden üst yönetime kadar yetkili kişiler inceleme altına alınmalıdır. Anonim şirkette yönetimin yönetim kuruluna ait olması nedeniyle somut işveren sıfatıyla sorumluluk yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulunun idare edilmesi ile yetili ve görevli olan kişi ise yönetim kurulu başkanıdır. Bu nedenle yönetim kurulu başkanının da iş kazasından ceza sorumluluğu doğabilmektedir.

Yönetim kurulu başkanının meydana gelen iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için öncelikle başkanın yetki ve görev alanının belirlenmesi gerekir. Anonim şirket içerisinde işveren vekili olarak atanmış kişilerin seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olduğu ve çalışanların denetime tabi tutulup tutulmadığının tespit edilmesi gereklidir. Her ne kadar işveren vekillerinin iş sağlığı ve güvenliği kapsamında gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yer alsa da şirket açısından maliyeti yüksek olan önemli kararların alınması üst yönetimin iradesindedir. Yönetim kurulu başkanı, iş sağlığı ve güvenliği uzmanları

⁷³ Korkut, Emre, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 202; Kaşak, Esra, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 62; Kalender, Emre, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2017, s. 110.

⁷⁴ Akdağ Güney, s. 365; Kaşak, s. 61.

⁷⁵ Pulaşlı, *Şerh*, s. 1254.

⁷⁶ Pulaşlı, *Şerh*, s. 1254.

ile işveren vekilleri tarafından kendisine bildirilen iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almalıdır. Bu tür önlemlerin göz ardı edilmesi yönetim kurulu başkanlarının da sorumluluğunu doğuracaktır.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2001.

Ayhan, Rıza/ Çağlar, Hayrettin/ Özdamar, Mehmet, *Şirketler Hukuku*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2020.

Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan, *Şirketler Hukuku*, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.

Doğrusöz, A. Bumin, "Yeni Türk Ticaret Kanununun İhdas Ettiği Suçlar, Cezaları ve Olası Sorunlar, Yaklaşım Dergisi, Y. 2011, S. 228.

Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. 2, 19, İstanbul, 1978.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası Ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1974.

Eren, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.

Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006.

Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2020.

Kalender, Emre, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı*, Yetkin Basım Yayım, Ankara, 2017.

Kaşak, Esra, *Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Kırca, İsmail/ Şehriali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara, 2013.

Kızılarşan, Hakan, *Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Korkut, Emre, *Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Mollamahmutoglu, Hamdi, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Narter, Sami, *İş Kazası Ve Meslek Hastalığında Hukuki Ve Cezai Sorumluluk*, Ankara, Adalet Basım Yayım, 2017.

Özen, Mustafa, "İş Kazalarında Hukuki, Cezai Ve İdari Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/2.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku*, Vedat Kitapçılık Basım Yayım, C.I, İstanbul, 2019.

Pulaşlı, Hasan, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2013, S. 125.

Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh)*, Adalet Basım Yayım, Ankara, 2018.

Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku*, Adalet Basım Yayım, Ankara, 2020.

Senyen-Kaplan, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Taşkent, Savaş, "İş Kazası Kavramı", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, İstanbul, 2001.

Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık Basım Yayım, İstanbul, 2015.

Tuncay, Aziz Can, "Tüzel Kişi İşverenin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 145-146.

Tuncay, Aziz Can/ Ekmekçi, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersler*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1998, C.1.

Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, C. 1.

ALAN DIŞI

KADIN (NİSA) HAPİSHANELERİ BAĞLAMINDA “YILDIRIM BÖLGE KADINLAR KOĞUŞU” VE “BURASI CEZAEVİ” ANI/ROMANLARINDA “KADIN GARDİYANLAR”*

*"Yıldırım Region Women's Women" And "Here Prison" In The Context Of Women Prison
"Women Guarantees"*

Dr. Öğretim Üyesi Canan Olpak Koç**

Özet: Batılılaşma süreci Osmanlı Devleti'nde birçok alanda değişikliği beraber getirmiştir. Bunlardan biri de hapisanelerin ıslahıdır. Hapishanelerin sistemde yerini bulmasıyla birlikte hapisane çalışanları konusu gündeme gelir. Özellikle kadın hapisanelerinin kurulmasıyla kadın gardiyanlar ortaya çıkar. Ancak kadın gardiyanların iş ortamında gözlenmesine dair çok fazla belgeye ulaşılamaz. Bu nedenle edebi metinler en azından yazıldığı dönemi aydınlatmak bakımından kıymetlidir.

Kadın yazarlar arasında cezaevinde yatmış olanların sayısı erkek yazarlara göre hem sayı hem de cezaevinde kalınan infaz süresi bakımından daha azdır. Buna rağmen yıllarını cezaevinde geçiren kadın yazarlar da vardır. Bunlardan biri Sevgi Soysal diğeri Emine Şenlikoğlu Özkan'dır. Her iki yazar da yazdıkları anı-romanla dönem cezaevi koşullarından bahseder. Soysal ve Şenlikoğlu, anlattıklarıyla cezaevi çalışanları -özellikle kadın gardiyanlar- hakkındaki izlenimlerini mahkûmiyet döneminde edinmişlerdir. Bu sebeple, çalışanlar, iki yazarın romanında merkezi bir rol üstlenmiştir. 1971 yılını anlatan *Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu* ile 1985-1987 yıllarını anlatan *Burası Cezaevi* anı-romanları, kadın gardiyanları ve mahkûmların onlara bakışını gösterir. Biz bu çalışmamızda romanlarda ele alınan kadın gardiyanların mahkûmla ilişkilerinde ortaya koydukları tavrı incelerken hapisane hayatının onların karakterine yansıyan sosyo-psikolojik analizini de ortaya koymaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Kadın Hapishaneleri, Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu, Burası Cezaevi, anı-roman, hapisane, kadın gardiyanlar.

Summary: The Westernization process brought changes in many areas in the Ottoman State together. One of them is the rehabilitation of prisons. With the prisons finding their place in the system, the issue of prison workers comes to the agenda. Especially with the establishment of women's prisons, female guards appear. However, not much documents are available regarding the observation of women guards in the business environment. For this reason, literary texts are valuable at least in terms of illuminating the period in which they are written.

The number of women who have been imprisoned among female authors is less than the male authors, both in terms of number and duration of execution. However, there are also female writers who spent their years in prison. One of them is Sevgi Soysal and the other is Emine Şenlikoğlu Özkan. Both authors talk about the prison terms of the era with the novel they wrote. Soysal and Şenlikoğlu had their impressions about prison staff - especially female guards - during their conviction. For this reason, the employees played a central role in the novel of the two authors. The Lightning District Women's Ward, which tells about 1971, and the prison prison-novels that tell 1985-1987, show the view of women guards and prisoners. In this study, we will try to reveal the socio-psychological analysis of the prison life reflected in their character while examining the attitude of the female guards discussed in the novels with their prisoners.

Keywords: Women's Prisons, Yıldırım District Women's Ward, This is Prison, memorial-novel, prison, women guards.

* İncelenen metinlerde ve bahsi geçen dönemde “gardiyan” unvanı kullanıldığından yapılan çalışmada da aynı adlandırmaya sadık kalınmıştır. Ancak “gardiyan” unvanı, Resmi Gazete’de yayınlanan 13 Ağustos 1984 pazartesi Sayı: 18488 Mükerrer Bakanlar Kurulu Kararı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 2 nci maddesi hükmüne göre, Bakanlar Kurulunca 18/7/1984 tarihinde "infaz ve koruma memuru" olarak kararlaştırılmıştır.

** Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Türk Dili ve Edebiyatı. colpak@mehmetakif.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 17/04/2020, Makale Kabul Tarihi : 03/06/2020

GİRİŞ

Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma programını oluşturduğu Tanzimât Dönemi aynı zamanda büyük çaplı hukuksal düzenlemelerin başlangıcını da oluşturur. Tanzimât Fermanı'nın ilanının ardından çıkan kanun önünde eşitlik ilkesince “kanunsuz suç ve ceza olmaz” anlayışıyla birlikte 1840, 1850 ve 1858 ceza kanunları çıkarılmıştır. 1858 yılında çıkarılan ceza kanunuyla mahbesten hapisane sistemine geçilmiştir. Bu hapsedme usulündeki değişiklik, beraberinde çözülmesi gereken birçok konu başlığını ortaya çıkarmıştır. Bunlardan ilki belki de en önemlisi hapisanelerdeki personel istihdamıdır. Çünkü yalnız erkeklerin değil kadınların da benzer düzenlemelerle suçunun gereğince hapsedilmesi istenmiştir. Kadınların hapsi onlar için ayrı bir mekânı gerekli kıldığı gibi kadın gardiyan istihdamını da gerektirir. O dönemden bugüne kadın gardiyanlarla ilgili birçok düzenleme yapılmış, ancak çalışma mekânında kadın gardiyanların anlatımı çok yapılmamıştır. Bunda kadın mahkûm ve çalışan sayısının genellikle her dönemde erkeğe göre daha az olmasının da etkisi olabilir. Sebep her ne olursa olsun çalışma hayatına kadın gardiyan olarak girenler hakkında detaylı bilgiye ulaşmak zordur. Bu nedenle kadın hapisanelerini ve kadın gardiyanları, Kemal Tahir'in “Karılar Koğuşu”¹ romanındaki kadın gardiyanın kısa anlatımı ve kurguya yerleştirilmesi gibi birkaç istisnai durum dışında, doğrudan darbe dönemleri sonrası cezaevine giren kadın yazarların anı/roman türündeki kitaplarından okuruz. Bunların yorumlanmasında şüphesiz kadın hapisanelerinin ve kadın gardiyanların tamamıyla böyle olduğuna dair bir çıkarımda bulunulmamıştır. Yalnızca belirtilen mekân ve çalışanların ülkenin modernleşme serüveninde özellikle kritik dönemlerde kendine kurduğu yer ve oradan görünüşü tasvir edilmeye çalışılmıştır.

KADIN (NİSA) HAPİSHANESİ VE KADINLARIN HAPSEDİLMESİ

Hapishane sistemine geçiş bazı Osmanlı aydınlarının eleştirilerine sebep olsa da uygulamalardan vazgeçilmemiş ve 1870 yılında

¹ Kemal Tahir'in Malatya Cezaevi'nde tuttuğu notlardan faydalanarak yazdığı Karılar Koğuşu romanında kadınların hapisanedeki hayatları, İstanbullu gazeteci Murat Bey'in bakış açısıyla verilir. Bu mahkûm kadınlar dışında romanda önemli bir yere sahip olan gardiyan Ayşe kadın ve gardiyan Şefika da vardır. Ayşe kadın, yıllarca kocasından, kocası ölünce de oğlundan çekmiş, cefakâr bir kadın olarak tanıtılır. Şefika ise, Ayşe kadının kızı olmakla birlikte kocasını sevmeyen bu yüzden onu aldatan cahil bir kadın olarak okura anlatılır. Yazar hem mahkum hem gardiyan kadınların o dönemde içinde buldukları cehaleti farklı boyutlarda ve olaylarla okurun karşısına çıkarır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Durukan, Şaziye, “Kadının Toplumsal Çıkılmazının Hapishane Boyutu: Karılar Koğuşu”, Balıkesir Üniversitesi Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute Volume: 18 - Number: 34, December 2015, s.a. 51-61.

Fedai, Özlem, “Kemal Tahir'in Romanlarında Kadınlar”, *Kemal Tahir*, Editörler: Fatih Andı/ Ertan Eğribel, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2010.

Sultanahmet'teki İbrahim Paşa Sarayı bir süreliğine ilk hapisane olarak kullanılmıştır.² Devamında 1880 tarihinde Hapishaneler Nizamnamesi³ yayınlanmıştır. Nizamnameye göre sorgusu devam edenler için tevkifhane kullanılırken, cezası kesinleşenler için hapisane devreye girmiştir. Ayrıca kaza, liva ve eyaletlerde birer tevkifhane kurulmuştur. Bu nizamname içerisinde kadınlar için de bir daire tahsis edileceği karara bağlanmıştır.⁴

Yeni kanunlara göre suçlar tekrar tanımlanmış, suç oranına ve suçun işlenebilme sıklığına uygun olarak ceza kanununda birçok suçun karşılığı, hapis cezası olarak verilmeye başlanmıştır. Bu durum hapishanelerin çabuk dolmasına sebebiyet vermiştir. Batılı güçlerin bu soruna dâhil olmasıyla beraber, Osmanlı'daki hapishanelerin fiziki koşullarının düzeltilmesi zorunlu hale gelmiştir. Bu dönemde İstanbul'da yerleşik bulunan İngiliz elçisi Sir Stanford Canning, ülkedeki hemen tüm hapishaneleri özel izinle gezmiş, oralarda tespit ettiği yanlışlıkları, bunların düzeltilme yollarını raporlamıştır. Raporun sonuçlarından biri gayri Müslimlerin daha zor durumda olduklarıdır.⁵

² Atar, Zafer, "20. Yüzyıl Başlarında İstanbul Hapishane-i Umumi'de Mahkûmların Üretim Faaliyetleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Nisan 2015, S. 34, s.95.

³ "1880 tarihli "Tevkifhane ve Hapishanelerin İdare-i Dahiliyelerine Dair Nizamname Lahiyası"nda XX. yüzyılda hızla yaşam şartlarının bozulması ile birlikte sosyal yaşam koşullarının da olumsuz yönde etkilenmesi sebebi ile hapishanelerde de salgın hastalıklara rast gelinmesi hasebi ile mutlak surette hapishanelerde berber bulundurulması, mahpusların müdürün belirlediği gün ve saatte mutlak surette tıraş edilmesi, hafta da en az bir defa hamama gidilmesi şartı getirilmiştir. Ayrıca doktorun haftada bir defa hapishanelere gelmek üzere görevlendirileceği, mahpusların girip çıktığı tüm yerleri muayene edecektir." Çakmakoglu Kuru, Alev, *Sinop Hapishanesi*. Atatürk Kültür Merkezi. Ankara, 2004, s. 15.

⁴ Tekin, Saadet, "Osmanlı'da Kadın ve Kadın Hapishaneleri", Ankara Üniversitesi, DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.29, S.47, Ankara, 2010, s.95-96.

⁵ Gayr-i Müslim suçlu kadınlar açısından en ilginç olan mahkûmiyet, Zeytun İsyanı sonrasında hapsedilen fakat demir parmaklılar arkasından kaçan 8 Ermeni elebaşının eşlerinin yaşadıklarıdır. Mezkûr hanımlarının Anadolu Müslim halkı tarafından bir saldırıya maruz kalmamaları adına Halep'e götürülerek tecrit edildikleri bilinmektedir. Fakat İngiltere'nin Halep Konsolosu Henderson, bu kadınların siyasi mahkûm olarak çocukları ile birlikte Halep'teki nisa hapishanesine zincirlenerek kapatıldıklarını ileri süren ve 14 mahkûm hakkında sadece faraziyelere dayanan taraflı bilgiyi Londra'ya geçmesinin ardından, mezkûr kadınlar ile ilgili olarak Avrupa'yı ayağa kaldırmış, hatta İngiltere bu kadınların tutuklanmasına ilişkin olarak gerçek bir sebebin zuhur etmediğini ve bu durum gerçekse Osmanlı Hükümeti'nin derhal müdahil olmasını, sorumlularının istifa etmesi gerektiğini ifade eden nota, dönemin hükümetine tevdi edilmiştir. Ancak Osmanlı Devleti'nin böyle bir tasarrufunun olmadığı, yaşanan durumun sadece güvenlik tedbiri olduğu, söz konusu kişilerin hapiste değil, tecritte oldukları ayrıntılı biçimde dönemin Dâhiliye Nazırı Kâmil Paşa tarafından ilgili makamlara bildirilmiş, ayrıca durumun sakinleşmesinin ardından mezkûr kadınların serbest bırakıldıkları ifade edilmişse de, Dâhiliye Nazırı Kâmil Paşa görevinden alınmıştır. Günay, Nejla, *Maraş'ta Ermeniler ve Zeytun İsyanı*. İstanbul 2007, s. 252-258; Yıldız, Gültekin, Osmanlı Devleti'nde Hapishane Islahatı (1839-1908),

Bu madde Batılı devletlerin müdahalesini de hızlandırmış ve ihtiyaç duyulan tedbirlerin hemen düzeltilmesine başlanmıştır. Kaloriferli modern hapisanelerin inşası talep edilmiştir. Bu doğrultuda özellikle Meşrutiyet döneminde hızlı bir şekilde yasalaşma atılımları olur. Ancak yapılanlar eski düzenin tümüyle ortadan kaldırıldığı anlamına gelmez. “Özellikle Avrupa tarzında yasalaşma sürecinde, şeriata ve örfe dayalı kadim hükümlerin tam olarak ortadan kaldırılamaması, ikilikleri içeren garip bir hukuk sisteminin ortaya çıkmasına da sebep olmuştur.”⁶

Kadın (nisa) hapisanesi meselesiyse hemen her yerde önemli bir sorun teşkil etmiştir. 1880 Hapishaneler Nizamnamesi'nin birinci bölümünün altıncı maddesinde, her vilayet, sancak ve kaza merkezinde hapishanelerde kadınlara mahsus bir daire olması hedefine ulaşmak mümkün olamadığından uygun hanelerin kiralanarak geçici bir zaman için kadın hapisanesi olarak kullanılması yoluna gidilmiştir. Öncesinde hapsedme şeklinde cezalandırmanın yaygın olmaması ve ayrı bir bina olarak kadın hapisanesi bulunmaması gibi nedenlerle kadınların cezalarını genellikle mahalle imamının gözetiminde “imam evleri”nde çektikleri görülür. Sonrasında genellikle güvenilir kadınların evleri kiralanmak suretiyle bu mesele çözülmeye çalışılmıştır. Ancak hem kira bedeli hem de gardiyan maaşının karşılanması konusunda sıkıntılar yaşandığından yeni yapılan hapishanelerde kadınlara yer ayrılması veya koğuş ilave edilmesi, bunun yapılamaması durumunda hükümleri kesinleşmiş olanların civar kazalardan birine gönderilmesinin daha iyi olacağı düşünülmüştür. Bazen de kadın mahkûmlar için bir hane kiralanır ya da yine çevre yerleşim yerlerindeki mevcut koğuş veya hanelere nakledilirler. Kadın mahkûm sayısı erkeklere göre çok az olduğundan uzun süre böyle geçici çözümler devam etmiştir. Ancak özellikle 1880 Nizamnamesi ile başlayan süreçte kadınlara özel hapishane çalışmaları başlamıştır.⁷

Avrupa'da ve Birleşmiş Devletlerde de o dönemden çok öncesinde kadın cezaevleri konusunda ciddi bir çalışma olmamıştır. Özellikle Birleşmiş Devletler'de cezaevindeki kadınların tarihi, cezaevindeki erkeklerin tarihine paralel olarak bir takım aşamalara ve gelişmelere bağlı bir seyir izlemiştir. 1870'lere kadar tüm kadın mahkûmlar erkeklerle aynı hapishane kompleksinde barındırılmıştır. 1870-1930 yılları arasında ise, kadın reform hareketi yaşam koşullarını değiştirmeyi başardıktan sonra, bazı kadın mahpusların da koşulları değişmeye başlamış ve yeni iyileştirme felsefeleri ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte,

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002, s. 214.

⁶ Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 243.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ata, Feridun, “Osmanlı Döneminde Bozkır Hapishanesi”, *Uluslararası Sempozyum: Geçmişten Günümüze Bozkır Nisa veya Kadın Hapishanesi*, Konya, 2016

pek çok kadın için gözaltı koşullarının değişmediğini ve erkek tutsaklara benzer koşullarda barındırılmaya devam ettikleri görülür.⁸

HAPİSHANE ÇALIŞANLARI VE İLK KADIN GARDİYANLAR

Hapishane personeli ile ilgili olarak çıkarılan ilk talimatname 6 Nisan 1876 tarihli Hapishane Gardiyanları Talimatnamesi'dir ve 1880 Nizamnamesinin yayınlanmasına kadar yürürlükte kalmıştır. Buna göre gardiyanlar, yaşları yirmi beş ile elli arasında olan ve suç işlememiş her sınıf Osmanlı vatandaşı arasından, idare meclisleri tarafından ehliyet ve kabiliyetlerine dikkat edilerek seçilecektir. Sayıları ise hapishanenin durumuna ve büyüklüğüne göre belirlenecektir. Gardiyanların görevleri ise; hapishanenin temizliğini yapmak, mahkûmların ekmeklerini dağıtmak, soğuktan korunmalarına dikkat etmek, kandillerini yakmak, sularını temin etmek, hasta mahkûmların hizmetlerini görmek ve mahkûmların uygunsuz hareketleri görüldüğünde hapishane zabitasını haberdar etmektir. Burada hapishanelerin içişlerinden gardiyanların sorumlu olduğu ifade edilirken çalışanlara elbise ve tayinat verilmesi konusu açıkça belirtilmemiştir. Öte yandan maaşlarının düşük olması ve hapishanelerin kötü şartları nedeniyle devletin gardiyan istihdamında zorlandığı, bu nedenle daha sonra yayınlanacak olan 1880 Nizamnamesine aykırı olarak okuma-yazma bilmeyen, ehil olmayan kişilerin de zaman zaman çalıştırıldığı yazılmıştır.⁹

1880 yılında ise hapishanelerin uymak zorunda oldukları fiziki ve idari koşulları belirleyen 6 bölüm ve 97 maddeden oluşan daha kapsamlı "Tevkifhane ve Hapishane Nizamnamesi" yayınlandı. Hapishane personeli arasında başgardiyan sınıfı yokken bu nizamname ile ilk kez başgardiyanlık oluşturulmuştur. Buna göre; başgardiyanların, okuma yazmayla hesap bilmeleri ve otuzla elli yaş arasında olmaları tercih edilmiştir. Başgardiyanların diğer gardiyanları denetleyebilecekleri, hapishane müdürü bulunmadığı zamanlarda birkaç saatlik izin kullanmak isteyen gardiyanlara izin verebilecekleri de belirtilmiştir. Hapishane müdüründen sonra en yetkili kişi olan başgardiyanın görevi ise; mahkûmların hal ve davranışlarındaki düzeni sağlamak, hapishane temizliğinin ve hapishaneye girecek veya çıkacak eşyaların denetimini yapmak, mahkûmların saklanacak eşyalarının özel bir yerde tutulmasına dikkat etmek, mahkûmların başka bir yere nakilleri sırasında özel eşyalarını, mahkûmiyetlerini bildiren belgeleri ve mahkeme ilâminin özetini hazırlayarak sevk memuruna teslim etmektir.¹⁰ Çıkarılan

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Banks, Cyndi, *Women in Prison: a Reference Handbook Santa Barbara, California: ABC-CLIO, 2003.*

⁹ Demirkol, Kurtuluş, II. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, S.70-72.

¹⁰ Demirel, Fatmagül, "Osmanlı Hapishanesinin Gardiyanları", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı 9. 2007, s.258-259.

Nizamnamelerde, hapishane nizamı ile ilgili hususlar ayrıntılı bir şekilde izah edilse bile ıslah çalışmaları, hapishanelerdeki sorunların tamamının çözülmesinde etkili olamamıştır. Hapishanelerin kurumsallaşması sürecinde karşılaşılan mühim sıkıntılardan birisi, yine personel eksikliği olarak ortaya çıkar. Personel isteği ile ilgili 1883 yılında birçok vilayetten yazılar gönderilir. Örneğin Karahisar-ı Sahip (Afyon), Kütahya, Selanik gibi kentlerin yetkilileri de acil olarak gardiyan istihdamının gerekliliğini vurgulayan yazılar gönderir. Ancak hapishane görevlileri ile ilgili olarak 19. yüzyıla ait belgelere yansıyan konular içerisinde özellikle tahsisat yokluğu ve maaşların ödenmesinde karşılaşılan güçlükler ilk sırada yer almaktadır.¹¹ Yukarıda bahsedilen nizamnamelerde kadın hapishanesine duyulan ihtiyaç belirtilmesine rağmen çoğu zaman Gebze Hapishanesi örneğinde olduğu gibi ayrı bir kadın hapishanesinin inşa edilmemesinin bir nedeni bu maddî zorluklar iken, diğer bir neden de kadınlarda suç oranının düşük olmasıdır.¹²

1880 Nizamnamesinde hapishane personeli; müdür, başkâtip, gereken sayıda kâtip, başgardiyan, gereken sayıda gardiyan, kadınlar koğuşu için kadın gardiyan ya da gardiyanlar, imam ile Hristiyanlık ve Musevilik gibi diğer dinleri temsil eden birer din adamı, tabip, hastahane hademesi, çamaşırcı ve işçi olarak sıralanmıştır.¹³ Ancak nizamnamenin pek çok maddesi gibi bu maddenin hayata geçirilmesi de mümkün olmamıştır. 8 Ocak 1920 tarihli bir raporda, nisa hapishanesinin “gayet garip bir vaziyette olduğu ve bu hapishanede bir gardiyan ve jandarma olmadığı, akşamdan akşama ekmeleklerini verip kapıları kapatıp gittikleri” ifadeleri üzerine bu durumun çok yanlış olduğu ve bir kadın gardiyana ihtiyaç olduğu belirtilerek talepte bulunulmuştur (53 BOA., DH.MB.HPS. 164/47 (16 Rebiülahir 1338/8 Ocak 1920)).

Hapishaneler nizamnamesinin otuz üçüncü maddesinde, kadın gardiyanların erkek gardiyanlarla aynı görevleri üstlenecekleri belirtilmesine ve aynı görevi yapmalarına rağmen, kadın gardiyanların erkek gardiyanlardan daha az maaş aldıkları görülmektedir.¹⁴ Örneğin Eskişehir Nisa Hapishanesi gardiyanlığına Ayşe'nin yerine Emeti Hatun'un tayin edildiği ve 25 kuruş gardiyanlık maaşı ödeneceği, ancak nisa gardiyana maaşı adına bir tahsisat kaydı olmadığından nasıl

¹¹ Örneğin Şehremaneti'nden gönderilen bir tezkirede Gebze Hapishanesi'nde bir gardiyan istihdamına ihtiyaç olduğu ancak kendisine tahsis olunacak maaşın bütçede karşılığı olmadığından, bunun mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. BOA. DH.MKT 169/43 (15 Recep 1311/22 Ocak 1894). Bu problemin kalıcı olarak çözülemediği, beş yıl sonrasına ait bir belgeden anlaşılmakta, talep edilen gardiyan için kaç lira maaş alacağının belirlenerek önce bütçeden karşılık gösterilmesi istenmektedir. BOA. DH.MKT 2158/68 (27 Şaban 1316/10 Ocak 1899).

¹² Gümüşsoy, Emine, “19. Yüzyıl Sonu ve 20. Yüzyıl Başlarında Gebze Hapishanesi”. *Uluslararası Akça Koca ve Kocaeli Sempozyumu Bildirileri*, C.II. Kocaeli, 2015, s.1017.

¹³ Yıldız, Gültekin, Osmanlı Devleti'nde Hapishane Islahatı (1839–1908), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2002, s.383.

¹⁴ Demirel, Fatmagül, s.258-259.

karşılanaacağı, Hüdavendigâr vilayetinden sorulmuştur. 5 Aralık 1916'da Eskişehir Hapishanesi müdürü bulunan Zeynelabidin Efendi bir arzuhal hazırlayarak memur ve kâtiplere 100 kuruş zam yapılarak emsali olan hapishane memurlarının aldıkları maaşa eşitlenmesini istemiş olmakla beraber, 100 kuruşun kadın gardiyan maaşı olarak tahsis edilmesi uygun bulunmuştur (BOA., DH.MB.HPS. 92/51 (9 Safer 1335/5 Aralık 1916)). Bir diğer örneğe, Isparta Hapishanesi'ndeki erkek gardiyanların maaşının yüz elli kuruşa yükseltildiğini duyan ve maaşı elli kuruş olan kadın gardiyan bu parayla geçinemediğini belirterek, maaşının yüz elli kuruşa çıkartılması, hiç olmazsa yüz kuruş olmasını istemesidir. Ancak ödenek yokluğu sebebiyle bu talep 14 Temmuz 1913 tarihli cevabi yazıyla reddedilmiştir. Burada dikkati çeken husus, kadın gardiyan olmaları sebebiyle mi yoksa kadın hapishanelerinde görev yapmaları sebebiyle mi düşük maaş aldıklarıdır? Çankırı Nisa Hapishanesi'nde görev yapan Ahmed Hamdi'nin durumu bunu açıklamaktadır. Öyle ki, Çankırı Nisa Hapishanesi'nde 1916 yılında gardiyanlık görevi yapan Ahmed Hamdi, yetmiş kuruş olan aylığının erkek hapishanesinde aynı işi görenler gibi iki yüz kuruş olmasını istemiştir. Ancak Ahmed Hamdi'nin de talebi yerine getirilmemiştir. Bu durumda erkek ve kadın hapishane ve tevkifhanelerindeki görevli gardiyanlar arasındaki maaş farkı, muhtemelen erkek hapishanelerindeki mahkûm ve tutukluların sayısının kadın mahkûmlarla çoğu kere kıyaslanamayacak kadar çok olmasından, yani erkek gardiyanların idare ve muhafaza etmesi gereken mahkûm sayısının, kadın mahkûm sayısından fazla oluşundan kaynaklansa gerektir.¹⁵

1926 yılına kadar yürürlükte kalan Osmanlı Devleti'ndeki infaz sisteminde 19. yüzyıl ile beraber önemli değişiklikler olmuştur. Özellikle hapis sisteminin devreye girmesiyle insan sağlığına uygun olmayan koşulların düzeltilmesi için çalışılmıştır. Dönemin siyasal şartları, halkın reformlara yönelik tepkisi, hapishaneler konusundaki ıslah çalışmalarının beklendiği gibi ilerlemesini engellemiştir. Erkek hapishanelerinde olduğu gibi kadın hapishanelerinde de en büyük problemin bina sıkıntısı olduğu ortadadır. Ancak kadın hapishaneleri için ikinci ve önemli bir problem de, belirtildiği gibi gardiyan meselesi olmaya devam etmiştir. Fakat bütün eksikliklere rağmen Osmanlı'da erkek ve kadın mahkûmlar için gereken infaz sistemi için çalışılırken bir taraftan da erkek ve kadın gardiyanların durumu konuşulmuştur.

Osmanlı Devleti'nde adaleti modernleştirme çalışmalarına suçlunun iyileştirilmesine yönelik fiziki mekân değişikliklerinden başlanmıştır, denilebilir. İlk modern hapishanelerin kuruluşuyla kadın suçluların nerede cezasını çekeceği konusu da gündeme gelmiş ve yukarıda belirtilmiş olan noktalarda olduğu gibi gerekli çözümler

¹⁵ Kızılkın, Ayşe, Osmanlı'da Kadın Hapishaneleri ve Kadın Mahkûmlar (1839-1922), Basılmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2011, s.87-88.

üretmiştir. Bernard Caporal adalet mekanizmalarında yapılmak istenen değişiklikler hakkında “Her ne olursa olsun Tanzimat Dönemi ve Abdülhamit’in hükümdarlığı, Türklerin yasalar ve yargı kurumları çerçevesinde Avrupa uygarlığını özümsemek amacıyla başlattıkları ilk girişimleri beraberinde getirmiştir. Kadın hakları açısından ise bu girişimler, uygulamada sonuçsuz kalmışlardır.”¹⁶ demiş olsa da kadınlar için ilk hapisanenin kurulmasından önce kadın gardiyan ihtiyacı düşünülmüş ve kurumlarda il uygulamaları yapılmaya başlanmıştır. Suç işlemiş kadınların, mahallelerinde önce “imamların evlerinde kapalı olarak kalma” şeklinde uygulanan cezaları daha sonra mahallenin yaşı ilerlemiş, akli başında kadınlarının evinde hapsedilmeleriyle devam etmiştir. Daha önce belirtildiği gibi 1880 yılında yayınlanan nizamname ile her vilayette erkek hapisanelerinde kadınlar için de bir daire kurulması madde olarak eklenmiştir.¹⁷ Ancak maddi yetersizlikler nedeniyle bu uygulama ağır aksak devam etmiş zaman zaman kurulan daireler erkek mahkûm sayısının fazlaştığı dönemlerde yeniden erkek dairesine çevrilmiştir. Gerek mekân, gerekse kadın çalışan olarak hapisanelerin ihtiyacının tam anlamı ile giderilemediği incelenecek olan her iki romanda da görülebilir. Zira anlatılacak kurgular, bahsedilen değişikliklerin üzerinden neredeyse bir asır geçmiş olmasına rağmen devam eder. Kurgularda hala mekân probleminin halledilemediği, bu durumun ortaya çıkardığı zaafiyetin (kadın gardiyanların erkeklerden mektup getirmesi vb.) anlatılmasından bellidir. Bugünse gelişen ve ilerleyerek değişen Türkiye’de müstakil kadın ceza infaz kurumu sayısı artmış, kadın çalışanlar olarak infaz ve koruma memurlarına erkeklerle aynı haklar tanınmıştır.

1980’LERDE DEVAM EDEN GARDİYAN SORUNU VE EDEBİ METİNDE GÖRÜNÜŞÜ

Her dönemin siyasi, soyal ve kültürel ortamı, edebi metinler aracılığıyla değişik gözlemlerden yola çıkılarak anlatılabilir. Toplumsal cinsiyet algısı kavramının bütün alanlarda olduğu gibi edebiyatta da kendine yer bulduğu bir gerçektir. Bu nedenle çalışma ortamında kadın gardiyanların durumu hakkında, cezaevinde yatmış olan iki kadın yazar Sevgi Soysal (1936-1976) ve Emine Özkan Şenlikoğlu’nun (1953-) tanıklıkları ve anlatımları dikkate değer bilgiler içerir.

Gerçekçi edebiyatın önemli isimlerinden Sevgi Soysal, 1972’de siyasal nedenlerle tutuklanmış, bir yıl hapse mahkûm edilmiştir. Cezaevinden sonra Adana’da iki buçuk ay sürgünde kalmıştır. 1976

¹⁶ Caporal, Bernard, *Kemalizm ve Kemalizm Sonrasında Türk Kadını I*, Çev: Ercan Eyüpoğlu, Cumhuriyet Kitaplığı, 1999, s.119.

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Demirtaş, Timur, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi", *Hapishane Kitabı*, Editörler: Emine Gürsoy Naskali/ Hilal Oytun Altun, Kitabevi, İstanbul, ss. 3-40.

yılında anı-roman türünde yazdığı “Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu”¹⁸ adlı eserinde, kadınlar koğuşunda geçirdiği günlerini, o dönem cezaevi yönetim anlayışını, özellikle kadın çalışanların tutum ve davranışlarını, bakış açılarını ve mahkûmla diyaloglarını anlatır.¹⁹ Dinî-İslâmî eserleriyle tanınan Emine Şenlikoğlu ise, 1984'te yazmış olduğu ilk kitabı “Gençliğin İmanını Sorularla Çaldılar” adlı kitabından dolayı iki buçuk yıl cezaevinde yatmıştır. 1984 tarihinden itibaren İslâmî muhtevalı kitaplarını yayımlamaya başlar. Yazılarında dolayı sık sık yargılanır. Cezaevinde geçirdiği yılları “Burası Cezaevi”²⁰ adlı anı-roman türündeki eserinde anlatmıştır. Kitapta cezaevine giriş sebebi, girdikten sonra orada çalışanlarla ilişkisine değinmiştir.

Edebiyat eserlerinde yazılanların gerçek olma kaygısının güdülmesi, kurgunun doğasına uymayan bir yöntem olarak düşünülebilir. Bu nedenle çoğu zaman eserlerde gerçeklikle uyum aranmaz. Çünkü özellikle roman, öykü, tiyatro türlerinde hayal gücü yazara daha geniş imkân sunar. Ancak bu türlerden roman, aynı zamanda yazarın yaşam öyküsüne tanıklık edecek zaman/mekân aralığına sahiptir. Bu nedenle zaman zaman yazarlar, hayal gücünden ziyade yaşadıklarını, tanıklık ettiklerini, gözlemlerini de aktarmaya/kurgulamaya çalışır. Anılarla oluşturulan bu kurgular, anı-romandır. Anı-roman da aslında yazarın kalemiyle yeniden düzenlenen kurmaca bir dünyadır. Aynı zamanda anı-roman, “gerçek hayatta yaşamış kişilerin ve yaşanmış olayların kurmaca olaylarla birleştirilmesi sonucu ortaya çıkan, tanrısal anlatıcı konumuyla yazılmış roman türüdür. Burada yazar romanın içindeki bir karakter olarak bizzat yaşadığı olayları üçüncü ya da birinci tekil şahıs anlatıcı ağzından yazabildiği gibi, belgelere dayalı olarak kendi dışında gelişen, tanık olmadığı olayları da aktarabilmektedir.”²¹ Anı-romanın temel özelliği, anı sahibinin dolayısıyla anı-roman kurgusunu oluşturanın duygusal hayatını katarak yaşamının belli bir kesitini tarihsel bağlamda aktarmasıdır. Bu özellik anıların tarihe kaynaklık edebilme yanını da gösterir. Bir anlamda biyografik olan bu türün edebiyatımızda olmayışı konusunda Peyami Safa, “Bizde okuyucu kalabalığının tarih ve tefrika romanlarında aradığı şey, insanın kendi kendisiyle değil, başkalarıyla münasebetinin dramıdır. Henüz kahramanın iç dalgalanışı ve derûnî mücadelesi, okuyucular arasında geniş bir alâka bulamadığı için

¹⁸ Soysal, S., *Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu*, İletişim Yayınları, 2008.

¹⁹ Roman hakkında bkz. Olpak Koç, Canan, “Sevgi Soysal ve Cezaevi Günleri: Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu Romanında Birey ve Grup Psikolojisinin Doğurduğu Çatışmalar ve Uyum”, *Turkish Studies Dergisi-International Periodical For The Languages, Literature and History or Turkish or Turkic Volume 7/2 Spring 2012*, p.807-819, Turkey.

²⁰ Şenlikoğlu Özkan, E., *Burası Cezaevi*. Mektup Yayınları, 1988

²¹ Eryılmaz, Doğanay, Ermeni, Fransız ve Türk Literatüründe Anı Türü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.44.

romanlarımıza psikoloji giremedi.”²² şeklinde cevap verir. Anı-romanlar yalnız yazarı ve dönemi hakkında değil, aynı zamanda dönemin insan psikolojisi konusunda da okuruna ip ucu verebilecek derinliktedir. “Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu” ve “Burası Cezaevi” romanları da yazarlarının gerçek yaşamlarının bir bölümünü aktardıkları biçimiyle anı-roman kategorisine dâhil edilebilir.

FEMİNEN BAKIŞIN “KADIN GARDİYANI” GÖZLEMLEMESİ

Sevgi Soysal, tutuklu olarak bir süre kaldığı Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu’nu, aynı adlı romanında anlatmıştır. Makaleye temel olan iki kitaptan biri olan bu roman, 12 Mart rejimine ters düşen siyasi anlayışıyla mahkûmiyet alan kadınları anlattığı için, uygulamalar dönemin şartlarına göre biraz farklılaşmış görünmektedir. Anlatılan bu sıkıyönetim döneminde, cezaevlerinde kadın mahkûmların kontrolü daha çok kadın gardiyan olarak kadın polisler bırakılmıştır. Bu kişiler kadın gardiyan rolünde işlerini yapmışlardır.

Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu, dönemin şartları ve siyasi mahkûmları barındırması nedeniyle askeri niteliği olan bir yerdir. Kadınlar için gözaltı ve tutuklu koşulları vardır. Sabahları, tarhanalı karavana bırakılan bu koşullarda her gün sayım yapılır. Askeri niteliği nedeniyle astsubaylar ve cezaevinde görevlendirilmiş polisler beraber çalışır. Yazar ve aynı zamanda anlatıcı olan Sevgi Soysal da iki kez tutuklanmış ve oraya getirilmiştir. İlk tutukluluğunda kadın gardiyan olarak görevlendirilen “Şişman Polis” varken ikinci tutukluluğunda gardiyan prototipi, “Suna” ile devam etmiştir. Ancak her iki dönemde de kadın gardiyanlar hakkında çok farklı olmasa bile değişik algılamaların olduğu görülür.

Soysal, gardiyanlıkla görevlendirilen bu kadın polislerin hiçbirinin kızgınlık isteği yaratabilecek öfke durumuna yol açmadığını söyler. Onlar için en zor konu, günlerini nasıl geçirecekleridir. Kadınlar şişle yün örmeyi severler. Şiş, mahkûm kadınlar arasında sıkıntı oluşturan bir konudur. Romanda anlatıldığına göre koğuşta sıkılan kadınları son zamanlarda şişle örgü örme merakı sarmıştır. Ancak bu örgü merakı şiş kullanılması nedeniyle yasaklanır. Şiş konusunda taviz veren tek kişi yazarın “Şişman Polis” diye adlandırdığı kadın gardiyanıdır. Şişman Polis, tutuklu kadınların şişleri yakalatmaması şartıyla buna göz yummaktadır. Bu göz yumuş nedeniyle “Şişman Polis”in tutuklu kadınların gözündeki kadın gardiyan algısı çok sert değildir. Bu ilk dönemde yazarın, tutukevi ile ilgili şikâyetçi olduğu en baş konu, hafta sonu, görevlilerin izinli oluşudur. Yeterli çalışan olmadığı için kadın polislerin gardiyan olarak çalıştığı bir cezaevinde,

²² Safa, Peyami, *Sanat, Edebiyat, Tenkit*, Der.: Ergun Göze, Ötüken Yayınevi, İstanbul, 1970, s.58.

cezaevi yönetimi çare olarak koğuş kapısını neredeyse bütün gün kapalı tutmaktadır.

Bütün olumsuz şartlara rağmen romanda tutuklular ile gardiyanlar arasında değişik bağlar kurulur. Bir gece “Şişman Polis”in eşiyle o gece görevli astsubay arasındaki bir kavga sonrası kadın çalışanın tutuklulardan manevi destek bile beklediği söylenir.

“İçeri giren Şişman Polis. İlk önüne çıkanların kucağına atıyor kendisini ağlayarak.

Düşünün: Öyle bir faşizan düşünün ki, polisi kendisini tutukluların kucağına, teselli bulmak için atsın.” (s.37).

Cezaevinde tutuklular arasında yönetim tarafından ayırım yapıldığı da yine çalışanlar üzerinden aktarılır. Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu’nda kalan kadınların, kendileri hakkında, azıcık tuhaf olduklarına karar verdiklerine inandıkları ve bu sebeple de iyi ilişkiler kurmaya çalıştıkları Şişman Polis, bir gün koğuşa gelir ve yeni bir mahkûmun getirilecek olması nedeniyle kadınlardan toparlanmalarını ister. Bir milletvekili hanımefendinin geleceğini söyleyen “Şişman Polis”e kadın mahkûmlar tarafından peşpeşe itirazda bulunulunca gardiyan haber verdiği için pişman olur ve gider. “Şişman Polis”le kadın tutuklular arasında birbirini idare etmeye yönelik bir gizli işbirliği var gibidir.

Soysal’ın ikinci tutukluluk sürecinde karşısına çıkan kadın gardiyan yine polis olan Suna’dır. Yazar, diğer tutukluluğundan aşinalığı bulunduğunu söylediği bu genç kızla, yıldızlarının hiç barışmadığını düşünmektedir. Çünkü yeni görevlilerin gelişi tutukevi yönetim anlayışının değişmesi sonucunda gerçekleşmiştir. Mahkûmlar “Trafikten gelen kadın polislerin anarşist gardiyanlığına yeterli olmadıkları anlaşılmıştı demek ki, emniyetten yeni polisler görevlendirilmeye başlamışlardı kadın tutuklular için.” (s. 79) diye düşünürler.

Yeni gardiyan Suna, esmer tenli, kara kuru bir kızdır. Evli olmaması dolayısıyla kadın mahkûmlar onu sıkıyönetim görevlileri arasından bir koca aramakla itham eder. Yazar, Suna için: “Kırpıklarına sürdüğü bir ton rimelle, üniforması hiç uyuşmuyor birbirine. Gerçek bir polisten çok, gezginci tiyatrodaki polis rolüne çıkmış bir mahalle kızına benziyor.” (s. 79-80) der. Hem yazar Soysal hem de diğer tutuklular bu süslü kızın meraklı yönüne dikkati çeker. Hatta yazar, kendilerini sorguya çekmek için büyük bir istek duyan bu kıza küçük bilgiler vererek onun bu duygusunu daha da artırmaktadır. Merakını gideremeyen ve tutuklulara dilediğince posta koyamayan Suna, kadınlara göre “kudurmak” üzeredir.

Suna, cezaevi ve protokol kuralları konusunda titiz bir çalışandır. Tutuklu kadınlarla Şişman Polis gibi işbirliğine yanaşmaz. Aksine onların belirlenmiş kurallar haricinde kendi kurallarına da uymasını bekler. Odasına giriş ve çıkışlarda beklediği saygı hareketleri tutuklulara komik gelir. Ancak Suna’nın dayatması karşısında bu isteği oyuna çevirir ve uygularlar.

“Geriyeye dönüp tam kapının orda, jimnastik dersinde öğrendiğimiz biçimde, sağ dönüş yapıyorum. İyice abartarak, ayaklarımı birbirine, ellerimi de baldırlarıma çarpıyorum, başımla sert bir selamı unutmayarak .Suna daha da kızıyor. Bütün fiyakası bozuldu. Ama yapacak bir şey yok. Sonuç olarak benden istediğini yaptım. Üstümü başımı arıyor. Nedense bir çekingenlik geldi üstüne. Yoksa, Suna bu. Şimdi akşam akşam “soyunun” diyebilir bana.” (s. 82)

Suna'nın fiziki özellikleri de tutuklular için dalga geçilecek bir durumdur. “Dudakları ciğer kırmızısı. Çikletine de boya bulaşmış. Hiç dinlemiyorum sözlerini, gözüm ağzına dikili. Ağzını fazla açtıkça, kırmızı çiklet gözüküyor. Ne manzara, ama nasıl olursa olsun, manzaraya bakmak sınırlara iyi gelir, bilirim.” (s. 83) diyen yazar anlatıcı, kadın gardiyanlarla kendi psikolojilerini rahatlatacak ironik bir tavra bırakır. Onun tutuklulara karşı pervasız tavırları zamanla yerini çekingenliğe terk eder.

Bazı kadınlarla arasında sürtüşmeler yaşanır. Öyle ki böyle zamanlarda Suna, kararsız, durakalmış bir şekilde sadece kendisine yöneltilen sözlü saldırıyı izlemekle yetinir. Boyu, Suna'nınkinin yarısı kadar olan miniminnacık bir tutuklu kız, makineli tüfek gibi bir görevliye karşı suçlayıcı ve hakaretvari bir şekilde konuşur:

“Bana bak, buraya kendi keyfimizle gelmedik biz, böyle giderse donacağım. Donmuş adam ağır olur, sonra asamazlar. Böyle söyle albay babana, e mi?”

Romanında ilerleyen bölümlerinde de Suna'yı dışarı itercesine baskı altına alan kişiler çıkmıştır. Koğuş sobası için yeterli odun kömür tedarik edilmeyen kadınlar arasında sözcü olan Türkân Sabuncu bu baskıyı uygulayanlardan biridir. Odun, kömür gönderilmemesi durumunda battaniyeleri yakacaklarını söyleyen Sabuncu'ya karşı Suna, çaresiz kalır. Battaniyeyi yakmamaları konusunda kendini tutuklu kadınlara açıklama yapma gereğinde hisseder:

“Onlar demirbaş,” diyor Suna. Sesindeki ürküntüyü bastırmaya çalışarak.

“Demirbaşmış, söyle o albayına, bize odun, kömür göndermezse, burada ne varsa yakacağız...Haydi yallah, odun getirmeden buraya ayak basarsan, seni de yakarım. Nasıl olsa idamlığız, sayende cennete gideriz.” (s. 85)

Tutukluların bu kendinden emin, tehditkâr davranışları karşısında Suna da başka kadınları kullanmak ister. Özellikle koğuşa sonradan dâhil olan tutukluların, Türkân'ın burnunu sürteceğini umut etmektedir. Yıldırım Bölge'de kalanların sayısı günden güne artsa da çatışma yaşanmaz. Çünkü gelenlerin neredeyse tamamı karşıt güç olarak yönetimi ve çalışanları karşısına alır. Buna rağmen Suna, artan sayıya güvenerek Türkân'ın gücünün kırıldığını düşünür ve eskisi kadar ondan tedirgin olmamaya başlar. Yine de kadınlar arasında Suna'nın yaptıkları alayvari bir anlatımla dile gelir.

“Suna masadan atlayıp koğuşun içini teftiş ediyor. Askeriyenin verdiği leşin leşi çarşafımıza, nevresimlerimize, gelinin yıkadığı çamaşırları ayıplayan bir kaynananın ekşi suratıyla bakıyor. Yatak yüzlerimizin üstü, bir türlü yanmayıp durmadan tüten sobamızın isiyile kapkara olmuş. İki parmağının ucuyla, ölü bir fareymiş gibi tuttuğu yastığı sallıyor.

“O... ay bitlenmişsinizdir siz! Hamamda iyice bir yıkanın bari.”

Sinirden çatlayacağız. Türkân çarpıştırıyor hemen.

“Aman mersi, söyle albay babana, sırtımı o yıkamazsa öldür Allah yıkanmam.”

“Terbiyesiz! Seninle konuşan var mı?”

“Yok, atışma köpek!”

“Bana hakaret ettin, zabıt tutup albaya bildireceğim.” (s. 100).

Ne Suna ne de tutuklu Türkân bu tarz davranışlarından vazgeçmez. Hatta Suna yanında iki tomsonlu erle birlikte, hamama gitmek istemeyen Türkân'ı zorla hamama bile götürür.

Suna'yla bu süreçte iyi anlaşılan tek tutuklu kadın Nazan'dır. Nazan, her an idam edilme durumu olan devrimci Saffet'in karısıdır. Nazan'ın bu durumu nedeniyle koğuştaki diğer kadınlar onun tuhaf davranışlarını kabullenir. Ancak bu kadının gardiyan Suna ile ilişkisi diğerlerini rahatsız eder. Nazan'ın ağladığı zamanlarda Suna'nın koluna girmesi, Suna'nın onu teselli etmesini tutuklu kadınlar, “*polis sululuğu*” olarak değerlendirir.

Kadınlar koğuşundaki tutuklular ile görevliler arasındaki bir başka problem, saç kesme konusunda çıkar. Saçları uzayan ve yeterli bakımı gösteremeyen kadınların saçlarını kestirme isteği, cezaevi idaresi tarafından olumsuz karşılanmıştır. Ancak bu konuda ısrarcı olan kadınlara, uygun görülen bir görevli tarafından kullanılmak üzere makas verilebileceği kararlaştırılır. Tutuklular bu kadın görevlinin Suna olmasını isterler. Ancak Suna bu isteği hakaret olarak kabul eder ve “Allah yazdıysa bozsun, bu pislerin saçını öldürseniz ellemem.” (s.116) der.

Tutuklulara göre Suna, onları üzme için bahane arar. Sevgi Soysal, Nazan'ın kocası Saffet Alp'in öldürüldükten sonra Nazan'ın ve diğer koğuş arkadaşlarının daha fazla üzülmelerini engellemek için bu haberleri veren gazetelerin koğuşa getirilmemesini Suna'dan ister. Bu istek, yazara göre Suna'dan istediği ilk şeydir. Fakat Suna'nın cevapsız bıraktığı bu ricaya tepkisi ertesi sabah belli olur. Koğuş kapısının altından gazeteleri gönderir. Üstelik baş sıraya Tercüman gazetesi konulmuştur. Gazetenin ilk sayfasında ölümlerin paramparça halleri, Saffet Alp'in parçalanmış başı vardır. Yazar, hayatında ilk defa kin denen şeyi içinde duyarak Suna'ya bağırıldığını yazar.

Tutuklularla kadın görevliler arasındaki bu ilişki, yazar Sevgi Soysal'ın ikinci tutuklanışında da buna benzer zeminde devam eder. Koğuşun kalabalıklaşması cezaevi yönetiminin yeni yöntemler

geliştirmesine neden olur. Bu durum personelin tutuklulara karşı tutumunda da daha yargılayıcı ve sert önlemler almasına yol açar. Yazar, Suna'nın kendilerine karşı nefretle dolu bir tutum içinde olduğunu, mektupları bir gün geç vererek, hamam yasağı koyarak onları acıtmaya çalıştığını vurgular. “Kendi küçük kafasında ezilmeleri gereken fareler gibi görüyor bizi. Ezemedikçe de kuduruyor.” (s.125) der.

Bu tarz eziyetler ve önlemlerin sonucunda tutuklu kadınlar cezaevi yönetimine karşı birleşerek ortak tavır koymayı seçerler. Nitekim burası bir askeri cezaevidir. Aralarında çıkan anlaşmazlığın birinde “burası sivil hapisane değil, koğuş ağalığına kimse özenmesin,” (s.145) denir. Aralarından seçtikleri sözcü, hem koğuş havasını cezaevi yönetimine saptırmadan yansıtmanın sorumluluğunu hem de gardiyanlarla sık sık konuşma görevini üstlenmiştir. Çünkü gardiyan Suna, artık daha sert davranışlar göstermekte, yazara göre tutuklulara dalaşabilmek için sık sık koğuş kontrolü bahanesiyle gelip yatakları kontrol etmektedir. Kontrolde koğuşun yataklarını ve kadınların düzenini, eşofmanla gezmelerini beğenmeyen Suna'ya karşı kadınlar, onu ve koyduğu yasakları tanımadıklarını ifade ederler. Kadınlar ve gardiyanlar arasındaki çatışma böyle devam eder. Öyle ki artık kadın gardiyanların ara ara “tahliye var”, diye tutukluları kandırdıkları bile olur.

Romanda genel olarak gardiyanların, tutukluların açısından zevk alan kişiler gibi gösterildiği görülür. Özel hayatlarında ya da cezaevi yönetimiyle oluşan bir gerginlik, tutuklulara göre, gardiyanlara acayip bir zevk verir. Tutukluların er olarak görüldüğü sıkıyönetim döneminde alınan bu ağır tedbirler gardiyanların amir gibi davranmasına ve amir olarak algılanmasına sebep olmaktadır. Koğuş sorumlusu Sevgi Soysal, yaşanan bir sıkıntı sonrası artık hukuki olarak avukatlara bile danışılmayacağı ve ast-üst ilişkisine dikkat edilmesi konusunda cezaevi yönetiminin tavrını, yukarıdaki algılamayı haklı çıkaracak şekilde “Bundan sonra, gardiyanlarımız amir oldular, tamam mı?” (s. 158) sözleriyle yansıtır.

Gardiyan olarak görevlendirilen Polis Suna'dan sonra koğuşa ikinci bir gardiyan daha görevlendirilir. Bu Polis Zafer'dir.

“Havalandırmadan içeri girdik. Koğuş kapısının üstümüze kapatılmasını bekliyoruz. Kadın polis kapıyı kapatmıyor, hemen yanında yeni bir polis giriyor içeri. Daha doğrusu ikisi, açık kapının önünde bekliyorlar. Yeni polis açık kumral saçlı, atletik vücutlu, oldukça düzgün yüzlü, genç bir kadın. Üstünde polis üniforması yerine pantolon olsa, herhangi bir üniversiteli kızdan farkı kalmayacak.

Yeni poliste Suna'nın o mahalle havası yok. Yok, ama çok daha tedirgin edici, itici, üşütücü bir görünümü var. Koğuşun içinde dolaşan bakışları rahatsız ediyor bizi.

Ranzaları şöyle bir inceliyor.

“Bu yataklar nizamla uygun yapılmamış.” (s. 178).

Gardiyan olarak gelen Zafer'in bu davranışları da tutukluların ona karşı grup olarak hareket etmelerine sebep olur.

“Koğuş kapısının yanına çektiği iskemlede oturuyor. Gözleri üstümüzde. Hani hapishane kapılarında gözleme pencereleri vardır, arada gardiyanlar içeri bakar. Yeni polis, eti kemiğiyle bir gözleme penceresi olmuş, oturuyor.” (s. 179).

Polisin bu kusur arayan takibi karşısında tutuklular onu umursamaz. Ancak kendilerini zorlayacak bir gardiyan olduğunu da anlarlar. Nihayet Polis Zafer'in zamanla yaptığı bütün sayımlarda ve aramalarda sıkıntı yaşanır. Hatta bir defasında tutuklu Sevim'le kavganın eşliğine gelen Zafer'e karşı aynı fiziksel şiddetle cevap verebileceklerini bile düşünürler. Ancak bu yeni gardiyanla çatışmak, tutukluların da işine gelmez. Nitekim aradaki gerginlik, yeni önlemleri getirir ve Zafer, koğuşun gaz tüpünü alır. Tek lükslerinin çay içmek olduğunu düşünen tutuklu kadınlar için bu durum, oldukça kötü bir uygulamadır.

Dönem darbe dönemidir. Roman boyunca tutukluluk durumu, sorgulamadaki işkencenin bitmesi anlamına geldiğinden kadınlar için olumlu bir şeydir. Ancak tutuklu haldeyken de sorgu adında işkenceye götürülen, gardiyanların aldığı kişiler vardır.

“Koğuş kapısı açıldı. Zafer, kendine yakıştırdığı bir görev bulmuş olmanın tafasıyla, elleri belinde, bir eli tabancasında dikiliyor.

Hepimiz niçin gelmiş olduğunu hem anlıyor hem de anlamak istemiyoruz.

“Nilgün gelsin!”

Hepimiz meseleyi aynı anda anlıyoruz. Nilgün'ün milletvekili olan ağabeyi, kardeşinin arandığını duyunca, elinden tutup askeri savcılığa teslim etmiş. Kıza işkence yapmasınlar diye.

Nilgün doğrudan tutuklandı bu yüzden.

Demek, tutuklu oluşuna aldırmadan, apaçık aramızdan alıp sorguya götürecekler, hatta işkenceye.” (s. 199)

Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu'nun ülkenin sıkıyönetim haline göre günden güne baskısı artan bir havası vardır. Artan baskılar, tutukluların kendilerine daha da fazla baskı yapılabileceğini düşünmelerine sebep olur. Onlara göre “Yıldırım Bölge ve Mamak tutukevleri, yargılanan insanları “tutma”ya değil, peşin yargıyla suçluluklarına karar verilmiş insanlara “eziyet çektirme”ye yarayan yerler durumuna” (s.216) getirilmiştir.

Yazarın aktarımına göre, suçlu olduğu peşinen kabul edilen bu insanların cezalandırma şekli olarak dövülmeleri de artık olağanlaşmıştır. Mamak'tan erkek tutukluların her gün dövüldüğü duyulur. “Polis Zafer'in dilinde “dayak” sözü dolaşıyor durmadan. Bunu yalnız bizleri yıldırım için söylemediği muhakkak. Her sabah Mamak'ta yapılan brifinglerde kadın tutuklulara da dayak atmanın gündemde olduğunu biliyoruz.” (s. 217) Ancak kadınları dövmenin yaratabileceği tepki bilindiği için kendilerinin cezaevi çalışanlarınca henüz sıra dayacağına çekilmediklerini söylese de bunun asıl sebebini

aralarında burjuva çocuklarının olmasına ve tutukevinin bu ailelerden çekinmesine bağlarlar.

Koğuştaki kitapların toplatılması da ayrı bir meseledir. Yönetim, polis odalarından birini kütüphane yapar. Ancak bunun tutuklulara göre asıl sebebi kütüphane isteğine cevap vermek değil, tutukluların okuduğu kitapları kontrol altına almaktır.

Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu'nda Şişman Polis, Suna ve Zafer adında üç kadın gardiyandan bahsedilir. "Şişman Polis" in işbirlikçi tavrı sebebiyle onunla kadınlar arasında çatışma yaşanmaz. Hatta kadınlardan destek görür. Fakat Suna ve Zafer işbirlikçi olmaya asla yanaşmazlar. Aksine ikisi de cezaevi kurallarının ötesinde kendi kurallarını koymaya çalışırlar. Yazar, genel olarak kendi ve diğer tutuklu kadınların bakış açılarına göre gardiyanları dönemin siyasi ve askeri havasına uyan kişiler olarak gösterir.

"Burası Cezaevi" romanında da yazar Emine Şenlikoğlu Özkan'ın kaldığı Sağmalcılar ve Çanakkale Cezaevlerinde, değişik kadın gardiyan portreleri ortaya çıkar. Şenlikoğlu, sonradan yazılmış günlüklerden oluşan anı-romanında okurların cezaevini tanınmasını arzuladığı için yazdığını söyler. Ancak gerçekleri yazma, söyleme konusunda çok özgür olmadığını da belirtir. Yazara göre cezaevinde bulunan mahkûmlar, "fötör şapkalı gırvatlı adamların kurbanları" dır.

"Çünkü bazen cezaevinde öyle durumlar oluyordu ki, tavşan korkusu idi belki ama, korkudan her şeyi yazamıyordum. Ya arama olursa! Yazdıklarımı binbaşı veya savcı duyarsa!" (s. 11)

Yazar, cezaevi tasvirlerini öncelikle fiziki mekân anlatımı şeklinde yazmıştır. İlk giriş kapısından yani dış kapıdan geçen yazar, jandarmaya polisler tarafından teslim edilir. Burada cezaevine girerken yanında bulunan malzemelerin bir kısmının alındığını, sadece Kur'an-ı Kerim'in karıştırılmış ve yırtılmış bir şekilde kendisine verildiğini öğreniriz. "Sadece Kur'an'ı yırtılmış olarak bana verdi. Sonradan öğrendiğime göre, kitap ciltleri arasında hapisaneye eroin, esrar vs. maddeleri sokuyorlarmış, (s. 27) diyerek bu yapılanın güvenlik gerekçesiyle yapıldığını anlar.

Yazarın kişisel eşyasıyla ilgili uygulamaya karşı takındığı olumlu tavrı, diğer kapılara gelince değişir.

"Jandarma, koca kilitli kapıyı açtı, oradan içeri girdik. Çöp dolu bir bahçe daha, sonra üçüncü kapıya geldik. Kapıların yüz manzarası soğuk. Kapıyı geçince, hemen sağda "Karantina" göze çarpıyor. İçerde ayakta duran bir sürü genç delikanlı. Kimi dayaktan şişen ayakları üzerinde sızlanarak duruyor, kiminin gözleri şişmiş, ilk bakışta hapisanenin tek tip elbiseleri ve sıfır numara saçları genel bir manzara arz etmesine rağmen, hepsinin halet-i ruhiyesi ve yüzlerinin taşıdığı ifadeler başka başkaydı. Onların tam karşısındaki küçük hücre gibi bir yere girdik. Dördüncü kapı..." (s. 27)

Gördüğü kişilerin davranışları, yeni mekânı hakkında olumlu bir izlenim vermez. Nihayetinde teslim edilmesini bir kâbusun içine dalmış

olma serenomisi gibi aktarır. Sıra ikinci teslimdedir. Bu ortam aslında, yazarın cezaevinin asıl çalışanlarıyla karşılaşmasıdır. Yazar/anlatıcı, karşılaştığı her muamele sonucunda memurun tavrına eleştiren cevaplarla karşı çıkar. Soruları isteksizce ve kasıtlı cevaplaması, memurun da benzer şekilde cevaplar vermesine neden olur. Zaten kendisinden önce benzer konularda dava birliği yaptığı “Şule Ablasının” da hem idarenin hem de mahkûmların terbiyesizliğinden şikâyet ettiğini aktarır. Yalnız memurlar değil, aktardığı gibi mahkûmlarda da kendisine karşı olumsuz bakış olduğunu söyler. Bir kadın mahkûma göre, yazar denilen kişi Nazlı Ilıcak gibi olmalıdır. Ancak öyle yazar olunursa cezaevinde farklı, daha rahat bir ortam bulabilir. Buradan cezaevi idaresi ve çalışanlarının kişiye göre muamele yaptığı sonucuna ulaşılması beklenir. Aksi takdirde birçok hakarete de maruz kalacaktır. Dönemin kurum yapısını şöyle anlatır:

“Önce şu gerçek biline ki cezaevinde adaletin (A)’sı bile yok ve olamaz da. Çünkü kuvvetli görünenlerin tekelindedir cezaevleri. Erkekler koğuşu da para babalarının elinde imiş. Zaten kadınlar koğuşunda yapılan konuşmalar, bir kadın gardiyanın erkekler koğuşundaki bir erkekten mektup alıp erkeğin istediği kadına getirmesi, parası olanların bu parayı insanları satın almak için nasıl kullandıklarını gösteriyor. Bir de bu insanları kendi koğuşunda düşünmek hiç de hoş olmaz. Belki bu satırları okuyan gardiyan hanımlar ve cezaevi savcılarını bana kızacaklar: ‘Biz ona iyi davrandık o cezaevimizi batırıyor’ diyecekler. Fakat ne yapalım: ‘Gelenin keyfi için gidene kalkıp sövmem’ şiarı, biz Müslümanları ta ezelden beri öyle kaplamış ki, hiç birimiz ‘Bana iyi davrandı, o halde bu öküzen boynuzlu olduğunu söylememeliyim’ dedirtemez. (s. 40)

Yazar, cezaevinde kendi dünya görüşüne uygun bir ortam sağlamak için kolları sıvar ve mescit açılmasını ister. Ancak bu durumun kadın gardiyanları hoşnut etmediğini de ekler. Ona göre bu durum kadın gardiyanların işine gelmemektedir, çünkü mescidin açılması durumunda iki kadın gardiyan odasından biri iptal edilecektir. Bu olaya kadar iyi ilişkiler kurduğunu hatta sevildiğini düşünen Şenlikoğlu, artık kendisine selam bile verilmediğini hatta arkasından konuşulduğunu söyler.

Mescit konusu, yazarın bir mahkûm olarak gardiyanlarla arasında ciddi bir sıkıntıya dönüşür. Bu fikre karşı çıkan gardiyanları cahil olmakla, dinini ve din kardeşini tanımamakla itham eder. Bu nedenle gardiyanlara karşı öğretici bir pozisyon yüklenir. Hem gardiyana cevap hakkı vermeden konuşur, hem de o ve onun gibi düşünenler için dua eder. Yazar, yaptığı bu çalışmalardan sonra kadın gardiyanın fikir değiştirdiğini ve gardiyanın ikna olmasıyla mescit işinin hallolduğunu da ekler.

Romana göre çıkarınca hareket eden bu kadın gardiyanların bir diğer özelliği dedikodu taşıyor olmalarıdır.

“Müdürler benden endişe duyuyorlarmış. Mahkûmlara Atatürk’ün aleyhinde konuşmuşum da, onun için gardiyanların beni kontrol etmeleri gerekiyormuş. Bu dedikoduları da bana getiriyorlar.” (s.49)

Kadın tutuklu/hükümlülerin işlerini -revire çıkma, fotoğraf çekimi, savcıya götürülme- kadın gardiyanlar yapar. Yine bir gün savcıya götürülmek üzere yazar/anlatıcı koğuşundan alınır. Mesafenin biraz uzun olması nedeniyle Gardiyan Zeynep’le yol boyu sohbet eder. Ancak bu onun için hayal kırıcıdır.

“Bu arada Gardiyan Zeynep'e soruyorum:

-Savcı Müslüman biri mi acaba?

-Aa gâvur savcı da mı varmış? Bunlar Türk. Gâvur olurlar mı?

-Türklerden gâvur yok mu? Dün “Din tanımıyorum” diyen kızı görmedin mi?

-O gâvur değil ki... Türk Türk... Sen de Türk’le gâvuru ayırt edemiyorsun... Seni nasıl yazar yapmışlar bilmiyorum.” (s. 68)

Yazar bu sohbet sonunda, içinden “bu zavallı kadın” diye düşündüğü kadın gardiyanın bir sürü mahkûmun başına getirilmesine hayıflanır.

Savcıyla konuşmasında mescit için müsait yerin gardiyan odası olduğunu söyleyen Şenlikoğlu, savcının bu durumdan haberdar olduğunu çünkü kendisinin bu isteği hakkında gardiyanlar tarafından savcıya şikâyetle bulunulduğunu düşünür. Zaten uzun zamandır “...gardiyanların ikisi benimle konuşmuyorlar. Yüzlerinden kin akıyor. Gardiyanlar, ‘Onu hemen sevke göndertelim’, demişler. İçlerinden bir gardiyan da ‘Aman kadından ne istiyorsunuz?’ diyerek onlara karşı çıkmış.” (s. 69) diye aktardığı gibi şüphe ve duyumları vardır.

Kadın gardiyanların Sema adlı bir mahkûma “kamburluklarının” bulunduğu değinilir. Bu gardiyanlar ve mahkûmlar arasında çıkara dayalı farklı ilişkilerin de olduğunu gösterir.

Şenlikoğlu, Sağmalcılar Cezaevinden Çanakkale’ye nakledilir. Ancak bu nakil işlemi de yönetimin umursamaz tavrını anlatır. Çok hasta olduğu bir günde naklinin yapılması için gelen memurların davranışı ona dokunur.

“Bu konu diğerleri gibi elbette ki zalimin zulmünü sergileyen bir konudur. O gün çok hastaydım. Tansiyonum, ortalama sekiz... Bir de baktım, gardiyanın sesi; mahkûmların ismini saydı, arada ben de varım, tabii ki. Dedim: ‘Nasıl olur, beni sevke nasıl gönderirsiniz? Ben çok hastayım.’”

Gardiyan; ‘Hanım, hanım, burası keyif yeri değil, hastaysan ne yapalım? Sevkin çıktı gideceksin.’

Şenlikoğluna göre “Cezaevinde bazı odun gardiyanlar olduğu gibi, bazı efendi, insan evladı, aile terbiyesi görmüş, ama işsizlikten çaresizlikten çoluk çocuğuna rızık yetiştirmek endişesinden, iş bulamayınca gardiyanlığı tercih etmiş vatandaşlar var. Dediğim gibi

insan evlatları da var ama cibiliyetsiz Ebu Cehil torunları da var sokakta olduğu gibi.” (s. 127)

Yazar, bir mahkûm olarak cezaevi yönetimiyle özellikle kadın gardiyanlarla sürekli bir mücadele içinde olduğunu söyler. Burada ilginç olan yazarın bir karakter olarak kendini sürekli savunma pozisyonunda görmesi, yapılan uygulamaların hepsinde art niyet aramasıdır.

SONUÇ

Anı-roman okumalarının okura en önemli katkısı, olayın yaşandığı dönemin duyuş, düşünüş ve algılayış biçimini kavramak olduğu gibi yazarın bakış açısını da öğrenmektir. Elbette okurun buna katılma ya da katılmama hakkı saklıdır. Ancak bu kavrayışın doğru materyallerle ve dönemin diğer etkenleri dikkate alınarak özümsemesi ve ondan sonuç çıkarılması, kişileri ve kurumları zan altına almamak için yapılması gereken bir şeydir. “Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu” ve “Burası Cezaevi” romanları, baştan sona tutukevi/cezaevinde geçen olaylar çerçevesinde gelişen ve dönemini toplumsal, siyasi ve dini yapıları içerisinde vermeye çalışan eserlerdir. Aslında her iki romanda da ne sadece devletin bir kurumu olarak cezaevlerinin eleştirisine ne de yazarların cezaevi gibi oldukça farklı bir ortama girdiklerinde yaşadıkları içsel çatışmalara yer verilmiştir. Aksine her iki anı-romanda fikri ve zikri planda tarafını seçen ve bunu korumak için gerekirse cezaevi kuralları ve çalışanlarıyla çatışan, cezaevi çalışanlarını yasal olarak gerekli olan kuralları uygulamak istediklerinde dahi art niyetli göstermeye çalışan yazar kahramanlarla karşılaşırız. Oysa burada anlatılan mekânlar askeri cezaevidir ve ülke şartları olağanüstü durumdadır. Bu durum, çalışanların sık sık değiştirilmesinden de anlaşılabilir. Çalışanların bireysel uygulamalarında yanlışlar olabileceği gibi, bu yanlışların düzeltilme yolu tamamen tutuklu/hükümlü ile sınırsız iyi ilişkiler kurmak da değildir. Ancak bu romanları cezaevi koşullarını genellemek için okuyanlar olabildiği gibi, bu özel uygulamalardan yola çıkarak suçla karışmış insana yönelik devletin algısında da yanlışlar olacaktır. Bütün bunlara rağmen anlatılan cezaevi koşullarını sadece yazar/kahramanın yaşadığı zaman dilimi içerisinde değerlendirmek ve kadının kadına karşı bakışının mahkûm ya da çalışan olması fark etmesizin hangi zaviyelerde nasıl ortaya çıktığını tespit etmek önemlidir.

Kadın gardiyanların feminen bir bakışla değerlendirildiği bu romanlarda çalışanların ilk etapta fiziksel özellikleriyle ele alındıkları görülür. Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu'nun bu anlamda ilk gardiyanı “Şişman Polis”tir. Bu kadın polis/gardiyanın gerçek adı romanın sonuna kadar öğrenilemez. Bir kadının çok olumlu algılanamayacak bir sıfatla anılması ve anlatılması negatif bir tasvir kabul edilebilir. Oysa tutuklu kadınların olumlu ilişkiler kurduğu, destekledikleri bir çalışandır. Şişman Polisten sonra gelen Suna ise oldukça çirkin tasvir edilir. Adı olan ancak çirkinliğiyle anılan biridir. Makyajı, giyinişiyle alay konusudur. Yine Suna sonrasında gelen Polis Zafer de tutuklulara göre

çirkin, kara kuru bir kadındır. Bu polislerin hepsi özel hayatında sorunlu gösterilir. Şişman Polis kocasıyla sorunlar yaşayan, diğerleri sıkıyönetimde kendisine koca arayan, bunun için de abuk sabuk giyinen, süslenen kişiler olarak görülür kadın mahkûmlarca. “Burası Cezaevi” romanında da kadın gardiyanların direkt adlarına rastlanmaz. Ancak onlar da güzel tasvirlerle anlatılmaz. Romanda daha çok kadın gardiyanların çıkarıcı davranışları, dedikoducu yapıları olduğu söylenir. Özellikle “Yıldırım Bölge Kadınlar Koğuşu”nda anlatılan polis/gardiyanlar işbirlikçi ve ayrıştırıcı olarak ayrılabilir. “Burası Cezaevi”nde gardiyanların işbirliğinden öte çalışanların, yazar/karakterin isteğini ancak ikna edilirse kabullenmekte ve ses çıkarmamakta oldukları vurgulanır. Her iki yazar da belli hakların savunuculuğuyla cezalandırıldıklarını düşünürken hem cinsleri olan çalışanlara karşı taraflı olmaktan kendilerini kurtaramamışlardır.

Her iki romanda, ülkenin siyasi olarak zor dönemlerden geçtiği yıllar anlatılır. Siyasi kamplaşmanın yoğunlaşması, sıkı yönetim hali, her alanı etkilemiş olduğu gibi henüz tam bir düzen kuramamış kadın tutukevi/cezaevlerini de etkilemektedir. Bu anlamda yüzleşmenin yapılması ve öz eleştiriyile doğrunun aranması kaçınılmazdır. Çünkü infaz sisteminin değişikliğe uğradığı bir dönemde, elbette cezaevi yönetimi ve çalışanları da farklılaşmıştır. Söz konusu anı romanlar içinde bahsedilen mecburi uygulamalar haricinde, incelediğimiz iki eserden şöyle bir çıkarımda bulunulabilir, anı-romanların aktardığı gerçeklikten yola çıkıldığında 1970-1980’lerde olunmasına rağmen kadınların infazı hakkında sınırları, kuralları belirlenmiş bir infaz sistemi olmadığı gibi kadın gardiyanların da belirlenememiş sistemde belirsiz kimlikte olmasıdır. Oysa 2000’li yıllar itibariyle ceza infaz sisteminde önemli atılımlar yapılmış yeni yasalarla ilerleyen yıllarda hem mahkûm hakları hem personel istihdamı üzerinde yeniden düşünülmüştür. Özellikle Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğüne bağlı olarak cezaevi çalışanları için açılan eğitim merkezleriyle personelin gerek mesleki formasyonuna gerekse kişisel gelişimine destek olunmaktadır. Hem kadının kadına bakışı anlamında hem de iletişim bağlamında ibret verici çıkarımların sağlandığı romanlardan yola çıkıldığında son yirmi yıllık faaliyetlerin gerekliliği bir kez daha ortaya konulmuş olur.

KAYNAKÇA

Ata, Feridun, "Osmanlı Döneminde Bozkır Hapishanesi", *Uluslararası Sempozyum: Geçmişten Günümüze Bozkır Nisa veya Kadın Hapishanesi*, Konya. 2016

Atar, Zafer, "20. Yüzyıl Başlarında İstanbul Hapishane-i Umumi'de Mahkûmların Üretim Faaliyetleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı. 34, 2015.

Banks, Cyndi, *Women in Prison: a Reference Handbook Santa Barbara*, California, ABC-CLIO, 2003.

Caporal, Bernard, *Kemalizm ve Kemalizm Sonrasında Türk Kadını I*, Çev.: Ercan Eyüpoğlu, Cumhuriyet Kitaplığı, 1999.

Çakmakoğlu Kuru, Alev, *Sinop Hapishanesi*. Atatürk Kültür Merkezi. Ankara, 2004.

Demirel, Fatmagül "Osmanlı Hapishanesinin Gardiyanları", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Sayı 9, 2007, ss.258-259.

Demirkol, Kurtuluş, II. Meşrutiyet Döneminde Edirne Vilayeti Hapishaneleri, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, 2012.

Demirbaş, Timur (2005), *Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi. Hapishane Kitabı*. Editörler: Emine Gürsoy Naskali, Hilal Oytun Altun, İstanbul: *Kitabevi*.

Durukan, Şaziye, "Kadının Toplumsal Çıkmazının Hapishane Boyutu: Karılar Koşu", Balıkesir Üniversitesi Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute Volume: 18 - Number: 34, December 2015, ss. 51-61.

Eryılmaz, Doğanay, Ermeni, Fransız ve Türk Literatürlerinde Anı Türü, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniv. Sosyal Bilimler Ens. Ermeni Dili ve Kültürü Anabilim Dalı, Ankara, 2011.

Fedai, Özlem, "Kemal Tahir'in Romanlarında Kadınlar", *Kemal Tahir*, Editörler: Fatih Andı/ Ertan Eğribel, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2010

Gümüşsoy, Emine, "19. Yüzyıl Sonu ve 20. Yüzyıl Başlarında Gebze Hapishanesi", *Uluslararası Akça Koca ve Kocaeli Sempozyumu Bildirileri*, C.II, Kocaeli, 2015

Günay, Nejla, *Maraş'ta Ermeniler ve Zeytin İsyanı*, IQ Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Kızılkıran, Ayşe, Osmanlı'da Kadın Hapishaneleri ve Kadın Mahkûmlar (1839-1922), Basılmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2011.

Olpak Koç, Canan, "Sevgi Soysal ve Cezaevi Günleri: Yıldırım Bölge Kadınlar Koşu Romanında Birey ve Grup Psikolojisinin Doğurduğu Çatışmalar ve Uyum", *Turkish Studies Dergisi-İnternational Periodical For*

The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 7/2
Spring, Turkey, 2012, p.807-819.

Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, İletişim Yayınları,
İstanbul, 2002.

Safa, Peyami, *Sanat, Edebiyat, Tenkit*. Der.: Ergun Göze, Ötüken
Yayınevi, İstanbul, 1970.

Tekin, Saadet, “Osmanlı’da Kadın ve Kadın Hapishaneleri”, Ankara
Üniversitesi, DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, C.29, S.47, Ankara, 2010

Yıldız, Gültekin, Osmanlı Devleti’nde Hapishane Islahatı (1839–1908),
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat
Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2002

ARAŞTIRMA - İNCELEME

TÜRK TARİHİ ÇERÇEVESİNDE MALTA TARİHİ VE YARGI DÜZENİNE BİR BAKIŞ

-1565 Malta Kuşatması, 1918 Malta Sürgünleri ve Malta Türk Şehitliği-

Dr. Tamer SOYSAL*

I. GİRİŞ

Malta, Avrupa'nın güney kısmında yer alan adalar topluluğundan oluşan bağımsız bir ülkedir. Ülkeyi oluşturan en büyük ada Malta Adası 237 kilometrekare, Gozo Adası 68 kilometrekare ve Comino Adası 2 kilometrekareden oluşmaktadır.¹ 21 Eylül 1964 tarihinde Malta, İngiltere'den bağımsızlığını ilan etmiş, 13 Aralık 1974 tarihinde ise Cumhuriyet olarak kurulmuştur. Malta yönetim sisteminde; Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bir de Parlamento bulunur.

Malta, sistem olarak İngiliz Westminster sistemini esas almıştır. Malta Parlamentosu, Temsilciler Meclisi (Maltaca: *Kamra tad-Deputati*) olarak anılır. Parlamento binası, başkent Valletta'da bulunur. Malta'da 13 seçim bölgesi bulunur ve her birinden seçilen 5 meclis üyesi ile Temsilciler Meclisi 65 üyeden oluşur. Malta Cumhurbaşkanı, aynı zamanda Parlamento'nun da başkanı sıfatına sahiptir. Başbakan ve kabine üyeleri, Temsilciler Meclisi üyesi olarak kabul edilirler.

Malta Cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi tarafından 5 yıllığına seçilir. Malta'da Merkez Sosyal Demokrat Parti olan İşçi Partisi ve Merkez Hristiyan Demokrat Parti olan Milliyetçi Parti etkin konumdadır ve bu yönüyle iki partili bir sistem egemendir.²

Malta'da 54, Gozo Adası'nda ise 14 adet yerel meclis bulunur. Bir belediye başkanı ve bir belediye başkan yardımcısı, bu yerel meclisler tarafından dört yıl için seçilirler.

Malta mevzuatına göre hem medeni hem dini evlilikler tanınır. 28 Mayıs 2011 tarihinden itibaren boşanma da yasal olarak tanınmıştır. Malta'da kürtaj ise yasaktır.

* Hakim, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Daire Başkan Yardımcısı, 2802 sayılı Kanun'un 50 nci maddesi uyarınca 2018 ve 2019 yıllarında Malta Valetta Büyükelçiliği nezdinde ve 'Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü'nde (IJJ Malta) 'Baş Hukuk Danışmanı (Senior Judicial Advisor)' sıfatı ile görev yapmıştır.

¹ Malta, <https://www.britannica.com/place/Malta>, erişim tarihi: 27.09.2019.

² Malta Parlamentosu ve parlamento yapısı için bkz. Facksheet, The Maltese Parliament, http://www.epgencms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4ef03467-8c7f-4277-9c8b-31763f081dbd/Factsheet_MT_-_Chamber_of_Deputies.pdf, erişim tarihi: 27.09.2019.

Malta Adası 1964 yılında bağımsızlığını ilan edene kadar İngiliz Devleti'ne bağlı kalmış, 1974 yılında ilan edilen anayasa ile Malta Cumhuriyeti olarak bağımsız olmuştur. Adadan İngiliz üsleri 1979 yılında kaldırılmıştır. Bugün halen Malta'da İngiliz etkisi nedeniyle resmi dil İngilizce ve trafik İngiliz sisteminde olduğu gibi soldan akmaktadır. Arabaların direksiyonu Avrupa'da olduğu gibi solda değil, sağda yer almaktadır.

Malta Cumhuriyeti'nin nüfusu 2019 yılı itibarıyla 440.000'dir.

Malta, 1 Mayıs 2004 tarihinden beri Avrupa Birliği (AB) üyesi bir ülkedir. Para birimi önceleri lira iken, AB üyesi ülke olduktan sonra 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren Euro olmuştur. Avrupa Parlamentosu'nda Malta'dan 6 parlamenter yer almaktadır. Kişi başına milli gelirin 36.740 dolar olduğu Malta, kişi başına satın alma paritesi bakımından AB üyesi ülkeler arasında 98 ile 11. sırada yer almaktadır.³

Terörle Mücadele Küresel Forumu (GCTF) çerçevesinde 2014 yılında terörle mücadele alanında bir enstitü olarak faaliyete geçirilen Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü (IJ)⁴ 2014 yılında Malta'nın başkenti Valletta'da faaliyete geçirilmiştir. IJ, adalet sektörü ve diğer paydaşlar için sürdürülebilir, sonuç odaklı, hukuk temelli eğitim ve kapasite geliştirme faaliyetleri yürüten bölgesel, kâr amacı gütmeyen hükümetlerarası bir Merkez olarak hizmet vermektedir. IJ'nin misyonu ceza adaleti uygulayıcılarının ve diğer paydaşların terörizm ve terörizm ile bağlantılı uluslararası suç ile ilgili faaliyetlerini hukukun üstünlüğü çerçevesinde ele alma yetkinliklerini artırmak ve güçlendirmek ile birlikte bunların ulusal, bölgesel ve uluslararası temelde işbirliği ve bilgi alışverişlerini teşvik etmektir.⁵ Bu kapsamda, başta Malta ve Afrika olmak üzere Uzak Doğu ve Avrupa dahil olmak üzere Dünya'nın çeşitli yerlerinde çalıştaylar organize eder. Yıllık ortalama 40-50 toplantı organizasyonu gerçekleştirilmekte ve pek çok toplantıya da katılımcı olarak davet edilmektedir. Organizasyonlarda genel tema olarak terörizm, yabancı terörist savaşçılar, çocuk ceza adaleti, terör suçlarının cezaevinde rehabilitasyonu, terör davalarının görülmesinde özellik arz eden durumlar, mahkeme salonlarının güvenliği, tanık ve delillerin toplanması ve değerlendirilmesi gibi hususlar işlenmektedir. 2018 ve 2019 yıllarında Ülkemizi temsilen Malta'da 'hukuk danışmanı' sıfatı ile görev yaptığım süre boyunca, Malta tarihi ile Türk tarihinde kesiştiği alanlara yönelik yoğun araştırmalarım oldu. Bu itibarla Türk tarihi açısından bilhassa 1565 Malta Kuşatması ile birlikte 1918 Malta Sürgünleri ve Malta'da yer alan Türk Şehitliği konusunun dikkate değer olduğu ve bu hususlarda yeterli bilgi sahibi olunmadığı görülmüştür. Bu

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Malta Overview, https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/malta_en son erişim tarihi: 27.09.2019.

⁴ The International Institute for Justice and the Rule of Law-IJ, <https://theijj.org/>

⁵ IJ, <https://theijj.org/>

makaleyle Malta hukuk ve yargı düzeni ile birlikte Türk tarihi açısından önem taşıyan bu konularda bilgi verilmesi amaçlanmıştır.

II. MALTA YARGI DÜZENİ⁶

Malta'da yargı düzeni, temel olarak iki ana kola ayrılmaktadır: Hukuk ve Ceza Yargısı. İdari yargı ayrı bir yargı kolu değildir. İdari yargı özel hukuk içinde yapılandırılmıştır. Uyuşmazlık mahkemesi veya yüksek seçim kurulu tarzı ayrı mahkemeler bulunmamaktadır. Üç kişiden oluşan ve Malta Baş Yargıcı'nın başkanlık yaptığı Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi görevini de yapmakta ve ülkedeki en yüksek dereceli mahkemeyi oluşturmaktadır. Ayrıca hem hukuk hem ceza alanında temyizen inceleme yapan tek hakim veya üç hakimden oluşan kurullar bulunmaktadır.

Malta'da hakim sınıfından olan yargıçlar ve daha alt mahkemede görev yapan magistrates adı verilen yargıçlar bulunmaktadır. Malta Anayasası'nın 8 inci bölümünde yargı ve mahkemeler düzenlenmiştir. Malta'da uyuşmazlıklar mahkemeler dışında yargı sistemi içinde örgütlenen Adalet Komiserleri (commissioners of Justice), hakemler (arbitrators) ve dava yargıçları (adjudicators) eliyle de çözülebilmektedir. Ancak sadece yargıçlar ve magistratorlar Anayasal teminat ile atanmaktadır.

Malta Cumhurbaşkanı tarafından mahkemelere bir Genel Müdür (Director General) atanır. Bu kişi Malta'da mahkemelerin idari yönetiminden sorumludur. Bu kişiye hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemelerine görev yapan bizdeki yazı işleri müdürüne benzer 'Registrar'lar adı verilen görevliler yardımcı olurlar.

A. BAŞ YARGIÇ (CHIEF JUSTICE)⁷

Malta yargı düzeni içinde en önemli yetki Baş Yargıç'ın (Chief Justice) bünyesinde toplanmıştır. İngiliz hukuku kaynaklı olarak oluşturulan Başyargıçlık, Malta Anayasası'nın 7. Bölümünde düzenlenen anayasal bir kurum olarak teşekkül etmiştir. Başyargıç, Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Baş Yargıç, hakim olma yeterliliğine sahip avukatlar veya hakimler arasından atanır. Baş Yargıç aynı zamanda hukuk ve ceza temyiz mahkemeleri ile Anayasa

⁶ Bu bölümde verilen bilgiler; bizatihi Maltalı yargıçlar ile yapılan istişareler ile "Judiciary Malta, <http://www.judiciarymalta.gov.mt/>; Judicial Systems in EU; https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-mt-en.do?member=1; The Judiciary in Malta, <https://www.gov.mt/en/Life%20Events/Pages/Services%20and%20Information%20Pages/Justice/Judiciary-in-Malta.aspx>; Justice Services, <http://www.justiceservices.gov.mt/courtservices/> internet sitelerinden derlenen bilgilere dayanmaktadır. Sitelere son erişim tarihi: 27.09.2019 tarihidir.

⁷ Chief Justice, <http://judiciarymalta.gov.mt/the-chief-justice> son erişim tarihi: 27.09.2019.

Mahkemesi'nin de başkanı sıfatına sahiptir. Baş Yargıç görevi gereği aynı zamanda Yargı Hizmetlerinin İdari Olarak Yürütülmesine ilişkin Kurul'un Başkan Vekili olarak görev yapar ve yasa yapma sürecine de başkanlık yapar. Baş Yargıç aynı zamanda hakimlerin atanmasına ilişkin Kurul'a da başkanlık yapar. Bu yüzden yeni Baş Yargıç görevlendirmesinde, bu Kurulların görüşleri alınmaz.

Malta Anayasası'na göre Baş Yargıç yargıçların görevlendirilmesi ve yeni mahkemelerin oluşturulması hususunda Adalet Bakanı'na önerilerde bulunur. Adalet Bakanı bu önerileri Cumhurbaşkanı'na sunar. Ancak Anayasa'nın 101A/13 maddesine göre Cumhurbaşkanı bu konularda kararları Baş Yargıç'ın tavsiyeleri doğrultusunda alacaktır. Adalet Bakanı'nın bu önerileri Cumhurbaşkanı'na sunmaması durumunda bu konuda açıklayıcı bir bilgiyi Resmi Gazete'de yayımlamalıdır. Ayrıca Temsilciler Meclisi'nde de konuya ilişkin açıklama yapmak durumunda kalacaktır.

Baş Yargıç, Malta Usul Kanunu'nun (COCP)⁸ 29/6 maddesine göre dönemsel olarak hakim ve magistratörler ile toplantılar yapar ve davaların yürütülmesine ilişkin idari usuller ile kurumsal ilişkiler hususunda görüşlerini alır. Baş Yargıç, bir davanın bir başka mahkemeye alınmasına da karar verebilir ancak bunun için konuyu görüşmek zorundadır. Mahkemelerin İdaresinden Sorumlu Genel Müdür de almış olduğu kararlarda, Baş Yargıç'ın önerilerini dikkate almalıdır. Genel Müdür'ün yargısal fonksiyonlara müdahale eden kararları olduğu zaman, bu kararlar Baş Yargıç aracılığıyla geçersiz kılınacaktır.

Malta Adalet Bakanı ile Baş Yargıç arasında ast-üst ilişkisi bulunmamaktadır. Baş Yargıç yasama ve yürütme dışında bir güç olarak yargıya temsil eden en üst dereceli kişidir ve diğer erklerle ilişkisi dengeye dayalı olarak yürütülür.

Malta Baş Yargıçlık görevini, 2010-2018 arasında Dr. Silvio Camilleri ifa etmiştir. Camilleri'nin görev süresinin dolmasıyla 26 Nisan 2018 tarihinde Malta Cumhurbaşkanı Marie-Louise Preca⁹ tarafından Baş Yargıçlık görevine Dr. Joseph Azzopardi atanmıştır.

B. MALTA ANAYASA MAHKEMESİ (CONSTITUTIONAL COURT OF MALTA)¹⁰

Malta'daki en yüksek dereceli yargı mercidir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin inceleme alanı sınırlıdır. Bir Temyiz

⁸ Code of Organization and Civil Procedure Act (Organizzazzjoni u Pro`edura-ivili), <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=19756&l=1>

⁹ Malta Cumhurbaşkanı'na 4 Nisan 2019 tarihinde George Vella seçilmiştir. Bkz. <https://president.gov.mt/speeches/speech-delivered-4th-april-h-e-dr-george-w-vella-inauguration-president-republic-malta/>

¹⁰ Constitutional Court of Malta, <http://judiciarymalta.gov.mt/constitutional-court>

Mahkemesi konumunda değildir. Anayasa Mahkemesi, 1964 tarihli Malta Bağımsızlık Anayasası ile oluşturulmuştur. Başlangıçta bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı ve üç üye olmak üzere beş üyeden oluşturulmuştur. 1974 yılında bir başkan ve iki üyeden oluşan üç üyeli yapıya dönüştürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi temyiz mahkemesi gibi görev yapmamakla birlikte mahkemelerce Anayasa'nın yorumlanması veya kanunların Anayasa'ya aykırılığı hususunda Anayasa Mahkemesi'ne soru sorulabilmektedir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin de ilk derece mahkemelerinin verdikleri kararlara ilişkin Anayasa Mahkemesi bir temyiz mahkemesi gibi karar verebilmektedir. Temel hak ve özgürlük ihlali nedeniyle 2005 yılında 33; 2006 yılında 37, 2007 yılında 24 ve 2008 yılında 24 karar verilmiştir.

Bu görevler dışında, Anayasa Mahkemesi seçim işlerine ilişkin de en üst dereceli yargı merci olarak görev yapmaktadır. Anayasal bir organ olan Anayasa Mahkemesi'nin yapısına ilişkin değişiklikler ancak Malta Temsilciler Meclisi'nin 2/3'ünün oyu ile yapılabilmektedir.

C. MALTA HUKUK TEMYİZ MAHKEMESİ (MALTA COURT OF APPEALS IN CIVIL MATTERS)

Malta'da, iki dereceli mahkeme sistemi ve tek dereceli bir temyiz incelemesi bulunmaktadır. İstinaf mahkemeleri bulunmamaktadır. Malta, Hukuk Temyiz Mahkemesi üç üyeden oluşur. Ancak bazı incelemeler tek hakim ile yapılabilmektedir. Genellikle evlilik ve aile davaları üç hakim ile karara bağlanır. İşlerin artması ile ikişer yargıçtan oluşan iki daireden oluşan bir yapıya dönüştürülmüştür.

Malta Özel Hukuk Temyiz Mahkemesi; 2005 yılında 374, 2006 yılında 360, 2007 yılında 437 ve 2008 yılında 423 davaya bakmıştır.

D. MALTA CEZA TEMYİZ MAHKEMESİ (MALTA COURT OF APPEALS IN CRIMINAL MATTERS)

Üç üyeden oluşmaktadır. Bununla birlikte eğer üyelere birisi çekilirse, yerine yeni bir üye görevlendirilmesi yapılmaktadır. Savcılık veya sanıkların davayı Temyiz önüne götürme yetkisi bulunmaktadır. Başsavcı ve suçlunun başvurusuyla dava Temyiz Mahkemesi önüne götürülebilmektedir.

Malta'da ceza yargılamasında Anglo Sakson yargı sisteminde kullanılan jüri sistemi bulunmaktadır. Jüri dokuz kişiden oluşur ve kararları için gerekçe sunmak durumunda değildir. Jürinin en az 6

üyenin oyuyla aldığı kararlar 'mâhkumiyet kararları'na yargılamayı yapan hakim uymakla yükümlü tutulmuştur.¹¹

Müebbet ile yargılananlar haricindeki diğer ceza davalarında şüpheli/sanık jüri yargılamasını istememe hakkına sahiptir.

E. ÖZEL MAHKEMELER (SPECIAL COURTS)

Malta'da genel mahkemeler dışında çocuk mahkemeleri, yerel mahkemeler gibi uzmanlık mahkemeleri de yer almaktadır.

Çocuk Mahkemeleri (juvenile courts), 16 yaşından küçüklerin ceza davaları ile Malta Aile, Çocukların Hakları ve Sosyal Dayanışma Bakanlığı'nın¹² çocuklara ilişkin verdiği kararlara ilişkin itiraz merci olarak görev yapmaktadır. Çocuk Mahkemesi'nin verdiği kararların temyizi tek hakimce incelenmektedir.

Yerel Mahkemeler (Local Tribunals) ve Court of Magistrates ise Malta Adalet Bakanlığı tarafından atanan görevliler eliyle yürütülmektedir. Bunlar da meslekten hakim olarak kabul edilirler. Bu mahkemeler, Belediye Konseyleri (Local Councils) tarafından verilen idari yaptırım kararları ile küçük cezalara ilişkin kararlar verirler. Bu kararlar aleyhine Malta ve Gozo'da bulunan bir çeşit Sulh Ceza Mahkemesi olan "Court of Magistrates'e başvuru yapılabilmektedir. Court of Magistrates kararları aleyhine de tek yargıçlı Temyiz Mahkemesi incelemesi yapılmaktadır. Magistratorlar'lar 15.000 Euro'yu geçmeyen işlere bakabilirler. Ceza alanında Magistratorlar ise 6 aya kadar olan hapis cezalarına bakmakla görevlidirler.

Küçük Talepler Mahkemesi (Small Claims Tribunal), 5.000 Euro'yu geçmeyen taleplere bakarlar.

Bu küçük dava ve talepler dışındaki ceza mahkemelerince verilen kararlar, 3 kişilik Temyiz Mahkemesince incelenmektedir.

Çocuk ve yerel mahkemeleri dışında bir magistrator tarafından yönetilen kiralari düzenleme kurulu (rent regulation board) ve kırsal kira kontrol kurulu (rural lease control board), arsa tahkim kurulu (land arbitration board) görev yapmaktadır.

Veraset ilamları, hakimler değil, bir arbitrator (hakem) tarafından çözülürler. Bunun için "Partition of Inheritances Tribunals" yani bir çeşit Miras Mahkemesi bulunmaktadır.

Rekabet ve tüketicilere ilişkin idari kurullarca verilen kararlara karşı yargıçlardan oluşan bir Rekabet ve Tüketici İtiraz Mahkemesi (The Competition and Consumer Appeals Tribunal) oluşturulmuştur.

¹¹ İngiliz jüri sistemi için bkz. Pamela R. Ferguson, The Criminal Jury in England and Scotland: The Confidentiality Principle and the Investigation of Impropriety, The International Journal of Evidence & Proof, V. 10, I. 3, July 2006 (s. 180-211)

¹² Ministry for the Family, Children's Right and Social Solidarity, <https://family.gov.mt/en/Pages/>

İtirazlar bir başkan ve iki üyeden oluşan bu mahkemelerce karara bağlanır.

Bunlar dışında ise noterler ile ilgili işleri yürütmek ve itiraz ve disiplin işlerini karara bağlamak üzere oluşturulan Noterlik İşlemleri Revizyon mahkemesi (Court of Revision of Notarial Acts) bulunur. Ancak bunun üyesi yargıç sınıfından değildir. Noterlerin arasından seçilen 'visitors' denilen üyelerden oluşmaktadır.

F. MALTA'DA YARGIÇ SAYISI VE ÖZLÜK HAKLARI

Malta, yargısal iş ve dosyaların yoğun olduğu bir ülke niteliğinde değildir. Mevcut durumda 25 yargıç ve 22 magistrator görev yapmaktadır. Bunların tamamı hükümet tarafından atanırlar. Hakim ve savcıların atanmasına ilişkin bağımsız olmasa da bir Komite bulunmaktadır. Bu Komite yargıçların atanmasını inceler ve hükümete tavsiyelerde bulunur. Ancak bunların tavsiyeleri bağlayıcı nitelikte değildir. Bu yönüyle Malta yargısı, Avrupa Birliği tarafından sıklıkla eleştirilen ülkelerden bir tanesi konumundadır.

2017 yılı itibariyle en yüksek temyiz mahkemesinin Başkanı yıllık toplam 50.185 Euro; diğer Yüksek Mahkeme hakimleri yıllık toplam 43.462 Euro ve Sulh Hakimleri 36.95 Euro yıllık maaşa sahiptirler. Bununla birlikte 2019 yılı başında yapılan ek zam ile Temyiz Mahkemesi Başkanı yıllık toplam maaşını 50.185 Euro'dan 63.814 Euro'ya yükseltmiş; diğer Yüksek Mahkeme hakimleri 56.873 Euro ve Sulh Hakimleri 50.156 Euro'ya yükseltilmiştir.

III. MALTA TARİHİNE BİR BAKIŞ

A. İLK DÖNEMLER VE MÜSLÜMAN HAKİMİYETİ-ETKİSİ

Malta'da ilk yerleşimlerin M.Ö. 5900 yıllarında başladığı tahmin edilmektedir. Urfa'da bulunan Göbeklitepe kazılarında önce, Dünya'nın en eski tapınağı olarak M.Ö. 3600 yıllarından kaldığı tahmin edilen Malta Megalit tapınakları kabul ediliyordu. Malta'nın güney batısında yer alan tapınaklar, Unesco Dünya Kültür mirası listesinde yer almaktadır. Bununla birlikte, 1994 yılında kazılarına başlanan M.Ö. 12.000'li yıllarda inşa edildiği düşünülen Göbeklitepe ile birlikte Megalit tapınakları bu unvanını kaybetmiştir.¹³ M.Ö. 12.000'li yıllarda yapıldığı tahmin edilen 50 ton ağırlığındaki anıtlardan teşekkül eden Göbeklitepe ile birlikte farazi bir inceleme olarak kullanılan tarih öncesi dönemler varsayımının (taş devri, cilalı taş devri vs.) tamamen çöktüğü belirtilmelidir.

¹³ Göbeklitepe için bkz. Göbeklitepe, <http://www.urfakultur.gov.tr/Eklenti/22288,gobeklitepe.pdf?0>

Stratejik konumu nedeniyle Fenikeliler, Kartacalılar, Vandallar, Gotlar, Bizanslılar ve Romalılar çeşitli zamanlarda Malta'ya yerleşmişlerdir. Roma döneminde hristiyanlık kontrolünde olan ada, 800'lü yıllarla birlikte müslüman arapların da ilgi gösterdiği bir yer olmuştur. Müslümanlar, Malta'dan önce Sicilya'ya akınlar düzenlemiş ve burayı fethetmişlerdir. Sicilya'ya müslümanların ilk gelişi Hz. Osman döneminde olmuştur. Sonra Emeviler döneminde bu akınlar devam etmiş ancak Sicilya'nın fethi gerçekleşmemiştir. Endülüs'e yerleşilmesinden yaklaşık 100 yıl sonra 827 yılında Sicilya'ya müslümanlar yerleşmeye başlamışlar ve Sicilya'da 50 yıllık bir süreç içinde hakim olmayı başarmışlardır. Müslümanların Sicilya'ya yerleşmesi sonrası, bu defa Malta'nın fethi gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. 870 yılında o zamanki adı Melite olan Malta Adası'nın ortasında yer alan şehri alan müslümanlar, şehrin adını "Medine" olarak değiştirmişlerdir.¹⁴ Bugün halen bu şehir "Mdina" adıyla bilinmektedir. Yaklaşık 200 yıl adada hakim olan müslümanlar Maltanın dili, kültürü ve mimarisini önemli ölçüde etkilemişlerdir.¹⁵ Bugün Malta dilinde Arapçadan geçen 'tarik', 'merhaba', 'sliem (salam)', 'Allah' yaygın olarak kullanılmaktadır. Bir etimolojik araştırmada Maltacanın %52'sinin Sicilya ve İtalya dilinden, % 7'sinin İngilizceden ve % 32'sinin de Arapçadan etkilenen kelimelerin oluşturduğu belirtilmiştir.¹⁶ Malta şövalyeleri adaya gelene kadar adada Arapça, Sicilya dili ve Latin-İtalyanca karışımı bir dil hakimiyeti bulunduğu, bu tarihten sonra ise Latin-İtalyanca ile Fransızca konuşulmaya başladığı 1800'lü yıllarla birlikte ise İngilizce'nin ve ortak bir kültür olarak Maltaca'nın hakim dil olduğu belirtilmektedir.¹⁷

1100'lü yıllarla birlikte Norman hakimiyetine giren Malta'da hristiyanlık yeniden hakimiyet kurmuştur. Bu dönemde yaklaşık 450 yıl Sicilya Krallığı'nın bir parçası olarak yönetilmiştir.¹⁸

B. MALTA ŞÖVALYELERİ ve MALTA'DAKİ ÖNEMLİ TARİHİ ESERLERİ

Kökene Antik çağdaki 'zırhlı süvariler' olan şövalyeler, Avrupa'ya 9. yüzyılda Fransa'da oluşturulan seçkin zırhlı ve süvari birliklerin 'chevalier' olarak ifade edilmesi sonrasında yayılmıştır. Şövalyeler,

¹⁴ Sessiz Şehir olarak da bilinen Mdina, UNESCO Dünya Kültür Mirası listesindedir. Bkz. Mdina (Citta Vecchia), <https://whc.unesco.org/en/tentativelists/983/>

¹⁵ Arapların Malta üzerindeki etkileri için bkz. David Tschanz, Malta and the Arabs, October 2011, https://www.academia.edu/1190888/Malta_and_the_Arabs

¹⁶ Maltase Language, <http://michargiga.gq/2365.html>; Maltese Language, http://en.wikipedia.org>Wikipedia'ya_yurt_dışından_erişim_sağlanmıştir. Son erişim tarihi: 27.06.2019'dur.

¹⁷ Alexandre Vella, Languages and Language Varieties in Malta, International Journal of Bilingual Education and Bilingualism, 2012, <https://www.tandfonline.com/loi/rbeb20>

¹⁸ C. Savona-Ventura, The Medical History of Maltese Islands: Medieval

Avrupa tarihi içinde özel önemi olan bir figürdür. Fransızca 'chevalier', İtalyanca 'cavaliere', İspanyolca 'caballero', Almanca 'ritter' olan kelime İngilizcede 'chevalier' ya da genellikle 'knights' kelimesi ile ifade edilmektedir. Şövalye, dönemin şartlarında zırh, at ve diğer savaş tesisatı ve bakımı için masrafların karşılanması gereği yüzünden bir süre sonra varlıklı ve soylu kişilerin bir iştigaline dönüşmüştür. Çünkü bu dönemde, kral kendisini koruyan bu savaş teçhizatlı kişilerle bağımlık anlaşmaları yapmaktaydı. Bu nedenle kelime 'atlı', 'süvari' anlamlarını içermektedir.¹⁹

Kudüs'ün Hz. Ömer tarafından 636 yılında fethedilmesi sonrasında, Kudüs yüzyıllarca Emeviler, Abbasiler, Fatımiler ve Selçuklular hakimiyetinde kalmıştır. 1000'li yıllarla birlikte Avrupa'da Hristiyanlarca kutsal sayılan yerlerin müslümanların egemenliğinden kurtarılması için oluşturulan askeri birlikler 'haçlı seferleri' olarak adlandırılmıştır. Türklerin 1071-Malazgirt Zaferi sonrasında, Anadolu'ya kalıcı olarak yerleşmeye başlayan Türkler haçlıları endişelendirmiştir.²⁰

1096 yılından 1270 yılına kadar olan bu dönemde, şövalyelerin önemi daha da artmıştır. Kutsal topraklara giden şövalyeler nedeniyle haçlı seferlerinin dini motifi ortaya şövalye tarikatlerini çıkarmıştır. Bu şövalye tarikatlerinin en önemlileri; Tapınakçılar (templiers), Saint John Şövalyeleri (Knights of St. John) ve Töton (Teutonic) Şövalyeleri olarak bilinmektedir.

St. John Şövalyeleri 1113, Tapınak Şövalyeleri 1118 ve Tötonlar 1191 yılında Papa tarafından resmen tanınmıştır. Kilise'nin yol verdiği bu tarikatların her biri benzer amaçlar etrafında şekillenmiştir. Tötonlar, haçlı seferlerine katılan Almanlar tarafından kurulmuştur. Tötonlar 'Meryem Ana Hastanesi' adıyla, yaralanan hristiyanları tedavi etme amacıyla hareket etmiştir. Bu nedenle kendilerine 'Kudüs Aziz Meryem Ana Hasta Bakıcı Kardeşleri (Hospitale Sancte Marie Theutonicorum Jerosolimitanum)' denilmektedir. Alman Şövalyeleri Tarikatı olarak da bilinen tarikat, Kudüs'ün müslümanlar tarafından alınması sonrasında Macaristan, Prusya gibi çeşitli Avrupa ülkelerinde faaliyet gösterdikten sonra gücünü yitirmiş ve sona ermiştir.²¹

Tapınak Şövalyeleri 'Templiers', Saint John Şövalyeleri ise hastane açmalarından dolayı 'hospitallers' olarak adlandırılırlar.

Tapınak şövalyeleri, kutsal topraklardaki haçlıların güvenlik ihtiyaçlarına karşılık Fransa'da Hugues de Payens'in öncülük ettiği dokuz şövalye (Geofroy de Saint-Omer, Andre de Mantbard, Payen de Monddidier, Archambaud de Saint-Agnan, Geoffroy Bisol, Hughes Rigaud, Rossal ve Gonde mare) tarafından "İsa'nın Yoksul Şövalyeleri"

¹⁹ Şövalyelik tarihi için bkz. Frances Gies, *The Knight in History*, Harper & Row, 1986.

²⁰ Haçlı seferleri için bkz. Işın Demirkent, *Haçlı Seferleri*, Dünya Yayıncılık, 1997.

²¹ Yavaş, Halil, "Töton Şövalyelerinin Ortaya Çıkışı ve Geç Ortaçağ'da Kuzey Avrupa'de Tesiri", *Ortaçağ Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, ss. 1-17.

adıyla kurulmuş ve hizmetleri nedeniyle gitgide güçlenmişlerdir. Kudüs'ün alınması sonrasında Süleyman'ın Tapınağı olarak bilinen yere yerleştikleri için 'Tapınakçılar' olarak anılmaya başlamışlardır. Tapınakçıların en belirgin özelliği, beyaz elbise üzerindeki kırmızı haç olarak ifade edilmiştir. Kudüs'ün alınması sonrasında Fransa'ya giden Tapınakçılar buradaki faaliyetleri nedeniyle Kral Philippe'nin uğraşları ile 1307 yılında tutuklanmışlar ve idam edilmişlerdir.²²

Malta Şövalyeleri'nin²³ kökeni ise çoğu zaman karıştırıldığı gibi Tapınak Şövalyeleri ve Tötonlar değil, Saint John Şövalyeleri'dir. Hospitalier (Hastane) Şövalyeleri veya St. Jean Şövalyeleri olarak bilinen bu tarikat da, Haçlı seferleri sonrasında ortaya çıkmıştır. Bu tarikatın ortaya çıkmasında temel olarak iki görüş öne sürülmektedir. Birincisi İtalya'nın Amalfi kenti menşeilili olan ve Orta Doğu bölgesine ticaret yapan tacir grubuna dayandığı görüşüdür. İkincisi ise hristiyan hacılara kutsal sayılan topraklarda barışçıl yardım amacıyla ortaya çıktığı düşüncesidir. Oluşturulan birlik üyelerini kutsayan din adamından ismini alan grup, yoksul ve hasta hristiyan hacı adaylarına yardım amacıyla Kudüs'te bir hastane kurmuştur. Daha çok hacı adaylarının konaklama ve tedavilerine yoğunlaşan tarikat, zamanla üç gruba ayrılmıştır: Vaizler (Chaplains), Hizmetkarlar ve Şövalyeler. Vaizler, genel olarak hristiyanların ruhani yönüne hitap eden gruptu. Şövalyeler ise askeri güce sahip, fiziki korumayı sağlayan gücü ifade etmekteydi. Hizmetkar grubu ise şövalyelere hizmet eden grup olarak oluşturulmuştur.

1187 yılında Hittin Savaşı'nda²⁴ Selahaddin Eyyubi'nin Kudüs'ü geri almasına kadar bu tarikatlar Kudüs merkezli olarak faaliyetlerine devam etmişlerdir. Genel olarak bu üç grup tarikatın da hem dini, hem tedavi amaçlı hem de fiziki koruma sağlayan şövalyelere sahip gruplar olduğu sıklıkla ifade edilmektedir.

Saint John Şövalyeleri Kudüs'ü terketmesi sonrasında, önce Akka'ya, ardından Antakya'ya yerleşmişlerdir. Daha sonra ise Kudüs'e yakın olabilmek umuduyla 1291 yılında Kıbrıs'a yerleşmişlerdir. 20 yılı aşkın süre Kıbrıs'ta kaldıktan sonra 1309 yılında Rodos'a geçmişlerdir. Burada bir hastane kurup adayı bağımsız bir devlet gibi yönetmişlerdir.

²² Tapınak şövalyeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baigent, Michael / Leigh, Richard / Lincoln, Henry, *Savaşçı Keşişlerin Tarikati, Tapınak Şövalyeleri*, Nokta Yayınları, Çeviri: Mehmet Toptaş, Ocak 2004.; Tarikatın Fransa'daki tarihi hakkında bkz. Joserand, Philippe, *The Templars in France: Between History, Heritage and Memory*, İçinde; Ricardo da Costa; Jose Maria Salvador Gonzales, *Medieval and Early Modern Iberian Peninsula Cultural History*, Mirabilia 21, 2015. (<https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/21-24.pdf>).

²³ Malta şövalyeleri hakkında bkz. Abbe de Vertot, *The History of the Knights of Malta*, Midsea Books, Malta, 1989.; H.J.A. Sire, *The Knights of Malta*, Yale University Press, 1996. Simon Mercieca, *The Knights of Saint John in Malta*, Bonechi, 2005.

²⁴ Dünya tarihinde 'Battle of Hattin' olarak geçen tarihin dönüm noktası kabul edilen olaylardır. Hittin savaşı için bkz. Selahaddin Eyyubi ve Haçlılar, <https://www.ilmvemedenyet.com/selahaddin-eyyubi-ve-haclilar.html>

1292-1306 yılları arasında Kıbrıs'ta kalmışlardır. Ardından önce Girit sonra Rodos'a geçmişler ve 1309 yılından Rodos'un fethedilmesine kadar geçen 1522 yılına kadar Rodos'ta kalmışlar ve Rodos Şövalyeleri olarak anılmışlardır.

Fatih Sultan Mehmed döneminde Rodos kuşatılmış fakat alınamamıştır. Bu dönemde Rodos Şövalyeleri, Osmanlı devletinin denizlerdeki faaliyetlerine engel olmaya çalışan bir şekilde hareket etmiştir. 2. Beyazıt ile Cem Sultan arasındaki kavgada Rodos Şövalyeleri taraf olmuş ve Cem Sultan Rodos'a sığınmıştır. Daha sonra Cem Sultan'ı Roma'ya teslim etmişlerdir. Osmanlı İmparatorluğu, 1522 yılında Kanuni döneminde altı aylık kuşatma sonrasında Rodos'u fethetmiştir. Kanuni'nin Rodos'un alınmasından sonra *"Bağrımızdaki hançeri çıkardık."* dediği rivayet edilir.²⁵ Osmanlı'nın Rodos'u almasından sonra burada bulunan Rodos Şövalyeleri, İspanya ve Sicilya'yı hakimiyeti altında bulunduran Roma İmparatoru V. Şarlken'in yönlendirmesiyle Malta'ya yerleştirilmiştir.

Şövalyelerin Malta'ya yerleşmesi hem Türk tarihi açısından hem kendi tarihleri açısından dönüm oluşturmuştur. Çünkü 1565 yılında Osmanlı döneminde Malta'nın kuşatılması ve alınamaması nedeniyle Malta Şövalyeleri'nin hristiyan dünyadaki itibarı artmıştır.

Malta'da önce Birgu'ya yerleşen şövalyeler burada bir hastane inşa etmişlerdir. 1565 yılında Osmanlı kuşatmasının ardından 1570 yılında ise Valletta'da yer alan 'Grandmaster's Palace' isimli Şövalye Üstad-ı Azamları için bir Saray inşa ettirmişlerdir. Saray, başlangıçta çeşitli şövalyelere ait üç evin birleştirilmesiyle yapılmış 1580 yılında biten Saray, ardından gelen büyük üstadlar tarafından 200 yıl boyunca genişletilmiş ve süslemelerle zenginleştirilmiştir. Saray'a döner merdiven 16. yüzyılda Büyük Üstad Verdalle tarafından yaptırılmıştır. Büyük Üstad Pinto ise mimari işlemleri zenginleştirmiş ve Barok tarzda iki geçit ve 1745 yılında bir saat yaptırmıştır. Yapılan sanatsal tasarımda saatin kenarında 'dört köle' ellerinde çekiç ile gonga vurmaktadırlar. Saray'ın ilk inşası sırasında 1604 yılında birinci katı cephanelik olarak yapılmıştır. Burada birbirinden çok farklı zırhlar, savaş araç ve gereçleri ile Büyük Kuşatma (Great Siege) döneminden kalma Osmanlılara ait zırh, kılıç ve aletler konulmuştur. 1975 yılında birinci katta yer alan cephanelik, zemin kata taşınmıştır. Ancak zamanla eski dönemden kalma bu savaş aletleri aşınmış ve yıpranmıştır.²⁶ Saray'a giren ziyaretçiler bronz Neptün heykelinden dolayı Neptün Avlusu'ndan geçiş yaparak girerler. Bilhassa birinci katta eşsiz süslemeler, tablolar ve

²⁵ Öndeş, Osman, *Kanuni'nin Amirali, Turgut Reis'in Son Seferi, Malta Kuşatması*, İstanbul, 2011, 2. Baskı, s. 18.

²⁶ D. Vella; C. Degrigny; M. Grech; A. Williams, *Metallurgy of Armour Exhibited At The Palace Armoury, Valletta, Malta, Proceedings of Metal, 4-8 October 2004*, https://www.nma.gov.au/___data/assets/pdf_file/0019/346051/NMA_metals_s2_p12_metallurgy.pdf, (s. 215-233). >, erişim tarihi: 27.09.2019.

geçmişte kullanılan tahtların bulunduğu odalar yer alır. Savaş aletleri müzesi de burada ve bir üst katında yer almaktadır.²⁷

Saray 1798-1800 arasında Fransızlar ve ardından adanın İngiliz hakimiyetine geçmesiyle İngilizler tarafından kullanılmıştır. Bu dönemde İngiliz vali ve yöneticilerin ikametgahı ve çalışma ofisi olarak kullanılmıştır. Malta'nın 1921 yılındaki ilk anayasal parlamentosu da burada yer almıştır. 1964 yılında Malta'nın bağımsızlığını kazanmasıyla Saray, Devlet Başkanı Ofisi ve Parlamento binası olarak kullanılmıştır. Bugün Saray, Malta Cumhurbaşkanı'nın ofisi ve müze olarak kullanılmaktadır. Saray, flaman goblenleri ve zengin zırh koleksiyonu ile pek çok turistin ziyaret ettiği bir yerdir.

1572-1581 arasında Malta Büyük Üstad'ı olan Jean de La Cassiere, büyük kuşatmanın anısına Valletta'da 1578 yılında bir büyük Katedral ve Manastır yaptırmıştır. Kıymetli taşlar, altın, gümüş, Malta taşı ve mermerler ile yapılan barok tarzı işlemlerle yapılan Katedral Avrupa'daki barok tarzı katedraller içinde en seçkinlerinden biri kabul edilir. Kuşatmanın anısına askeri bir kaleyi andıran ön cephesinde üç adet saat bulunmaktadır. Ortada yer alan balkondan, şövalyelerin büyük üstadı açıklanır ve büyük üstadın buradan halka altın para dağıttığı rivayet edilmektedir. 1703 yılında Katedrale tek parça mermer oyulmak suretiyle bir Mesih sureti yapılmıştır. Katedral'de hayatını yitiren 375 şövalye için de mermer mezar taşı yapılmıştır.²⁸

Malta şövalyeleri, tarihsel olarak başlangıçta siyah ve üzerinde kırmızı haç figürü taşıyan kıyafetlerle anılmışlardır. Daha sonra kırmızı zemin üstünde beyaz haç kıyafeti kullanılmış, Malta şövalyeleri döneminde ise Malta haçı olarak da bilinen sekiz köşeli haç kullanılmaya başlamıştır.²⁹ Bu sekiz köşenin, Hz. İsa tarafından kutsanan sekiz grubu simgelediği söylenmişse de,³⁰ bazı tarihçiler şövalyelerin geldikleri yerlerdeki sekiz dili simgelediği, diğer bazı tarihçiler ise dört üçgenin dört erdemi simgelediği, sekiz girintinin ise bu dört erdemden çıkan sekiz iyi davranış (dürüst yaşamak, inançlı olmak, günahlarından tövbe etmek, alçakgönüllü olmak, adaleti sevmek, merhametli olmak, içten ve yürekten olmak, zulme dayanmak) olduğunu ifade etmişlerdir.³¹

²⁷ Saray hakkında bkz. Malta, Valletta, Grand Masters Palace, http://www.famous-historic-buildings.org.uk/grand_masters_palace_valletta_malta_219.html; Ayrıca bkz. The Grandmaster's Palace and Armoury, <https://www.maltauncovered.com/best-places-to-visit-attractions/grandmasters-palace-armoury/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

²⁸ Katedral ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. St. John's Co Cathedral, <https://vassallohistory.wordpress.com/st-johns-co-cathedral/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

²⁹ Knights Hospitaller & Knights Templar: The Difference, <http://general-history.com/knights-hospitaller-knights-templar-the-difference/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

³⁰ Yel, Ali Murat, "Malta Şövalyeleri", 30 Ağustos 2011, <http://www.eurovizyon.co.uk/malta-sovalyeleri-makale,48.html>

³¹ The Maltese Cross: Its Origin and Importance to Malta,

C. OSMANLI DEVLETİ'NİN MALTA ADASINI KUŞATMASI-1565 (GREAT SIEGE)³²

I. Malta'nın Kuşatılmasından Önceki Gelişmeler

Osmanlı İmparatorluğu, 1522 yılında altı aylık kuşatma sonrasında Rodos'u fethetmiştir. Osmanlı'nın Rodos'u almasından sonra burada bulunan Rodos Şövalyeleri, İspanya ve Sicilya'yı hakimiyeti altında bulunduran Roma İmparatoru V. Şarlken'in yönlendirmesiyle Malta'ya yerleşmişlerdir. Şövalyeler, Malta'ya yerleştikten sonra olası Osmanlı saldırısı için kaleler inşa ettirmişler ve güçlü bir savunma sistemi kurmuşlardır. Ticari ve askeri önemi artan adada Şövalyeler korsanlık faaliyetleri yapmaya devam etmişlerdir. Bilhassa Türklerle savaşmak Malta Şövalyelerinin yeminlerinden birini teşkil etmektedir ve herhangi bir gemi Osmanlı Devleti'ne aitse, yolcu hristiyan dahi olsa, gemiye derhal savaç açılarak el konulmaktaydı.

1538 yılında Preveze Deniz Savaşı'nın kazanılmasından sonra Kaptan-ı Derya Barbaros Hayreddin Paşa 1546 yılında vefat edince, yerine o dönem Sadrazam olan Rüstem Paşa, önce Sokullu Mehmed Paşa'yı getirmiştir. Sokullu vezir yapıp Saray'a girince, bu defa Sadrazam Rüstem Paşa, kendi kardeşi Sinan Paşa'yı Kaptan-ı Deryalığa getirmiştir. Kapudan-ı Derya Hayreddin Paşa'dan sonra Batı Akdeniz'de Piyale Paşa ve Turgut Reis Habsburglulara³³ karşı başarıyla mücadeleyi yürütmeye devam etmişlerdir.³⁴

Rüstem Paşa, aslen Saraybosna asıllıdır ve Diyarbakır ve Anadolu Beylerbeyliği sonrasında 1539 yılında Kanuni'nin kızı Mihrimah Sultan

<https://www.maltauncovered.com/malta-history/maltese-cross/>>son erişim tarihi: 27.09.2019.

³² 1565 yılı, Maltalılar ve Avrupalılar için özel önemi haiz bir tarih olarak anılmaktadır. Batı'da yazılan eserlerde kuşatma 'Büyük Kuşatma (Great Siege)' olarak anılmaktadır. Malta'da yaşanıldığı dönem içinde bazı otel ve kafeteryalarda kablosuz internet ağı şifresinin dahi 'Valletta1565' şeklinde belirlendiğine şahit olunmuştur. Great siege hakkında bkz. Francesco Balbi di Correggio, The Siege of Malta 1565, İspanyolcadan İngilizceye Çeviren: Ernle Bradford, Boydell Press, 2011.; Ernle Bradford, The Great Siege, Malta 1565: Clash of Cultures, Christian Knights Defend Western Civilization Against the Moslem Tide, Open Road Media, 2014.; Arnold Cassola, The 1565 Great Siege of Malta and Hipolito San's La Maltea, Enterprise Group, Malta, 1999.; Ayrıca bkz. Victor Mallia-Milanes, The Siege of Malta, 1565, Revisited, Storja 2015,

<https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/123456789/25143/1/The%20Siege%20of%20Malta%2C%201565%2C%20Revisited.pdf>>son erişim tarihi: 27.09.2019.

³³ Avrupa'da 1000'li yıllarla birlikte etkin olmaya başlamış hanedanı ifade eder. 1500'lü yıllarda Osmanlı Devleti genel olarak Fransızlarla denge ve işbirliğine dayalı bir ilişkiyi tercih etmiştir. İspanyol ve Avusturyalıların egemen olduğu Habsburglular ile ise gerek denizde, gerekse karada büyük bir mücadeleye girişmiştir. Bkz. İnalçık, Halil, *Devlet-i Aliyye, Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I, Klasik Dönem (1302-1606)*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2017, 57. Baskı, s. 150 vd.

³⁴ İnalçık, s. 163.

ile evlenmiştir. 2 Aralık 1544 tarihinde Sadrazam olmuştur. Rüstem Paşa gerek sadrazam olduğu yıl Vezir-i Azam Hadım Süleyman Paşa ile Vezir Hüsrev Paşa'nın kavgası gerekse de 1553 yılında İran Seferi sırasında Şehzade Mustafa'nın öldürülmesinde parmağı olduğu belirtilen bir isimdir. Bu nedenle 1553 yılında yerine Kara Ahmed Paşa, Sadrazam yapılmıştır. Ancak Hürrem Sultan, Mihrimah Sultan ve Rüstem Paşa'nın tertibiyle Kara Ahmed Paşa, 1555 yılında idam ettirilmiştir. 1555 yılından yaşamını yitirdiği 1561 yılına kadar ikinci kez Sadrazamlık yapmıştır.³⁵

Rüstem Paşa öldükten sonra, yerine yine Bosna asıllı Semiz Ali Paşa getirilmiştir. Malta'nın kuşatılması Semiz Ali Paşa döneminde olmuşsa da, Semiz Ali Paşa neticeyi göremeden 29 Haziran 1565 tarihinde vefat etmiştir. Semiz Ali Paşa'nın yerine yine Bosna asıllı Sokullu Mehmed Paşa getirilmiştir.

Sadrazam Rüstem Paşa'nın, Barbaros Hayreddin Paşa'nın Kaptan-ı Deryalığı sırasında çok güçlü olması nedeniyle ondan çekindiği ve bu yüzden ondan sonra Kaptan-ı Deryalığa saraydan yetişen, protokol kaidelerini bilen karacılardan kişiler getirmeyi tercih ettiği söylenmektedir.³⁶ Sinan Paşa döneminde 1551 yılında Trablusgarp, Turgut Reis tarafından fethedilmiştir.³⁷ Rüstem Paşa'nın Kaptan-ı Deryalığa getirdiği kardeşi Sinan Paşa'nın 10 Aralık 1554 tarihinde Sultanahmet'te yaptırdığı köşkünde ani ölümü üzerine, herkes Kaptan-ı Deryalığa Turgut Reis'in getirileceğini düşünüyordu. Ancak Sadrazam Rüstem Paşa, yine bir karacı olan Piyale Paşa'yı tercih etmiş ve onu Kaptan-ı Derya yapmıştır. Bu dönemde Osmanlıların Fransızlar ile ilişkileri iyi düzeydeydi. Barbaros Hayrettin Paşa zamanında da, İspanyollara karşı Fransızlar kollanmıştı. Fransızların, Piyale Paşa döneminde İspanyollara karşı yeniden yardım istemesi üzerine Kanuni Sultan Süleyman, Piyale Paşa'ya bir emr-i şerif göndermiştir. Bu emirde Padişah, Turgut Reis'e olan güveni ve sevgisini de ortaya koymuştur. Kanuni; "Ulu Beylerin iftihar, büyük ve şanlı beylerin seçkini, herşeyi bilen Cenab-ı Hakk'ın lütuf ve yardımına erişmiş Gelibolu Sancakbeyisi ve Kapudanım³⁸ Piyale" diye başladığı Emri'ni şu şekilde tamamlamıştır:

"Uygun olan yerde Fransa Kralı'nın donanmalarıyla toplanıp Devlet-i Hümayunumla ilgili işlere güzelce uyuşup anlaşarak başlayın. Bu iş himmet ister. Savaşlamayıp gemileri çabucak tamamlayarak önceden çıkarmak yolunda

³⁵ Rüstem Paşa, <https://islamansiklopedisi.org.tr/rustem-pasa>, erişim tarihi: 27.09.2019.

³⁶ Şimşirgil, Ahmet / Pazan, İbrahim, *Denizler Fatih Piyale Paşa, Cerbe Zaferi*, Timaş, İstanbul, 2016., s. 29.

³⁷ Bkz. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi, Cilt 2*, TTK Yayınları, Ankara, 1983, s. 383 vd.; Kumrular, Özlem, "Turgut Reis'in 1550 yılındaki Faaliyetleri, Mit ve Gerçek Arasında Bir Denizci Figürü", *Turgut Reis Türk Denizcilik Tarihi Sempozyumu*, 27-28 Mayıs 2011, Ankara 2013, s. 57 vd.

³⁸ Kapudan kelimesi, kelime kökeni itibariyle İtalyanca 'capitan' kelimesinden gelmektedir ve Osmanlılarda 15. yüzyılda donanma kumandanını ifade için kullanılmıştır. Kapudan-ı Derya, Donanma Kumandanını ifade etmek üzere kullanılmıştır.

dakika kaybetmeyesin. Şanı ve Yüceliği daim olsun Turgut kulum denizinin bütün hallerini ve işlerini bilir. Onunla meşveret etmekten geri durmayasın. Güzel dirlik ve tam birlikle gönülde ve maksatta bir olup gayretin gerektirdiği ne varsa yerine getiresin. Kötü tedbirlerle saltanatın ırzına ve namusuna aykırı bir durum olmaması için dikkat ediniz ve güzel çalışınız.

Gönüllü levent gemilerinin de birlikte gitmesi buyurulmuştur. Turgut kulum onların durumlarını bilir. Onun marifetiyle gönüllü reislerle birlik olup her birinin onun uygun gördüğü tarzda gönüllerini alıp peksimet³⁹ gerek olana peksimet verip onun marifetiyle ve onunla danışıklık ederek Devlet-i Hümayûnumla ilgili işlerde ve din yolunda kullanıp Allah'ın yardımıyla yüz aklıkları elde etmeğe gayret edesin. Cenab-ı Hakk mu'ininiz olsun.⁴⁰

Enderun'da yetişen ve karacı bir asker olan Piyale Paşa kısa sürede denizi sevdi ve Turgut Reis ile de iyi anlaşarak önemli işlere imza attı. Barbaros'un sağladığı haşmet devam ettiriliyordu. Bu dönemde Trablusgarp'ın fethi dahil olmak üzere Kuzey Afrika'ya pek çok zafer kazanılmıştır. Bu fetihler, İspanyollar ve Maltalıları endişelendirmiştir. Kuzey Afrika'da yeniden hakim olabilmek için bir haçlı ittifakı hazırlığına girişilmiştir. Haçlı ittifakında İspanya, Papalık, Malta Şövalyeleri, Napoli, Cenova ve Floransa devletlerinden toplam 15.000 asker ve yüz parçalık donanma yer alıyordu. Donanma'nın genel komutanı Andrea Doria'nın⁴¹ yeğeni Giovanni Andrea Doria idi. Amaç Trablusgarp'ı yeniden almaktı. Bu amaçla Tunus Sultanlığına bağlı olan Cerbe Adası'ndaki ve Kuzey Afrika'daki diğer Araplarla işbirliği yapma yoluna gittiler ve yanlarına çekebilecekleri kişi ve grupları yanlarına çekmeyi başardılar. Bu hazırlıkları haber alan Osmanlı Devleti önce çeşitli hediye ve elçilerle buradaki müslümanların desteğini sağlamayı amaçladı. Haçlılar Osmanlıların büyük bir donanmayla gelmesi üzerine, Araplarla işbirlikleri de tehlikeye girdiğinden Malta ve Cerbe Adası'na çekildiler. Preveze'de Malta şövalyelerinin de yer aldığı haçlı ittifakı bozguna uğrayınca bir kısım haçlı Tunus'un doğusunda yer alan Cerbe Adası'na gelmişlerdi. Tunus kıyısına 2 km. uzaklıkta bulunan Cerbe

³⁹ Yunanca 'Paksimâdi' kelimesinden geçen kelime, kalınca dilimlenmiş arpa ekmeğini ifade ederdi. Bu tür ekmeğe, Venedikliler 'pasimata', Bizanslılar 'paximad', Araplar 'baksimat', Hırvatlar 'peksimet' demişlerdir. Osmanlılar uzun seferler nedeniyle ekmeğin doyurucu olması ve bozulmadan kalması için ekmeği iki kez pişirmek suretiyle suyunu almışlardır. Bu şekilde yapılan pişmiş ve kurutulmuş ekmeğin seferlerde suya batırılarak yumuşatılmak suretiyle yenirmiş. Bkz. İnsan ve Ekmek, <http://www.ekmekisrafetme.com/UploadResim/EkmekYayınlar/İnsanVeEkmek.pdf>, s. 52.

⁴⁰ Kâtip Çelebi, *Tuhfetü'l-Kibâr fî Esfâri'l-Bihâr*, Hazırlayan: Orhan Şaik Gökyay, İstanbul, 1973, s. 104-105. Aktaran: Şimşirgil/ Pazan, s. 30-31.

⁴¹ Andrea Doria, Cenova asıllı İtalyan denizcidir. 1466-1560 yılları arasında yaşamıştır. Barbaros Hayreddin Paşa komutasındaki Osmanlı donanması ile 1538'de Preveze'de karşılaşan haçlı donanmasının komutanlığını yapmıştır. Sonraki bütün hayatı boyunca da, Preveze'de kaybedilen bu savaşı unutmamış ve intikam hissiyle yaşamıştır. Bkz. <https://www.britannica.com/biography/Andrea-Doria-Genoese-statesman>

Adası (İngilizce Djerba, İspanyolca Gelves ve ada yerlilerince Cerbah) Malta'ya da yaklaşık 400 km uzaklıkta bir mesafede bulunmaktadır. Cerbe Adası'na hakim olan Yahya Efendi, halka adil davranmayan ve düşmanla işbirliğine açık biriydi. Haçlılar kısa süre içinde Cerbe Adası'na hakim oldular ve kaleleri tahkim ettiler. Ancak Osmanlı donanması **Mayıs 1560'da** Cerbe Adası'na doğru yola çıktı. Haçlıların bir kısmı Türklerin büyük bir donanmayla geldiği haberi üzerine derhal kaçma yoluna gitmişlerdir. Uluç Ali Reis, Seydi Ali Reis gibi denizcilerin de olduğu Osmanlı donanmasının başında Piyale Paşa ve Turgut Reis bulunuyordu.

Gerekdür gayret itmek râh-ı dinde
Kim olmamış ola hiçbir karinde
Bilün erkek koyun kurân içündür
Bu meydân-ı eren merdân içündür
İdelüm nâm için biz ceng-i harbi
Tuta âvâzesi heb şark u garbı
Ne denlü çoğ olursa cünd-i küffâr
Bizümle pâdişâhun himmeti var
Ne denlü güçlü ise ehl-i tuğyân
Bizümledür dü'â-yı Şeh Süleyman

Piyale Paşa

Turgut Reis de donanmasıyla kuşatmaya katılmış ve iki süren kuşatma sonrasında, 1560 yılında Cerbe Adası fethedilmiştir. Kaptan'ı Derya Piyale Paşa, bu zafer sonrasında Şehzade Selim (II. Selim) kızı Gevherhan Sultan ile evlendirilmiştir. Cerbe Adası zaferi, Osmanlı Devleti'nin 22 yıl önce Preveze Deniz Zaferi ile Akdeniz'de başlayan hakimiyetini zirve noktasına ulaştırmıştır.⁴²

2. Malta Adası'nın Kuşatılmasını Gerektiren Sebepler

Osmanlı Devleti Cerbe Zaferi sonrasında, Malta adası fethedilmeden Trablusgarp'ın da güvende olmayacağına kanaat getirmiş ve Doğu ve Batı Akdeniz arasındaki kontrol noktasındaki Malta adasını ele geçirmeye karar vermiştir.⁴³ Civardaki tek önemli hristiyan kalesi olarak Malta Adası kalmıştı. Ancak Malta Şövalyeleri adaya yerleştiğinden beri kaleleri güçlendiriyor, yeni kaleler inşa ediyorlardı. Cerbe'nin alınmasından sonra Hristiyan dünyada, Osmanlıların Malta'ya saldıracağına muhakkak olduğu dillendirilmeye başlamıştı. Papa IV. Pius, İmparator Ferdinand'a 18 Mart 1563 tarihinde bir mektup yazarak Türklerin Malta'ya saldırılarının çok kuvvetli bir ihtimal olduğunu

⁴² Öndeş, s. 63.

⁴³ İncalcık, s. 164.

bildirmiştir. Bu yüzden haçlılar Malta'yı sağlamlaştırmak için para ve asker göndermişlerdi.

Malta'nın fethine karar verilmesini hızlandıran nedenlerden birisi de Malta Şövalyelerinin gerek ticari gemilere; gerekse müslüman hacılara sık sık zarar vermesi gösterilmiştir. Malta şövalyelerinin elinde tutsak olan müslümanların Kanuni'den yardım istedikleri bilinmektedir. Bilhassa Kanuni Sultan Süleyman'ın çok değer verdiği kızı Mihrimah Sultan'ın süt annesinin (bazı kaynaklarda dadısının) bulunduğu bir geminin Malta Şövalyeleri tarafından ele geçirilmesi yine hayli değerli malların (bir kaynak 80.000 dükalık mal bulunduğunu belirtir)⁴⁴ bulunduğu Sultana gemisine el konulmasının bardağı taşıran son damla olduğu belirtilmektedir.⁴⁵ Mihrimah Sultan'ın babasına Malta'nın kuşatılması için iknaya çalıştığı tarihi kaynaklarda yer almaktadır. Dönemin Şeyhülislamı Ebusuud Efendi'nin de tutsak edilen müslümanlar nedeniyle;

"Yalnız senin görülemeyen kılıcın, bu talihsizlerin ıstırap zincirlerini kırarak, gözyaşlarını hürriyet hasretiyle pınarlarından çağlayan, çılgınlıkları göklere yükselen Allah'ın müminleri senin sayende kurtulacaklardır. Babasını özleyen çocuklar, karılar, kocalar ve ayrı düşmüş evlatlar seni bekliyor. Senin adaletin ve kuvvetin onların kini üzerine çökecek ve senin değişmez düşmanların o zaman yola gelecektir."

şeklinde fetva verdiği rivayet edilmektedir.⁴⁶

Malta Şövalyeleri, Osmanlı'nın adayı kuşatabileceğini düşünerek çok önceden kaleleri güçlendirmiş ve özellikle Saint Elmo, Angelo ve Michael kalelerini tahkim etmişlerdi. Ayrıca adanın tüm tatlı su kuyularını hayvan leşleriyle zehirledikleri ve adanın bitki örtüsüne zarar verdikleri rivayet edilmektedir.⁴⁷ Bu sülardan içen Osmanlı askerleri arasında dizanteri salgını başladığı belirtilmektedir.⁴⁸

Turgut Reis'in de Malta'nın fethi gerektiği yönündeki telkinleri sonrasında, Kanuni Sultan Süleyman, Malta'nın fethi için Kaptan-ı Derya Piyale Paşa ile kara kuvvetleri için de Vezir Mustafa Paşa'yı görevlendirmiş ancak her ikisini de Turgut Reis'i dinlemeleri konusunda uyarmıştır.⁴⁹

⁴⁴ İspanyol Yazar Balbi. Aktaran: Öndeş, s. 78.

⁴⁵ Afyoncu, Erhan, *Muhteşem Süleyman, Kanuni Sultan Süleyman ve Hürrem Sultan*, Yeditepe, İstanbul, 2011, s. 150.

⁴⁶ Beşoğul, Çağdaş, "Malta Kuşatması ve Kuşatmanın Başarısızlıkla Sonuçlanmasının Nedenleri", Erciyes Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi (USBİK 2018), [http://www.usbik.com/FileUpload/as878960/File/usbik_kongre_programi_2018_\(19.01.2018\).pdf](http://www.usbik.com/FileUpload/as878960/File/usbik_kongre_programi_2018_(19.01.2018).pdf), s. 436.

⁴⁷ Öndeş, s. 110.

⁴⁸ Öndeş, s. 110.

⁴⁹ Güler, Turgut, *Demir Kuşaklı Cihangir, Süleymanname*, Ötügen, İstanbul, Kasım 2016., s. 38.; Turgut Reis'in Şehit Oluşu, <https://denizmuzesi.dzkk.tsk.tr/dmk/upload/files/201611/58344352b24e2-1479820114.pdf>, s. 2.

Mustafa Paşa'nın soyu, Candaroğulları'nın Sinop'ta kurulan İsfandiyaroğulları soyuna dayanmaktaydı.⁵⁰ Candaroğulları'nın Sinop bölgesi hükümdarı İzzettin İsfandiyar Bey, valide tarafından Osmanlı soyuna mensuptu. Mustafa Paşa, İsfandiyaroğlu Kızıl Ahmed Bey'in torunu, Mirza Mehmed Paşa'nın üç oğlundan biridir. Annesi II. Bayezid'in oğlu Şehzade Abdullah'ın büyük kızı Şahnisâ Sultan'dır. Mustafa Paşa'nın ağabeyi Şemsi Ahmet Paşa, Sultan III. Murat'ın Sokullu Mehmed Paşa'dan sonraki Sadrazamı'dır. Mustafa Paşa ise Kanuni döneminde vezir olmuştur. Karacı olan Mustafa Paşa, akıllı ve gözü pek biriydi.

3. Malta'nın Kuşatılması-1565 ve Turgut Reis'in Şehit Düşmesi⁵¹

Malta'nın kuşatılması kararı sonrasında, büyük Osmanlı donanması Malta önlerine gelmiştir. Donanma'da 240 gemi, 30.000 asker olduğu belirtilmektedir.⁵² Malta seferi için Akdeniz'deki tüm Osmanlı donanması ile Cezayir, Mısır, İskenderiye'den gelip, İstanbul'dan hareket eden Piyale Paşa kumandasındaki 180 gemilik donanma bir araya gelmiştir.⁵³ Osmanlı donanması Malta'ya gelince önce 21 Mayıs 1565 tarihinde Malta'nın güneyinde bulunan ve bugün bir balıkçı kasabası olan Marsaxlokk koyundan adaya asker çıkarmıştır. Osmanlı askerleri adanın içlerinde yer alan Mdina ve diğer küçük ada olan Gozo adasına da ulaşmıştır. Savaşın stratejisi konusunda anlaşmazlık yaşanmıştır. Bir kısım Gozo ve Mdina'nın alınması ve sonra Valletta'nın kuşatılmasını istemiş, ancak diğer bir kısım Mayıs ve Haziran aylarında büyük fırtınalar çıkabileceğini donanmanın bir an evvel korunaklı bir liman'a yanaştırılmasını istemiş ve Valletta'ya yakın olan **Marsamxett (Marsamuscetto)** koyuna demirlemek gerektiğini belirtmişlerdir. Bu uğurda ise donanmanın güvenliğinin sağlanabilmesi

⁵⁰ Yabancı kaynaklarda ve bazı Türk kaynaklarında Malta Kuşatması'na katılan Kara Mustafa Paşa'nın Lala Mustafa Paşa olduğu belirtilmekteyse de, bu bilgi yanlıştır. Lala Mustafa Paşa, Kara Mustafa Paşa olarak bilinen, Sokullu Mehmed Paşa'nın köyü olan Sokol köyünden gelen ve Vezirliğe yükselen 1571 yılında Kıbrıs'ın fethine katılan Paşa olarak bilinir. Malta Kuşatmasına katılan Mustafa Paşa ise Şemsi Ahmed Paşa'nın kardeşi olup, aslen İsfandiyaroğullarından olan Evliya Çelebi Seyaatnamesinde 5. Vezir olarak anılan Mustafa Paşa'dır. Bkz. Lala Mustafa Paşa, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lala-mustafa-pasa>

⁵¹ Malta kuşatmasıyla ilgili bkz. Turan, Şerafettin, "Rodos'un Fethinden Malta Muhararasına", *Kanuni Armağanı*, TTK Yayınları, Ankara, 1970.; Akant, İlhan, *Malta Destanı*, Ajans-Türk Yayınevi, İstanbul.; Öndeş, Osman, *Kanuni'nin Amiralî, Turgut Reis'in Son Seferi, Malta Kuşatması*, İstanbul, 2011, 2. Baskı; Kırval, Levent, "Osmanlı İmparatorluğu'nun 1565 Malta Kuşatması ve 16. Yüzyıl'da Kanuni Sultan Süleyman'ın Akdeniz Stratejisi", *Journal of ETA Maritime Science*, V. 1, No. 2, 2013, ss. 39-46; Yavuz, Nuri/ İslah, İbrahim, "Malta Türk Şehitliği", *Akademik Bakış Dergisi*, C. 12, Sayı: 24, Yaz 2019, ss. 223-243; Malta Kuşatması, <https://denizmuzesi.dzkk.tsk.tr/dmk/upload/files/201611/58344241045fb-1479819841.pdf>; Beşoğlu, 2018.

⁵² Öndeş, s. 79.

⁵³ İncalcık, s. 164.

için adanın güçlü kalelerinden Saint Elmo'nun alınması gerekmekteydi. Ancak şövalyeler tarafından yeniden inşa edilen Saint Elmo kalesi, yapısı itibariyle o dönemin şartları içinde kolay düşürülecek bir kale değildi. Yıldız şeklinde olan kale, yüksek duvarlara sahipti. Ayrıca kalenin çevresi de kayalıktı. Ayrıca Saint Elmo kalesinin alınması, düşmanın moralini bozacak ancak tümüyle tüketecek bir kale değildi. Çünkü haçlılar asıl yığınaklarını Birgu ile Senglea arasına yapmıştı. Malta Şövalyeleri ayrıca adanın önemli kalelerinden Birgu tarafında yer alan Saint Angelo ile Valletta'nın Marsamxett limanının zıt tarafında yer alan Senglea arasındaki büyük limana girişi önlemek için çelikten yapılmış zincir gerdirmişti. Birgu tarafında Saint Angelo, Senglea tarafında ise Saint Michael kaleleri yapılmış ve güçlendirilmişti.

1565'de Malta Kuşatması'nda Önemli Kaleleri Gösterir Harita



Osmanlılar ana çadırlarını, bugün dahi Malta'da spor etkinliklerinin yapıldığı geniş bir düz yeşil alana sahip olan Marsa'ya kurmuşlardı. Türkler, önce Marsamxett (Marsa-muschetto) limanından ilk saldırıyı başlatacak gibi hazırlıklar yapmışlar ancak sonradan adanın

fırtına çıktığında da güvenli limanlarından olan **Marsaxlokk (Marsa-sirocco)** limanından büyük bir çıkartma yapmışlardır. Buradan giren Osmanlı askerleri önlerindeki Zejtun ve Zabbar köylerini alacaklar ve 7 km uzaklıktaki Birgu ve Senglea arasındaki Büyük Limana ulaşacaklardı. Diğer grup Osmanlı askeri ise Valletta'da yer alan Saint Elmo Kalesini kuşatacaktı. Ancak bu planı öğrenen La Valletta önceden Zejtun ve Zabbar köylerini boşalttırmıştı.

Vezir Mustafa Paşa, ağırlıklı olarak Marsaxlokk limanından girip buradan Malta'nın kuzeyini tümüyle almayı, ayrıca buradan göndereceği bir kaç kadirgayla zaten çok korunaklı olmayan Gozo'yu tamamen almayı önermiştir. Mustafa Paşa'nın planı uygulanırsa, buradan adaya rahatlıkla girecek askerler Mdina'ya kadar girecek ve az korunaklı Mdina kalesini de düşürmeleri mümkün olacaktı. Ancak Kaptan-ı Derya Piyale Paşa, bu plana karşı çıkmış ve Marsamxett limanında demirli donanmanın burada kalıp Saint Elmo kalesinin düşürülmesi gerektiğini söylemiştir. Adanın en sağlam ve korunaklı kaleleri Saint Elmo, Saint Angelo, Saint Michael kaleleri idi ve bunlar Valletta ve Birgu arasında kalıyordu. Osmanlılar, adanın hem arazi yapısı hem de sonradan tahkim edilmiş yapısıyla en güçlü kalelerine saldırma yoluna gitmişlerdir. La Valletta ise 10.000 kadar askeri bu üç kalede savunma için hazırlamıştı.

Türklerin, Malta'yı düşürmeleri sonrası ana yönü ise Tunus'un girişindeki en önemli liman olan La Goletta limanı olacaktı. Papa IV. Pius, üst üste kardinaller kurulunu topluyor ve La Valletta'dan aldığı haberleri paylaşıyor ve daha çok yardım gönderilmesini sağlıyordu. **Haçlılar arasında ortak kanı, Türklerin Malta'yı ve ardından La Goletta Limanını almasıyla sadece Sicilya ve İspanya'nın bağlantısı kopmuş olmayacak Roma'da tehlikeye girecek olmasıydı.**⁵⁴ Fatih Sultan Mehmet, İstanbul'u fethinden sonra gözünü Roma'ya dikmişti. 1480 yılında İtalya seferinde Otranto'yu fethederek İtalya yarımadasına ayak basmıştı. Fatih, Floransa ile de ilişkileri iyi tutarak Roma'yı fethetmek için çok yaklaşmıştı. Ancak 1481 yılında Fatih, kimilerine göre Venedikli casuslar tarafından zehirlenerek ölünce, Venedik ve Papalık bunu "**La Grande Aquila e Morta! (Büyük Kartal öldü)**" cümlesiyle ilan etmişlerdi. Kanuni Sultan Süleyman'ın da hayali Roma'ya ulaşmaktı. Bu amaçla hem Viyana tarafından hem de Malta tarafından büyük kuşatmalar gerçekleştirilmiş ise de, muvaffak olunamamıştır. Viyana 1529 yılında 3 ay kuşatılmış, Malta ise 1565 yılında 5 ay kuşatılmış ancak bu kritik kuşatmalarda başarı sağlanamıştır.

Türklerden Marsaxlokk limanından girenler de, Saint Elmo kalesini yukarıdan gören Sciberras yükseltisine doğru gitmişlerdir. Turgut Reis ise Tunus tarafından yardım gelmesini önlemek için Tunus Sultanı ile görüşmüş ve Malta'ya doğru gelmekteydi. Piyale Paşa, Turgut Reis'in farklı görüşüne rağmen Saint Elmo kalesini 24 Mayıs 1565

⁵⁴ Kenneth M. Setton, The Papacy and The Levant (1204-1571), Volume: IV, The Sixteenth Century, The American Philosophical Society, 1984, s. 859.

tarihinde kuşattırıştır. 24 Mayıs sabahı Saint Elmo kalesi topa tutulmuştur. Mustafa Paşa da çaresiz Piyale Paşa'nın bu planını uygulamak için destek vermiştir.⁵⁵ Malta Şövalyeleri'nin 4 kadirge gücünde deniz gücü mevcuttur. Osmanlı donanmasının ise 8 kadirganın tam olarak donanımlı olduğu ayrıca başka gemilerin de olduğu, o dönem İstanbul'dan hareket eden en büyük donanma olduğu belirtilmektedir.

Osmanlı donanmasının başında Bodrumlu olan, yurt dışında "Dragut"⁵⁶ olarak nam salan Turgut Reis⁵⁷ bulunmaktadır. Turgut Reis, 1538 yılında Preveze Deniz Savaşı'nın kazanılmasında büyük pay sahibidir. Ancak Turgut Reis, Malta Kuşatması sırasında 80 yaşındadır.

Haçlıların başında ise Malta Şövalyelerinin Üstad-ı Azamı olan Jean Parisot de Vallette (1494-1568) bulunmaktaydı. 1557 yılında Büyük Üstad unvanı alan Jean Parisot de Vallette, Saint Elmo kalesindeki başarılı savunması sonrasında 'La Valette' olarak anıldı ve adına 1566'da Malta'nın bugün başkenti olan Valletta şehri yapılmıştır. La Valetta, şövalyelerin büyük kuşatmadan başarı ile ayrılmaları nedeniyle artık Malta'da yaşayacaklarına inanmıştı ve bu amaçla da korunaklı olarak Valletta şehrini inşa ettirmiştir. Romalı ünlü mimar Marcus Vitruvius'dan etkilenen İtalyan Mimar Francesco Laperalli (1521-1570) tarafından dikdörtgen ızgara tarzı geometrik ölçülerde planlanan şehrin her tarafı kalelerle ve surlarla koruma altına alınırken, sokaklar dar ve aralıklı merdivenler şeklinde yapılmıştı. Ayrıca çok sık aralıklarla yer altına açılan dehlizler yoluyla ulaşımın mümkün olduğu bir şehir planlanmıştır. Bu yönüyle 2018 Avrupa Kültür Başkenti⁵⁸ ilan edilen

⁵⁵ Güler, s. 38.; Afyoncu, s. 150 vd.

⁵⁶ Dragon, Batı mitolojisinde bir hayalet ve canavarı sembolize eder ve İngilizce 'ejderha' anlamındadır. Dragut, Dragon ve Turgut kelimeleri birleştirilerek oluşturulmuştur.

⁵⁷ Turgut Reis, 1485 yılında Sıralos (bugünkü Bodrum'da) doğmuştur. Bodrum, onun çocukluk yıllarında Saint John Şövalyeleri'nin bulunduğu bir yerdi. Turgut Reis, 1540 yılında Venediklilere esir düşmüş ve üç yıl esir hayatı yaşadktan sonra, Barbaros Hayrettin Paşa tarafından ödenen fidye karşılığında serbest bırakılmıştı. 1556 yılında Trablusgarp Beylerbeyi (Valisi) olmuş ve ölümüne kadar da bu görevini sürdürmüştür. Mezarı da, burada adına yaptırılan camide yer almaktadır. Turgut Reis için bkz. Güzel, Yunus, *Deryaları Dize Getiren Türk Korsanları*, Kamer Yayınları, İstanbul 2017, s. 147-174.

⁵⁸ Avrupa Kültür Başkenti projesi, Avrupa kültürünün çeşitliliği, zenginliği ve ortak özellikleri öne çıkarmak ve Avrupa vatandaşlığı paydası altında ortak değerleri vurgulamak için 1985 yılında uygulanmaya başlamıştır. 1985-2006 yılları arasında her yıl tek şehir Avrupa Kültür Başkenti ilan edilmekteyken, bu tarihten sonra birden fazla şehir kültür başkenti olarak ilan edilmiştir. 1985 yılında ilk Kültür Başkenti olarak Atina seçilmiştir. İstanbul 2010 yılında Essen (Almanya) ve Pecs (Macaristan) ile birlikte kültür başkenti ilan edilmiştir.

Bkz. http://www.izto.org.tr/Portals/0/avrupa_kultur_baskenti_ve_istanbul.pdf; 2018 yılında Valletta (Malta) ve Leeuwarden (Hollanda) kültür başkenti seçilmiştir. 2019 yılında ise Filibe (Plovdiv-Bulgaristan) ve Matera (İtalya) kültür başkenti seçilmiştir. Bkz. <https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/content/2019->

Valletta şehri adeta, Türkler bir daha gelirse⁵⁹ şeklinde düşünülerek yapılmış bir savunma şehri andırmaktadır.

Kuşatmadan sonra 1568 yılında ölen La Valletta'nın mezarı da, şövalyeler adına yapılan Saint John Katedrali'nin mahzen kısmında yer almaktadır.⁶⁰

Haçlılar bir yandan da, Saint Michael ve Saint Angelo kalelerinden yaklaşan Türklere top atışları ile karşılık veriyorlar ve Sciberras yükseltisinde mevzilenmiş Türk topçularına atış yapıyorlardı. Türk ikmal birlikleri ve erzak depoları Marsa'da toplanmış durumdaydı. Mdina düşürülmediği için buradan çıkan şövalyeler de Marsa'ya baskınlar düzenlemeye başladılar. Marsa'da yapılan çeşitli kazılarda pek çok insan kemiği ve Osmanlılara ait çeşitli eşyalara rastlanmıştır.⁶¹ Sultan Abdülaziz döneminde alınan ve bugün şehitlik olarak kullanılan ve günümüzde de 'Ottoman' olarak anılan bölge de Marsa'daki bu bölgeye çok yakındır.⁶²

Haçlılar kaleye yaklaşan Osmanlı askerlerinin üstüne asit, tuzlu amonyak, kızgın reçine ve petrol dökmüştür. Ayrıca Türkler için en büyük zorluk adanın kayalık yapısıydı. Bu kayalık yapı yüzünden kale kuşatmalarında sıklıkla kullanılan lağımçıların⁶³ faaliyetleri de yeteri kadar etkili olamıyordu.

Saint Elmo kalesinin savunulması her geçen saat zora giriyordu. Ancak Sicilya'dan önemli bir askeri gücün yolda olduğu söyleniyordu. La Valletta her seferinde morali bozulan askerleri çeşitli vaatler ve yeniden dini motivasyonlarla savaşa döndürmeyi başarıyordu. Türklerin top atışları Saint Elmo, Saint Angelo ve Tigne Burnu (Tigne Point)

europa-capital-culture-plovdiv-and-matera_en Malta'ya 2018 yılında yaklaşık 3 milyon turist gelmiştir.

Bkz. https://www.maltatoday.com.mt/lifestyle/travel/92778/malta_received_26_million_tourists_in_2018#.XYnufVUzb4Y

⁵⁹ Türklerin Viyana'yı 1529 ve 1683 yıllarında iki kez kuşatmışsa da, fetih mümkün olmamıştır. Avusturya'da halen kullanılan bir deyim olan "Es ist schon dunkel. Türken kommen. Türken kommen (Hava çoktan karardı. Türkler geliyor.. Türkler geliyor..."; yine İtalyanca da kullanılan "Mamma li Turchi! (anneciğim Türkler geliyor)" bu korku ve etkiyi ifade eder. Jeremy Boissevain, *Factions, Friends and Feasts*, British Library Cataloguing, 2013, s. 21.

⁶⁰ Jean Parisot de Vallette için bkz.

<http://josfamilyhistory.com/htm/nickel/burch/epperson-families/parisot-valette.htm>

⁶¹ Öndeş, s. 122.

⁶² Buraya yaptırılan Osmanlı Şehitliği hakkında aşağıda ayrıntılı bilgi verilecektir. Bkz. IV. B. Malta'da Bulunan Türk Şehitliği.

⁶³ Osmanlı askeri teşkilatında II. Murat döneminden beri bulunan "Lağımçı Ocağı", kuşatmalarda 'lağım bağlama' denilen yeraltı tüneli açmak suretiyle kaleye asker çıkışını sağlar, ayrıca 'lağım atma' adı verilen yöntem ile açılan tünellere barut koyarak ateşleme yaparlardı. Bu suretle kalenin düşmesi kolaylaşırdı. Kanuni döneminde lağımçı ocağı sayısı artırılmıştır. III. Selim döneminde yapılan reform hareketi içinde 'lağımçı ocağı' da humbaracı ocağına bağlanmıştır. Lağımçı ocağı için bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/lagimci-ocagi>

denilen yerde yoğun olarak sürüyordu. La Valletta, Saint Elmo'nun düşmemesi için sürekli takviye şövalyeler gönderiyordu.

- Turgut Reis'in Şehit Düşüyor.

"Ben bu yaşıma kadar geldim fakat şimdiye dek denizde tilkinin zekâsını, aslanın cesaretiyle bu kadar iyi karıştıran bir denizciyi görmedim. O denizci Turgut Reis'ten başkası değildir.."

Hızır Reis (Barbaros Hayrettin Paşa)⁶⁴

Valletta şehrine girişte ana liman Marsamxett limanı bulunmaktadır. Turgut Reis, Saint Elmo Kalesi'nin temeline yakın yerleri topa tutmuş ve buralara yerleştirdiği kadırgaları köprü gibi kullanarak kaleye doğru ilerlemeye başlamıştır. Bir yandan da Birgu tarafından yardım gelmemesi için bu yana top atışları yaptırıyordu. Kalenin düşmesi an meselesiyken, 18 Haziran 1565 tarihinde kazılan mevzilerin içine düşen bir gülleden dolayı çıkan kaya parçası Turgut Reis'in kafasına çarpmış ve onu yaralamıştır. Turgut Reis'in yaşamını kaybettiği bu nokta uzun yıllar 'Dragut Point (Turgut Burnu)' olarak bilindi.⁶⁵

Beş gün yaralı olarak yatan, Turgut Reis, 23 Haziran 1565 tarihinde şehit olmuştur. Turgut Reis'in naaşı Kılıç Ali Paşa tarafından, Turgut Reis'in kendisinin fethettiği Trablus'a götürülmüş ve burada adı verilen caminin⁶⁶ yanına yapılan türbeye nakledilmiştir.

Saint Elmo kalesine nihayet 23 Haziran 1565 tarihinde girilmiştir.⁶⁷ Bu uğurda Osmanlılar 18.000 top atımı yapmış ve 6.000 dolayında şehit vermiştir. Haçlıların kaybı ise 2.000 civarında olmuştur.⁶⁸ Tarihçi W.H. Prescott, Saint Elmo kalesinin düşmesinin ardından La Valletta'nın bulunduğu Saint Angelo kalesinden esir ettiği Türklerin başını keserek topların içine koyduğunu ve Saint Elmo'ya doğru fırlattığını yazar.⁶⁹

⁶⁴ Güzel, s. 158.

⁶⁵ 1793 yılında Marsamxett Limanını korumak için Saint John Şövalyeleri tarafından çok köşeli bir kale yaptırıldı. Kale mimarı François Rene Jacob de Tigne nedeniyle bu tarihten sonra, Turgut Reis'in şehit düştüğü burun, 'Tigne Point' olarak adlandırılmıştır. Günümüzde halen bu nokta Malta'da 'Tigne Point' olarak bilinmekte ve adanın en büyük alışveriş merkezi ve en lüks ve prestijli evleri bu noktada bulunmaktadır. Fort Tigne, https://wikivisually.com/wiki/Fort_Tign%C3%A9

⁶⁶ Turgut Reis, 1551 yılında Trablusgarp'ı fethedince önce buraya bir kale yaptırmış ardından burada bulunan cami kalıntılarının bulunduğu yere Turgut Reis Külliyesini yaptırmıştır. 2. Dünya Savaşı'nda İngilizlerin attığı bombalarla caminin harim kısmı ve minaresi zarar görmüş, Trablusgarp Vakıflar İdaresi tarafından onarılmıştır. Turgut Reis, türbesi de burada yer almaktadır. Bkz. "Turgut Reis Külliyesi", <https://islamansiklopedisi.org.tr/turgut-reis-kulliyesi>

⁶⁷ Öndeş, s. 157-158; Malta Kuşatması, 1565,

<https://www.tarihbilimi.gen.tr/makale/malta-kusatmasi-1565/>

⁶⁸ Öndeş, s. 157.

⁶⁹ Öndeş, s. 158.

Türklerin yeni hedefi Saint Angelo ve Senglea idi. Ancak bu sırada Türklerin yiyecek ve cephanelikleri azalmış, pek çok kayıp verilmişti. Üstelik 29 Haziran 1565'de Sicilya'dan gelen ilk destek Gozo'ya ulaşmıştı. Bu sırada La Valletta'ya teslim olması için gönderilen elçiyi La Valletta astırmıştır. Haçlılar; Saint Angelo ve Senglea arasında çelik halatlar bulunması ve iki yakadaki kaleler nedeniyle Türklerin, Büyük Liman'a giremeyeceklerini düşünerek rahattılar. Ancak Mustafa Paşa, bir kısım gemilerini karadan yürüterek yaklaşık 1,5 kilometrelik mesafeden gemileri aşırması ve Büyük Liman'a indirmeyi başarmıştır. La Valletta, denizden yapılacak çıkartmayı önlemek için kıyı boyunca siper kazıkları çaktırdı ve bir hat yaptırdı. Temmuz ayının ilk haftasında Osmanlı ordusu Saint Angelo ve Saint Michael kalelerini yoğun bombardımana tutmaya başladı. Cezayir Beylerbeyi olan Hasan Paşa da Malta'ya gelerek kuşatmaya katılmıştı ancak Büyük Liman'da yapılan çarpışmalarda Osmanlı ordusu çok büyük kayıplar vermiştir. Bütün denemelere rağmen Senglea'ya varılamamıştır. Haçlılar hiçbir Türk'ü esir almıyorlar, ele geçirdiklerini öldürüyorlardı. Malta'nın yalçın kayalıkları kana bulanmıştı.⁷⁰ Türk askerleri zırh kullanmıyorlar, canını kalkanı ve yüreği ile koruyordu. Haçlılar ise genellikle zırh kullanıyorlardı.

Ağustos 1565'de Türkler Saint Michael kalesi, Senglea ve Birgu'yu yoğun top atışına tutarak yeni bir saldırı başlattılar. Artık haçlılar için de dayanacak bir hal kalmamıştı. Ancak İspanya'nın desteklediği Sicilya Valisi Don Garcia de Toledo yönetiminde 10.000 asker ve kadırgalar Malta'ya yardıma gelmişlerdi.⁷¹ Osmanlılar ise istedikleri yardımları alamamıştır. Peksimetleri tükenmiş, cephaneleri azalmıştı. Üstelik içecek su bulamadıklarından sıcakların da etkisiyle difteri, dizanteri gibi hastalıklar artmıştı. Eylül ayıyla birlikte Sirocco rüzgarları da başlayınca Osmanlı ordusu için geri çekilmek kaçınılmaz olmuştur.

Osmanlı ordusunun büyük bir kısmı Malta adasına çıkmış ve haçlıların son sığınakları olan Saint Michael ve Saint Angelo kalelerinde büyük gedikler açılmasına rağmen Turgut Reis'in şehit olması, ilave asker ve lojistik desteğin de gelmemesi nedeniyle kuşatma Eylül ayında sona erdirilmiştir. Ayrıca kalenin kayalık zemine sahip olması, Osmanlı donanmasının sıklıkla kullandığı lağım saldırılarını etkisiz kılmıştır. Oysa alınmaz denilen Saint Elmo kalesi, Marsaxlokk (marsa-sirocco) ve Marsamxett (Marsa-muscetto) gibi önemli limanlar ile Mdina, Senglea, Birgu haricindeki adanın pek çok yerinde Osmanlı hakim olmuştu. Adanın düşmesi an meselesiydi. Bununla birlikte La Valletta önderliğindeki haçlılar da, tarihe geçecek bir savunma savaşı vermişlerdir. Bu savunma savaşında kendilerine en önemli iki yardımcı

⁷⁰ Öndeş, s. 176.

⁷¹ Yabancı kaynaklarda genellikle Malta kuşatması sırasında Sicilya'dan gelen yardımların 6-7 Eylül tarihlerinde geldiği yazmaktaysa da, hristiyan dünyasındaki Malta'nın önemi ve kuşatmanın hayli uzun sürmesi dikkate alındığında, kuşatma boyunca dışarıdan yardım geldiğinin ve Eylül ayında ise büyük bir yardım geldiğinin kabulü daha makûl görünmektedir. Bkz. Mallia-Milanes, s. 2 vd.

yalçın Malta kayalıkları ve İstanbul'a olan "uzak mesafe" olmuştur. Papa IV. Pius Giovanni Angelo, müslümanlara karşı savaşı her bir hristiyanın günahlarının bağışlanacağını açıklamıştı. Bu şekilde maneviyat bakımından da direnç gösteren haçlılar, kış aylarının yaklaşması ve Sicilya'dan gelen yardımlar nedeniyle Osmanlı donanmasının geri çekilmesiyle büyük bir sevinç yaşamışlardır. Dönemin başkenti konumundaki Vittoriosa (Birgu) şehri direncin sembolü olmuştur. Burada bulunan Saint Lawrence Collegiate Kilisesi (eski adıyla Conventual Church)⁷² 1530-1571 arasında, şövalyeler için en önemli kilise olarak varlığını sürdürmüştür. Türkler 8 Eylül 1565 tarihinde adadan çekilmeye başlamışlar ve çekilme 11 Eylül 1565 tarihinde tamamlanmıştır.⁷³ Malta kuşatmasında Osmanlı ordusunun 20.000 civarında kayıp verdiği belirtilmiştir.⁷⁴

Şövalyeler, zaferi Conventual Kilisesi'nde verilen vaaz ve törenlerle kutlamışlardır. Malta'da halen Osmanlı'nın adadan çekilmeye başladığı tarih olarak kabul edilen 8 Eylül tarihi resmi tatildir ve Zafer Günü (Victory Day) olarak kutlanır.⁷⁵

Osmanlı Devleti hazinenin 1/4'ü gibi önemli bir miktarı kuşatma için kullanmıştır. Malta'nın İstanbul'u denizden uzaklığı yaklaşık 2000 km'dir. Osmanlı'nın yeni fethettiği Rodos adası ise 1214 km'dir. Bugünün imkanları ile dahi çok zor olan bu durumun, o devrin şartları içinde düşünüldüğünde Osmanlı Devleti'nin gücünü gösterdiği açıktır. Bu dönemdeki savaş ve kuşatmaların en öne çıkan yanlarından birisi de "mesafeye karşı mücadele" olmaktadır.⁷⁶ Bütün bu zorluklara rağmen Turgut Reis'in şehit olmaması durumunda, Malta'nın fethedilebileceği de düşünülmektedir. Malta'nın fethi ile Osmanlı Devleti için Akdeniz'de Batı'ya ilerlemek ve Avrupa'nın güneyde kuşatılması daha kolay hale gelecekti ancak bu mümkün olmamıştır.⁷⁷ Ordu içindeki Piyale Paşa ve Mustafa Paşa arasındaki anlaşmazlıklar da, başarısızlıkta etkili olmuştur. Kanunu Sultan Süleyman'ın "*Zinhar mezburun reyine muhalefet olunmaya*" demesine rağmen⁷⁸ Piyale Paşa ve Mustafa Paşa, Turgut Reis'e rağmen Saint Elmo kalesini kuşatarak ordunun gücünün önemli ölçüde burada zayıflamasına yol açmışlardır.

Osmanlı Devleti'nin 1529 yılında Viyana kuşatmasının başarısız olması, ardından 1565 yılında Malta'nın alınamaması tarihin dönüm noktalarından kabul edilir. Bu tarihten sonra Osmanlı Devleti'nde gerilemenin başladığı, daha doğru ifadeyle ilerleme hızının durduğu da

⁷²Collegiate Church of Saint Lawrence, Vittoriosa, https://wikivisually.com/wiki/Collegiate_Church_of_Saint_Lawrence,_Vittoriosa

⁷³Öndeş, s. 236 vd.

⁷⁴İnalçık, s. 164.

⁷⁵Victory Day, <https://www.visitmalta.com/en/event-details/2019-09/il-vitorja-victory-day--12267>

⁷⁶Beşoğul, s. 439.

⁷⁷Kırval, s. 40 vd.

⁷⁸Güzel, s. 157.

görülmektedir. Kuşatma'dan beş yıl sonra Kıbrıs gibi önemli bir ada Lala Mustafa Paşa komutasındaki Osmanlı ordusu tarafından fethedilmişse de, 1571 yılında Adriyatik'de İnebahtı (Lepanto) körfezinde, Osmanlı'nın Akdeniz'deki süregelen hakimiyetine son vermek isteyen haçlı donanmasına kaybedilen İnebahtı Deniz Savaşı, Osmanlı'nın adeta denizlerde de gücünü yitirmeye başladığı dönüm noktasını oluşturmuştur. İnalçık 1571-1610 arasındaki yaklaşık 40 yıllık evreyi 'Büyük Bunalım' dönemi diye adlandırmıştır.⁷⁹

Halk içinde muteber bir nesne yok devlet gibi
Olmaya devlet cihanda bir nefes sıhhat gibi
Mefharet dedikleri ancak cihan kavgasıdır
Olmaya baht ü saadet dünyada vahdet gibi
Ko bu iyş ü işreti çün kim fenâdır akibet
Yâr-i bâki ister isen olmaya taât gibi
Olsa umlar sağışınca ömrüne hadd ü aded
Gelmiye bu şişe-i çarh içre bir saat gibi
Ger huzur etmek dilersen ey Muhibbî fâriğ ol
Olmaya vahdet makamı kûşe-i uzlet gibi.

Kanuni Sultan Süleyman-Muhibbi Gazeli'nden...

Kanuni'nin bütün ideali Viyana'yı alarak Batı'da Endülüs'e kadar ilerlemenin yollarını açmaktı. O'nun padişahlığı, bu uğurda hem karadan, hem denizden en yoğun faaliyetlerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Malta'nın alınamaması sonrasında, 1 Mayıs 1566 tarihinde Sadrazam Sokullu Mehmet Paşa ile birlikte Sigetvar Kalesi kuşatılmıştır.⁸⁰ Kuşatma sırasında, Kanuni 73 yaşında ve hastadır. Ancak onun gibi büyük bir Padişah, seferde ordusunun başında ölmek istemiştir. Macaristan'ın Sigetvar Kalesi, Viyana'ya 300 km mesafedeydi

⁷⁹ İnalçık, s. 191.

⁸⁰ Kanuni'nin son seferi Zigetvar'a doğru yola çıkmadan önce oğlu veliaht Selim'e şu mektubu bırakmıştır: "Benim candan sevgili iki gözüm nuru Selim Han'ım. Bu iki bazubendi ve bir cevheri al sanduğu vakf eylemişimdir, iki cihan fahri Muhammed Mustafa'nın ruhuna sana vasiyet ederim: Bunları satub Cidde-i mamureye su getiresin, oğulluk edip bu vasiyeti yerine getiresiz. Cümle ağalar kim saraydadır ve cümle oda oğlanları şahiddir, sen benim yazım bilirsin, bu esbâb fahr-i âlemindir, benim değildir. Göreyim nice yerine korsız. Dünya kimseye payidar değildir. Ümmiddir ki, bahasıyla satasız. Hak Teala bu seferi mübarek idüb gönül hoşluğuyla gelmek müyesser ede. Habibi hürmetine aleyhisselam." Bkz. Anafarta, Nigâr, "Kanuni Sultan Süleyman'ın Son Seferi ve Bir Vasiyetnamesi", Türk Yurdu, Cilt 5, Ağustos 1966, s. 33.; Aktaran: Armağan, Mustafa, *Osmanlı'nın Mahrem Tarihi, Bilinmeyen Yönleriyle Osmanlı Padişahları*, Timaş, İstanbul, 2008, s. 71.

ve Kanuni son anında dahi Batı'ya doğru ilerleme idealinden vazgeçmediğini göstermiştir.

4. Malta'nın Kuşatılmasının Malta Kültürü Üzerindeki Etkileri

1565 Büyük Kuşatması (Great Siege) etkisi hristiyan dünyası ve Malta için büyük olmuştur. Kuşatmayla ilgili Türkçe eser yok denecek kadar az iken, Maltacada ve İngilizcede kuşatmaya dair yüzü aşkın kitap, makale, belgesel bulunmaktadır. Kuşatma öylesine büyük etki bırakmıştır ki, bugün Maltacada pek çok deyim Türklerle ilgili olarak yerleşmiş ve kullanılmıştır. Maltacada 1565 büyük kuşatmasının etkisiyle çocukları uyarmak için ebeveynler "*Ara gej it-Tork ghalik! (Dikkat, Türk senin için geliyor)*" sözünü kullanmaktadır. Türklerin, Gozo'ya çıktığı ve burayı aldığı bilinmektedir. Gozo adasında yaygın bir deyim olarak çocukların kuytu yerlere yaklaşmaması için "*ghax jiġi Tork ghalik, jiehdok u jagħmlek lakumja (Orada saklanan bir Türk var, Türk seni yakalamak için gelecek, seni kapacak ve senin etini bir Türk lokumuna dönüştürecek!)*" ifadesi kullanılmaktadır. Gozo Adası'nda bir zamanlar hiçbir çiftlik evi büyük pencereler ile yapılmaz ve her evde bir küçük gözetleme deliği yapılmış. Yine bazı büyük evlerde merdiven basamağında bir Türk heykeli, çocukların daima uyanık olması için uyarı olarak yapılmış. Çiftçiler korkulukları "*Tiben Tork*" adını verdikleri Türklere benzer şekillerde yapmakta ve buna da "*Samandan Türk*" adını verirmiş. Koyu tenliler genellikle "*qisha Tork (Türk gibi)*" şeklinde ifade edilir, aniden ortaya çıkan sorunlar için de "*U t-Torok! Ara xi ġrali! (Türkler tarafından! Bak bana ne oldu?)*" deyimini kullanılmaktadır. Yağmur ve güneşin aynı anda görülmesi üzerine Maltaca da "*twieled Tork (bir Türk doğdu.)*" deyimini kullanılmaktadır. Yine yetişkinlerin birbirlerine sınırlendiklerinde "*Mur sib xi Tork (Git ve bir Türk bul!)*" dedikleri ve bir olay çok nadir yaşandıysa "*Tgħammed Tork (Türk vaftiz edildi)*" deyimini kullandıkları bilinmektedir.⁸¹ Maltacaya Arapça kaynaklı giren pek çok kelime bulunmaktayken, saf Türkçe olarak sadece çamur kelimesinin Maltacada 'çamura' ve 'çamur' şeklinde kullanıldığı görülmektedir.

Gozo Adası'nda bir zamanlar Turgut Reis'in su aldığı ve dinlendiği yer olmasından dolayı "*Il-Ħaġra ta'Dragut (Turgut'un Taşı)*" adıyla bilinen bir kayalık olduğu ifade edilmektedir. Yine Gozo'da Türklerin su aldığı yer olan bir su kuyusu "*l-Ħofra tat-Torok (Türklerin Kuyusu)*" adıyla bilinmektedir. Gozo'da Türklerin adaya tatlı su almaya geldikleri, bu sırada bazı Gozoluları kaçırdıklarına dair pek çok hikaye biraz da efsaneleştirilerek anlatılmaya devam etmektedir.⁸²

⁸¹ Deyimlerin kaynağı için bkz. Bkz. Jeremy Boissevain, Factions, Friends and Feasts, British Library Cataloguing, 2013, s. 21.; Anton F. Attard, The Lore of Turkish Raids on Gozo, Gozo Observer, No. 32, Summer 2015, ss. 21-27.

⁸² Attard, s. 23 vd.

IV. MALTA SÜRGÜNLERİ VE MALTA TÜRK ŞEHİTLİĞİ

A. MALTA SÜRGÜNLERİ

Sürgün kelimesi tarihsel olarak iki farklı anlamı ifade etmektedir. Birincisi devletin kendi hakimiyeti altında yaşayan topluluklardan bir kısmını, belirli planlamalar çerçevesinde, yaşadıkları yerden, bilhassa yeni fethedilen yerlere yerleştirme işlemini ifade eder. İkinci olarak ise hukuki bir terim olarak cezayı ifade eder. Bugün modern hukuk sistemlerinde kabul edilen cezalandırma yolları, geçmişte yeknesak nitelikte değildi. İdamdan, hapse ve sürgüne kadar geniş bir cezalandırma aracı bulunmaktaydı. Ceza olarak sürgün, suçlunun bulunduğu yerden başka bir mahalle belirli bir süre (muvakketen) uzaklaştırılmasıdır. Sürgün eski dilde genel olarak "nefy", "tağrib" olarak isimlendiriliyordu. İslam hukukunda da tazir⁸³ cezaları için uygulanan bir müeyyide olarak sürgün mevcuttur.⁸⁴ Sürgün cezası, bir çeşit zorunlu ikamet cezasını ifade eder. Sürgün edilen suçlu (menfi), sürgün edildiği yerde (menfa) serbestçe hareket edebilme imkanına sahiptir. Suça konu fiil ve davranışın nezaketini gözetmek, suçluların kaçabilme riskini asgariye indirmek ve onları kolay zabt-u rapt altında tutabilmek için genellikle adalar sürgün yeri olarak kullanılmıştır.⁸⁵ Kıbrıs, Rodos, Bozcaada, Midilli, Sakız ve Malta gibi adalar sık sık sürgün için tercih edilmiştir. Osmanlılarda sürgün, bir kuleye kapatmak (kulebendlik) veya bir kalede ikamete tabi tutmak (kale-bendlik) şeklinde tatbik olunurdu. Kalebend olan şahıs, gün içinde serbestçe gezip dolaşır; bir işle meşgul olabilirdi. Kalebend, günün başında ve sonunda kale kumandanlığına gidip isbat-ı vücud ederek kendini göstermek yükümlülüğü altındaydı. Sürgün cezası, prangabend adı verilen zincire vurma cezasından farklıdır. Zincire vurma cezası ancak ağır suçlarda azami olarak üç gün tatbik edilen bir cezaydı.⁸⁶

Malta sürgünleri olarak yaygın kullanım İstanbul'un işgali sonrasında, 1919-1920 yıllarında işgal kuvvetleri olan İngilizlerce tutuklanan ve Türk milletini başsız bırakarak Türkiye'yi ortadan kaldırmayı amaçlayan girişime dayanmaktadır. 1. Dünya Savaşı'nın

⁸³ Sözlükte "engellemek", "tedib etmek" manaları bulunan "tazir", fıkhıta had suçları ve cinayetler gibi belirli cezası bulunmayan suçlara verilen, uygulaması yöneticiye bırakılmış cezaları ifade etmektedir. İslam hukukunda, "kısas" ve "had" cezaları dışındaki cezaları ifade eder. Tazir cezaları için bkz. Yakut, Esra, *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, Seçkin, Ankara, Ekim 2011.; Ayrıca bkz. *İslam Ansiklopedisi*, Tazir, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>

⁸⁴ Bkz. Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, Arı Sanat, İstanbul, 2014, 3. Baskı, s. 339.

⁸⁵ Sürgün cezası için bkz. Köksal, Osman, "Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hatta Hümayunları", Ankara Üniversitesi, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, S. 19, 2006, ss. 283-341.

⁸⁶ Ekinci, s. 339.

sonunda Osmanlı Devleti'nin Mondros Mütarekesini yapmasından sonra, 13 Kasım 1918 tarihinde 55 parçadan oluşan işgal kuvvetleri Çanakkale boğazını geçip Dolmabahçe önünde demirlemiştir. Bu dönemde pek çok önde gelen kişi idam edilmiştir. 28 Mayıs 1919 ile 16 Mart 1920 arasında toplam *145 devlet adamı* ve aydın Malta'ya sürgün edilmiştir. Eski Sadrazam Sait Halim Paşa, Meclis Başkanı Halil Menteş, Mebusan Meclisi Üyesi Hacı Adil Bey, Şeyhülislam Hayri Ürgüplü, Bakanlar Rauf Orbay, Kara Kemal, Ahmet Şükrü, Mithat Şükrü, vali Hasan Tahsin Uzer, büyük yazarlar Süleyman Nazif,⁸⁷ Aka Gündüz, Ziya Gökalp, Ahmet Ağaoglu, Fahreddin Paşa (Medine Müdafii), Hüseyin Cahit Yalçın, Celal Nuri İleri ve Eşref Sencer Kuşçubaşı⁸⁸ bu sürgünler arasında yer almıştır. Bunlardan çoğu belirli bir süre Malta'da sürgünde tutulduktan sonra yapılan esir anlaşması ile yeniden Türkiye'ye dönmüşlerdir. Bu kişiler genel olarak Malta, Birgu şehrinde yer alan Sal Salvatore Kalesi'nde tutulmuşlardır.

Malta'ya gönderilen kişiler hakkında ayrıca Londra Kraliyet Savcılığı tarafından Ermenileri toplu olarak katletmek suçundan soruşturma yürütülmüştür. Soruşturma Sevr Anlaşması'nın 230 ve 231 nci maddelerine dayandırılmış ve soruşturma nedeniyle pek çok Osmanlı arşivine el konulmuş ve Ermeni katliamına dayanak ve kanıt aranmıştır.⁸⁹ Buradaki amaç Malta'ya gönderilen Türklerin Ermeni katliamına yol açmaktan yargılanıp cezalandırılmalarıdır. Ancak Savcılık tüm çabaya rağmen buna kanıt bulamayınca Malta'ya gönderilen Türklere ceza verilememiştir. Ancak iki yıla yakın süre bu kişiler Malta'da tutulmuşlardır. Malta'da yapılmak istenilenin holocaust nedeniyle Almanların yargılanmaları için kurulan Nürnberg mahkemeleri gibi bir süreç olduğu ancak bunun başarısız olduğu ifade edilmiştir.⁹⁰

İngilizlerin Malta'da 145 kişiyi alıkoymasının ardından Anadolu'da İngiliz Yarbay Rawlinson dahil bazı İngilizler tutuklanmaya başlamıştır. Tutuklu sayısının artması ve bırakılmaması üzerine İngilizler ile Bekir Sami Bey arasında Londra'da mübadele anlaşması müzakereleri yapılmış ve 16 Mart 1921 tarihinde bir esir değişimi anlaşması imzalanmıştır. Mart ve Nisan 1921'de 37 Türk Malta'dan serbest

⁸⁷ Süleyman Nazif, 1869-1927 yılları arasında yaşamıştır. II. Meşrutiyet dönemi şair, yazar ve gazetecisidir. Diyarbakır'da doğmuştur. Divan tarzında şiirleri bulunmaktadır. Daus-sıla isimli şiirinde Malta'dayken vatan hasretini anlatır. Şiirin ilk iki dizesi şu şekildedir: "Bu şeb de cûşîş-i yâdınla ağladım./ Gel ey kerime-i târih olan güzel yurdum (Bu gecede seni anlamanın coşkunluğu ile ağladım durdum./ Ey tarihin kıt olan güzel yurdum gel." Bu şiiri 1924 baskılı *Malta Geceleri* isimli kitabında yayımlanmıştır. Bkz. Süleyman Nazif, *Malta Geceleri*, Totem Yayınları, 2013.

⁸⁸ Kuşçubaşı Eşref, 1873-1964 yılları arasında yaşamıştır. Kuşçubaşı için bkz. <http://earsiv.sehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11498/17114/001582366010.pdf?sequence=1>

⁸⁹ Şimşir, Bilal, *Malta Sürgünleri*, Ankara, 1985, 2. Baskı, s. 212 vd.

⁹⁰ Gürkan, Uluç, "Malta Yargılaması ve Önemi", *Tesam Akademi Dergisi*, Ocak 2015 ss. 29-50, s. 31.

bırakılmıştır. İngilizler, Ermeni katlinden sorumlu tuttıkları kişileri ise serbest bırakmamakta ısrar etmişlerdir. Bu sıralarda İngilizlerin küçük yaşta devşirerek yetiştirdikleri Mustafa Sagir Hint-Hilafet Komitesi adına İstanbul'a gelmiş ve burada bir Türk-Hint Uhuvvet-i İslamiye adıyla cemiyet kurmuştur. Mustafa Sagir, İngilizler tarafından özel olarak yetiştirilmiş bir ajandır ve amacı Milli Mücadele'yi sekteye uğratmak, destek olanları İngilizlere bildirmektir. Ancak kısa sürede Türk tarafı Mustafa Sagir'in gerçek niyetini şifreli yazdıkları mektupları çözmek suretiyle anlarlar. İstiklal Mahkemesi'nde yargılanan Mustafa Sagir, 24 Mayıs 1921 tarihinde idam edilmiştir. Bu idam, yapılan esir değişimi anlaşmasının uygulanmasını güçleştirmiştir.⁹¹

29 Temmuz 1921 tarihinde Londra Kraliyet Savcılığının, Ermeni katli ile ilgili delil bulunmadığından takipsizlik kararı vermesi sonrasında esir değişimi devam etmiştir.⁹² 13 Eylül 1921 tarihi itibarıyla Malta'da toplam 75 Türk esiri olduğu, bunların 16 tanesinin kaçmayı başardığı, İngilizlerin kalan 59 esirden 51 tanesini teslim hazırladığı anlaşılmaktadır. İngiliz Yüksek Komiseri Horace Rumbold ile yapılan görüşmeler sonucunda Ekim ayında 8 asker dahil, tüm Malta sürgünlerinin teslimi konusunda uyuşma sağlanmıştır. Bunun üzerine Ankara hükümeti de esir aldıkları İngiliz Yarbay Rawlinson ve Yüzbaşı Cambell'ı teslim için yola çıkarmıştır. 59 kişilik Malta sürgünü Türkler ise İngilizlere ait Chrysanthemum ve Montenol gemileriyle 30 Ekim 1921 sabahı İstanbul'a getirilmişlerdir. Esir mübadelesi İnebolu'da yapılmıştır. Türk esirler 31 Ekim 1921'de İnebolu'ya gelerek karaya ayak basmışlardır.⁹³

B. MALTA'DA BULUNAN TÜRK ŞEHİTLİĞİ⁹⁴

Bundan tam 454 yıl önce ecdadımız, 2000 km uzaklıktaki Malta adasını yeni fetihlere zemin hazırlaması için kuşatmıştır. Kuşatma esnasında binlerce Osmanlı askeri şehit düşmüştür. Kuşatmadan sonra, şehit olan Osmanlı askerleri ve sonrasında hayatını kaybeden Osmanlılar, Valletta şehrine 4 km. ötede bulunan Marsa'nın iki limanından birisi olan 'Xatt il-Qwabar (acı su yengeçlerinin kıyısı)' bölgesinde, 'Via del Croce' denilen bölgede bulunan mezarlığa defnedilmiştir. Marsa şehrinin ismi Arapça 'liman, gemilerin demir atıp barındığı yer' anlamındaki 'mersa' kelimesinden geçmiştir.⁹⁵ Ancak bu mezarlığın zamanla merkezde kalması nedeniye taşınması gerekmiştir.

⁹¹ Çapa, Mesut, "Sakarya Savaşı'ndan Sonra İmzalanan Türk-İngiliz Esir Mübadelesi Anlaşmasının Uygulanması ve Belgeler", Ankara Üniversitesi, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Dergisi, S. 3, 1989, ss. 399-418, s. 401 vd.

⁹² Gürkan, s. 36.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çapa, s. 399-418.

⁹⁴ Bu kısımda verilen bilgilerin sağlanmasında Malta'da bulunan Büyükelçiliğimiz Müşaviri Muzaffer Yüksel Bey'e teşekkürü bir borç bilirim.

⁹⁵ Marsa, <https://localgovernment.gov.mt/en/lc/Marsa/Pages/The-Local-Council/About-the-Locality.aspx>

Sultan Abdulaziz, 1861-1876 arasında padişah olarak kalmış ve 21 Haziran 1867 tarihinde Avrupa'ya 47 gün süren bir seyahat yapmıştır. Bu seyahat sırasında Malta'ya da uğrayan Sultan Abdülaziz, buradaki Türk şehitliğinin perişan halini görmüş ve burada bulunan dönemin Osmanlı Baş Konsolosu olan Antoine Naum Duhany'ye⁹⁶ şehitliğin taşınarak daha güzel bir şehitlik yapılması için emir vermiştir.⁹⁷ O dönem Malta, İngiliz idaresi altındadır ve bir yol çalışması nedeniyle zaten şehitliğin yerinin değiştirilmesi söz konusudur. Başkonsolos Antoine Naum Duhany, İngiliz İdaresi'nden müslüman mezarlığı için yeni bir yer talep etmiştir. İngiliz İdaresi, eski mezarlığa yaklaşık 1,5 kilometre uzaklıkta yine Marsa'da yer alan yaklaşık 4.000 metrekaarelik alanı müslüman mezarlığı için tahsis etmiştir. Osmanlı'nın Malta Konsolosu Antoine Naum Duhany, 1873 yılında Malta makamlarıyla mutabakat imzalayarak yeni mezarlığın yerini teslim almıştır. Mutabakat metnine göre yeni mezarlığa milliyetlerine bakılmaksızın müslümanlar defnedilebilecek ve eski mezarlık yeri 6 ay içinde boşaltılacaktır.

Şehitliğin, Malta Kraliyet Opera Binası ve pek çok kilisenin de mimarı olan dönemin Baş Mimarı konumundaki Maltalı Emanuele

⁹⁶ Antoine Naum Georges Naum Duhany (1851-1911) yılları arasında yaşamış Lübnan asıllı Osmanlılı diplomattır. Antoine Naum Duhany'nin dedesi olan Naum Duhany'nin çocuklarından doktor olan Gabriel Naum Duhany, Lübnan asıllı Theresa Cussa ile evlenmiş ve bu evlilikten 1851 yılında Antoine Naum Duhany ile birlikte toplam 4 çocuğu olmuştur. Antoine Naum Duhany, Marie Caterine Cussa ile evlenmiş bu evlilikten Marius Gabriel Naum Duhany (Said Naum Duhany olarak bilinir) ve Teresa Naum Duhany olmuştur. Antoine Naum Duhany'nin annesi Marie Caterine Cussa'nın Fethi Franko Cussa ve Yusuf Franko Cussa isminde iki kardeşi bulunmaktaydı. Nasri Franko'nun oğlu olan Yusuf Franko Cussa, 1918 sonunda Tefvik Paşa tarafından kurulan kabinede Dışişleri Bakanı olarak görev yapmış ve Fransa ile Midilli adası müzakerelerine yürütmüştür. 1900'lü yılların başında mali açıdan zorda olan Osmanlı Devleti iki Fransız bankerden borç almış ancak bu borcu ödeyememiştir. Fransızlar borç ödenmeyince yedi savaş gemisini Midilli adasına göndermiş ve borca karşılık adaya el koymuştu. Yusuf Franko Cussa, Osmanlı Devleti adına Midilli adası görüşmelerine katılmış ve adayı ilk etapta Osmanlı'da tutmayı başarmıştı. Antoine Naum Duhany'nin amcası Michel Naum Duhany (1800-1868) ise Galata'da bulunan binasına tiyatro salonu inşa ettirilmiş ve bu tiyatro salonu uzun yıllar 'Naum Tiyatrosu' olarak bilinmiştir. Bu tiyatro 1831-1870 arası dönemde hizmet vermiştir. Yusuf Franko Cussa'nın sonraları ortaya çıkan yaşadığı dönemi tasvir eden karikatürleri, "Yusuf Franko'nun Karikatürleri" adıyla sergi ve oyun haline getirilmiştir. Dönemin Malta Başkonsolosu olan Antoine Naum Duhany, 2. Meşrutiyet döneminde ilk Paris Büyükelçisi olarak görevlendirilmiştir. Onun oğlu Said Naum Duhany, 1940'lı yıllarda Fransızca olarak eski İstanbul ile ilgili iki kitap yazmıştır. Bu kitaplar 1968 yılında "Eski İnsanlar, Eski Evler, 19. Yüzyılın Sonunda Beyoğlu'nun Sosyal Topağrafyası" ve "Beyoğlu'nun Adı Pera İken" başlıkları ile Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Antoine Naum Duhany soy ağacı için bkz. The Family Tree of Naum-Duhany, <https://gw.geneanet.org/>; Diğer bilgiler için bkz. Yusuf Franko'nun İnsanları, Bir Osmanlı Bürokrati'nin Karikatürleri, <https://yusuffranko.ku.edu.tr/tr/>; Akpınar, Mahmut, "Osmanlı Hariciye Nazırları (1836-1922)", Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Güz 2015, ss. 173-205.

⁹⁷ Yavuz/ İslah, s. 229.; Tütüncü, Mehmet, "Malta Türk Şehitliği", Düşünce ve Tarih Dergisi, Ağustos 2015, ss. 54-59, s. 55.

Luigi Galizia (1830-1907)⁹⁸ tarafından yapılması kararlaştırılmıştır. Bir Neo-Gotik (Gothic Revivalist)⁹⁹ mimar olan Luigi Galizia, Osmanlı adına yapılan şehitliği yeni oryantalist bir anlayışla Endülüs, İran ve Hint mimarisi karışımı olarak inşa etmiştir. Yeni Osmanlı mimarisi adı verilen bu tarz, Malta'da çeşitli tartışmalara da neden olmuştur. Mimar Galizia, şehitliğin mimarisinin belirlenmesinde Tac Mahal ile İngiltere'de Brighton'da yer alan Kraliyet Köşkü ile El Hamra Sarayı'ndan esinlendiğini ifade etmiştir. Şehitliğin inşasına 1873 yılında başlanmış ve kısa bir sürede 1874 yılında şehitlik tamamlanmıştır. T.M.P. Duggan, Mimar Galizia tarafından yapılan bu eseri, 'Osmanlı Tac Mahali (the Ottoman Taj Mahal)' olarak nitelendirmiştir.¹⁰⁰ Dönemin Tunus Konsolosu, yapılan müslüman mezarlığın kullanımı konusunda, Tunusluların daima Osmanlı tebası ile eşit muamele gördüğünden ve şehitliğin yapımına maddi yardımda bulduklarından bahisle, yeni mezarlığın bir anahtarının kendisine de verilmesini istemiş ve mezarlığın bir anahtarı Tunus Konsolosuna da verilmiştir. Ancak Nisan 1873 tarihinde Tunus Başkonsolosu, anahtarlığı iade etmiş, 11 Haziran 1873 tarihinde düzenlenen Noter senedi ile de şehitlik süresiz olarak Türk hükümetini temsilen Konsolos Antonio Naum Duhany'ye devredilmiştir.

Mezarlığın tamamlanmasından sonra eski mezarlık yerindeki naaşlar ve mezar taşları yeni mezarlığa taşınmıştır. Bu taşımadan sonra Birinci Dünya Savaşı'na kadar bir defin olmamış, fakat Birinci Dünya Savaşı'nın başlamasından sonra, esir olarak adaya gönderilen Türklerden vefat edenler buraya defnedilmiştir. Şehitliğe genel olarak Arap vilayetlerinden gelenler defnedilmiştir. 1915 yılında 3, 1916 yılında 2, 1917 yılında 3, 1918 yılında 7 ve 1919 yılında 7 defin işlemi gerçekleştirilmiştir. 1928 yılında Türkiye Başkonsolosu tarafından şehitlikte 103 kimliği belirsiz müslümanın yattığı rapor edilmiştir. Bu Rapor'a göre 1908 yılında batan bir yolcu gemisinde bulunan hacca giden 23 Faslı müslüman buraya defnedilmiştir. I. Dünya Savaşı'nda esir olan Türklerden ilk defin 23 Aralık 1915 tarihinde Süvari Yüzbaşı İzmirli Bekir Sıdkı Bey'e ait naaşdır.¹⁰¹

Şehitliğin eni 46 metre, boyu ise 80 metredir. Dört tarafı kale gibi yüksek duvarlarla çevrilidir. Köşe başlarında yüksek minare ve her 10 metrede bir alçak minarelerle donatılmıştır. Gösterişli bir kubbe ve 4 minareden oluşan giriş kapısının üzerinde bir Osmanlı tuğrası bulunmaktadır. Tuğra'da şehitliğin rumi 1290 (miladi 1874) yılında

⁹⁸ Bkz. Emmanuele Luigi Galizia,

<http://www.victorianweb.org/art/architecture/galizia/index.html>

⁹⁹ Gotik Uyanış hareketi olarak da bilinen İngiliz-Katolik kilisesinin etkisiyle muhafazar ve 11. yüzyıldaki Gotik mimariyi 19. yüzyılda yeniden inşa etmeyi amaçlayan romantizm ağırlıklı mimari anlayışı ifade eder. Bkz. <https://www.britannica.com/art/Gothic-Revival>

¹⁰⁰ T.M.P. Duggan, The Ottoman Taj Mahal, Turkish Daily News. 24 January 2012.

¹⁰¹ Tütüncü, s. 54.

yaptırıldığı belirtilmektedir. Girişte: *"Bu Şehitlik, 1874 yılında Osmanlı Padişahı Sultan Abdülaziz tarafından; 1565 yılında Malta kuşatmasında şehit düşen askerlerin anısına Mimar E.L. Galizia'ya inşa ettirilmiştir. Şehitlik Birinci Dünya Savaşında Malta'da bulunan Müslüman birliklerin komutanı Eşref Bey tarafından 1919-1920 yıllarında tamir ettirilmiş ve Birinci Dünya Savaşı'nda esir iken şehit düşenlerin anısına bir Şehitlik Abidesi yaptırılmıştır. Tüm şehitlerimizin ruhları şad olsun."* yazmaktadır. Kapıdan girildikten sonra, tam ortada dar bir yürüme yolu bulunmakta ve bu yola paralel şekilde sağlı ve sollu mezarlar bulunmaktadır. Sağ tarafta başta bir şehitlik abidesi yer almaktadır. Şehitliğe girişin tam karşısında bir mescit ve mermerden bir gasilhane yaptırılmış, buraya bir musalla taşı konulmuştur. 1970 yılına kadar buradaki küçük alan mescit olarak kullanılmıştır.¹⁰² Burada ayrıca üzerinde üç tane güvercin figürü yapılmış su şadırvanı bulunur.

1918 yılında, Malta'ya sürgün edilen isimler arasında olan Teşkilat-ı Mahsusa'nın başkanlarından Kuşçubaşı Eşref tarafından 1919 yılında şehitliğin bakımının yaptırıldığı ve şehitlik içine bir şehitlik abidesi yaptırılmıştır. Şehitlik abidesinin alt tarafı sekiz köşeli ve üst tarafı ise silindirik şekilde tasarlanmıştır. Ayrıca defne dallarını temsilen bir taç ve ortasında ay yıldız bulunur. Abidenin sekiz köşeli kısmının üç cephesinde şehit olarak defnedilenlerin isimlerinin yazılı olduğu kitabeler bulunmaktadır. Ortadaki kitabede ise *"Ey Ziyaretçiler, Bu âbide-î umumi Malta'da esir iken vefat edenlerin hatıralarını ihya için mücahidin, kumandanı Eşref Bey tarafından teberruan yaptırılmıştır. Ruhlarını şad ediniz. Fatıha 1335"* yazmaktadır. Burada yer alan küçük abidede ise ilk defnedilen şehit olan Bekir Sıtkı Bey hakkında bilgiler yer almaktadır.

Şehitlikte bulunan mezar taşları dışında Polak Mustafa Hanım'ın Zevcesi Fatma Hanım'a ait bir mezar taşı Malta Arkeoloji Müzesi deposunda bulunmaktadır.¹⁰³

Mezarlığa son olarak 1943 yılında defin işlemi yaptırıldığı görülmektedir. Günümüzde ise mezarlığa herhangi bir defin işlemi yapılmamaktadır.

Şehitlik içinde bulunan gasilhane, mescidin bulunduğu açık avluda bir Fransızca kitabe bulunmaktadır. Kitabenin Fransızca yazılmış bu metninin altında "Hicretin 1290 yılında Osmanlıların Sultanı Abdülaziz Han Saltanatı zamanında yapılmıştır. Malta Başkonsolosu Naoum Duhany Efendi, E.L. Galizi Mimar" ifadesi yer almaktadır. Buradaki kitabede yazan Fransızca ifade¹⁰⁴ tercüme edildiğinde, ifadenin Tekvir

¹⁰² Tütüncü, s. 56.

¹⁰³ Tütüncü, s. 58.

¹⁰⁴ Fransızca olan kitabe şu şekildedir: "Alors que le soleil sera courbé Et les étoiles tomberont Des tombeaux scellés par la mort Seront bousversés Et de ce lit de poussière Éveillés du sommeil Sortiront rayonnants les enfants de la foi et de la prière -----Dieu n'est-il pas assez puissant Pour la revivre les morts

Suresi'nin 1 ve 2. ayetleri¹⁰⁵ ile Kıyamet Suresi'nin 40. ayetinden¹⁰⁶ oluşturulduğu ancak aralarda yer alan diğer ifadelerin¹⁰⁷ nereden alındığı anlaşılammıştır.

Resmi kayıtlara göre 34 ülkede 78 adet Türk şehitliği bulunduğu bilinmektedir. Malta Türk Şehitliği, esir düşen askerlerin esaretleri dolayısıyla şehit olmaları sonucunda meydana getirilmiştir. Sultan Abdülaziz, 1565 Malta Kuşatması sırasında şehit düşen binlerce askerin anısına bu şehitliği yaptırmıştır. Malta Adası kuşatmasında şehit düşen askerlerin bulunabilen naaşları da bu bölgeye defnedilmiştir. Şehitlik mimarisi ve halen o bölgenin Malta'daki adının 'Ottoman' olmasıyla Malta'da olanca görkemiyle varlığını sürdürmektedir. Şehitliğin bakım ve onarım işleri 2005 yılına kadar Roma ve Vatikan Büyükelçiliklerimiz tarafından yerine getirilmiştir. 2005 yılında bu yetki ve görev Roma Büyükelçiliği Askeri Ataşeliği tarafından yerine getirilmiş, 2009 yılında ise Malta'da Türk Büyükelçiliğinin faaliyete geçirilmesi ile bu yetki ve görev Floriana'da hizmet veren Valletta Büyükelçiliğimiz tarafından yerine getirilmeye başlamıştır. Şehitliğin, bakımı ve temizliğine azami özen gösterildiği görülmekle birlikte, bölgenin Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından ele alınması ve tanıtılmasının da önem taşıdığı şehitlerimizin anısına sahip çıkmak adına da önem taşımaktadır. Malta hükümeti ile de işbirliği içinde Şehitliğin önündeki yol ve diğer yapıların Şehitliğin önünü kapatmayacak şekilde düzene koyulması, şehitlik içinin ışıklandırılması, bitki örtüsünün düzene koyulması ve şehitliğin ziyaretler için sürekli açık durumda tutulması önem taşımaktadır. Temennimiz, ecdadımızın manevi değerleri adına bu Şehitlik ilelebet muhafaza edilir ve layık olduğu özen gösterilir.

V. SONUÇ

Malta, İstanbul'dan yüzlerce kilometre uzakta olmasına rağmen ecdadımız açısından hiçbir yer 'uzak' değildi. O günün koşullarında, bugün dahi bir deniz ve kara savaşı ile alınması çok zor olan kaleler kuşatılmış, cihat ideali çerçevesinde son güçlerine kadar adanın fethi için

Érigé en l'année de l'hegire 1290 Sous le règne de sa majeste impériale Abdul-Aziz Khan Empereur des Ottomans Noaum Duhany Effendy Son consul général à Malte E.L. Galizia architecte”

¹⁰⁵ Tekvir Suresi, Mekke döneminde inmiştir. 29 ayetten oluşmaktadır. Tekvir, dörmek anlamını taşır. Sure'de kıyamet, vahiy ve peygamberlik konuları ele alınmaktadır. Sure'nin ilk dört ayeti şu şekildedir: "Güneş dürülüp karardığında, Yıldızlar dökülüp söndüğünde, Dağlar sökülüp yürütüldüğünde, Doğuracak develer başı boş bırakıldığında." (Tekvir Suresi, 1, 2, 3, 4. ayetler, Diyanet Meali).

¹⁰⁶ Kıyamet Suresi, Mekke döneminde inmiştir. 40 ayetten oluşmaktadır. 40. ayet şu şekildedir: "Şimdi bunları yapan Allah'ın ölüleri diriltmeye gücü yetmez mi?" (Kıyamet Suresi, 40. ayet, Diyanet Meali)

¹⁰⁷ Bu kısımda "Ölülerin kapalı mezarları ortaya saçıldığında ve toz duman ortasında uykudan uyandıklarında İnançın ve duaların parlak çocukları ayağa kalkacak" ifadesi yer almaktadır.

çaba harcanmıştır. Bu uğurda 1565 yılında binlerce şehit verilen bu topraklarda, 1918 yılında Osmanlı tebası 145 devlet adamı, aydın, edebiyatçı sürgün yaşamıştır. Malta'da Sultan Abdülaziz tarafından 1874 yılında yaptırılan Şehitlik, Kuşçubaşı Eşref tarafından 1919 yılında tamir ettirilmiştir. Bugün halen şehitliğin bulunduğu otobüs durağının Malta'daki ismi '*Ottoman*' olarak geçmektedir. Türk korkusu, tıpkı Avrupa'nın diğer yerlerinde olduğu gibi Malta diline de deyimlerle geçmiştir.

Malta şövalyeleri, resmi isim olarak "Ordre souverain militaire hospitalier de Saint-Jean de Jérusalem, de Rhodes et de Malte" adıyla bugün Roma'da özel statü ile korunan ve Birleşmiş Milletler'de gözlemci statüsünde bir mikro-devlet olarak varlığını sürdürmektedir. Merkezi, 1834 yılından beri Roma'dadır. Grubun ismi "Sovrano Militare dell'Ordine di Malta-SMOM (Sovereign Military Order of Malta – Malta Özerk Askeri Cemaati)" olarak geçmektedir. Kendini tarafsız ve insancıl bir yardım kuruluşu olarak tanımlayan oluşum, toprakları bulunmadığı için ülke olarak nitelendirilemese de, 90'ı aşkın ülke ile diplomatik ilişkisi bulunmaktadır ve halen mevcudiyetini devam ettirmektedir.

Müneccimbaşı Ahmet Dede'nin (1631-1702) Osmanlı'lar ile ilgili güzel sözleri ile bitirelim:¹⁰⁸

"Allah bu Devleti Dünya durdukça payidar kılsın. Bil ki, bu devleti kuranlar, yeryüzünün en haşmetli ve en büyük hükümdarlarıdır. Bahtları ve kısmetleri açıktır. Çok hayır yaparlar ve ihsanda bulunurlar. Doğu'nun ve Batı'nın, karaların ve denizlerin hükümdarı, Mekke ve Medine'nin koruyucusudurlar. Allah onları, Süleyman Peygamber'den sonra hiç kimseye nasip olmayan bir hükümdarlıkla şereflendirmiştir."

¹⁰⁸ Armağan, s. 3.

KAYNAKÇA

Afyoncu, Erhan, *Muhteşem Süleyman, Kanuni Sultan Süleyman ve Hürrem Sultan*, Yeditepe, İstanbul, 2011.

Akant, İlhan, *Malta Destanı*, Ajans-Türk Yayınevi, İstanbul.

Akpınar, Mahmut, "Osmanlı Hariciye Nazırları (1836-1922)", *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, Güz 2015, ss. 173-205.

Armağan, Mustafa, *Osmanlı'nın Mahrem Tarihi, Bilinmeyen Yönleriyle Osmanlı Padişahları*, Timaş, İstanbul, 2008.

Attard, Anton F., "The Lore of Turkish Raids on Gozo", *Gozo Observer*, No. 32, Summer 2015, ss. 21-27.

Baigent, Michael/ Lincoln, Henry Leigh, *Savaşçı Keşişlerin Tarikatı, Tapınak Şövalyeleri*, Çeviri: Mehmet Toptaş, Nokta Yayınları, Ocak 2004.

Balbı Dı Correggio, Francesco, *The Siege of Malta 1565*, İspanyolca'dan İngilizceye Çeviren: Ernle Bradford, Boydell Press, 2011.

Beşoğul, Çağdaş, "Malta Kuşatması ve Kuşatmanın Başarısızlıkla Sonuçlanmasının Nedenleri", Erciyes Üniversitesi, Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi (USBİK 2018), http://www.usbik.com/FileUpload/as878960/File/usbik_kongre_programi_2018_.pdf (19.01.2018).

Boissevain, Jeremy, *Factions, Friends and Feasts*, British Library Cataloguing, 2013.

Bradford, Ernle, *The Great Siege, Malta 1565: Clash of Cultures, Christian Knights Defend Western Civilization Against the Moslem Tide*, Open Road Media, 2014.

Cassola, Arnold;, *The 1565 Great Siege of Malta and Hipolito San's La Maltea*, Enterprise Group, Malta, 1999.

Çapa, Mesut, "Sakarya Savaşı'ndan Sonra İmzalanan Türk-İngiliz Esir Mübadelesi Anlaşmasının Uygulanması ve Belgeler", Ankara Üniversitesi, Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Dergisi, S. 3, 1989, ss. 399-418.

De Vertot, Abbe, *The History of the Knights of Malta*, Midsea Books, Malta, 1989.

Demirkent, Işın, *Haçlı Seferleri*, Dünya Yayıncılık, 1997.

Duggan, T.M.P., "The Ottoman Taj Mahal", *Turkish Daily News*. 24 January 2012.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, Arı Sanat, İstanbul, 2014, 3. Baskı.

Ferguson, Pamela R., "The Criminal Jury in England and Scotland: The Confidentiality Principle and the Investigation of Impropriety", *The International Journal of Evidence & Proof*, V. 10, I. 3, July 2006, ss. 180-211.

Gies, Frances; *The Knight in History*, Harper & Row, 1986.

Güler, Turgut, *Demir Kuşaklı Cihangir, Süleymanname*, Ötüken, İstanbul, Kasım 2016.

Gürkan, Uluç, "Malta Yargılaması ve Önemi", *Tesam Akademi Dergisi*, Ocak 2015, ss. 29-50.

Güzel, Yunus *Deryaları Dize Getiren Türk Korsanları*, Kamer Yayınları, İstanbul, 2017.

İnalçık, Halil, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu, Osmanlı İmparatorluğu Araştırmalar-1, Klasik Dönem (1302-1606)*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016, 57. Basım.

Joserand, Philippe, *The Templars in France: Between History, Heritage and Memory*, İçinde; Ricardo da Costa; Jose Maria Salvador Gonzales, *Medieval and Early Modern Iberian Peninsula Cultural History*, Mirabilia 21, 2015, <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/21-24.pdf>.

Kırval, Levent, "Osmanlı İmparatorluğu'nun 1565 Malta Kuşatması ve 16. Yüzyıl'da Kanuni Sultan Süleyman'ın Akdeniz Stratejisi", *Journal of ETA Maritime Science*, V. 1, No. 2, 2013, ss. 39-46.

Köksal, Osman, "Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hatta Hümayunları", *Ankara Üniversitesi, Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 19, 2006, ss. 283-341.

Kumrular, Özlem, "Turgut Reis'in 1550 yılındaki Faaliyetleri, Mit ve Gerçek Arasında Bir Denizci Figürü", *Turgut Reis Türk Denizcilik Tarihi Sempozyumu*, 27-28 Mayıs 2011, Ankara 2013.

Mallia-Milanes, Victor, *The Siege of Malta, 1565, Revisited*, Storja 2015, <https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/123456789/25143/1/The%20Siege%20of%20Malta%2C%201565%2C%20Revisited.pdf>, erişim tarihi: 27.09.2019.

Mercieca, Simon, *The Knights of Saint John in Malta*, Bonechi, 2005.

Naum-Duhanı, Said, *Beyoğlu'nun Adı Pera İken*, Turing Yayınları, İstanbul, 1990.

Naum-Duhanı, Said, *Eski İnsanlar, Eski Evler, 19. Yüzyılın Sonunda Beyoğlu'nun Sosyal Topoğrafyası*, Kırmızı Kedi Yayınları, İstanbul, 2018.

Nazif, Süleyman, *Malta Geceleri*, Totem Yayınları, 2013.

Öndeş, Osman, *Kanuni'nin Amirali, Turgut Reis'in Son Seferi, Malta Kuşatması*, İstanbul, 2011, 2. Baskı.

Savona-Ventura, C., *The Medical History of Maltese Islands: Medieval Setton, Kenneth M., The Papacy and The Levant (1204-1571), Volume: IV, The Sixteenth Century*, The American Philosophical Society, 1984, s. 859.

Sire, H.J.A., *The Knights of Malta*, Yale University Press, 1996.

Şimşir, Bilal, *Malta Sürgünleri*, Ankara, 1985, 2. Baskı

Şimşirgil, Ahmet/ Pazan, İbrahim, *Denizler Fatihi Piyale Paşa, Cerbe Zaferi*, Timaş, İstanbul, 2016.

Tschanz, David, *Malta and the Arabs*, October 2011, https://www.academia.edu/1190888/Malta_and_the_Arabs

Turan, Şerafettin, "Rodos'un Fethinden Malta Muhararasına", *Kanuni Armağanı*, TTK Yayınları, Ankara 1970.

Tütüncü, Mehmet, "Malta Türk Şehitliği", *Düşünce ve Tarih Dergisi*, Ağustos 2015 (s. 54-59).

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi, Cilt 2*, TTK Yayınları, Ankara 1983.

Vella, Alexandre, Languages and Language Varieties in Malta, *International Journal of Bilingual Education and Bilingualism*, 2012, <https://www.tandfonline.com/loi/rbeb20>

Vella, D./ Degryny, C./ Grech, M./ Williams, A, Metallurgy of Armour Exhibited At The Palace Armoury, Valletta, Malta, *Proceedings of Metal*, 4-8 October 2004, https://www.nma.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/346051/NMA_metals_s2_p12_metallurgy.pdf, (s. 215-233). >son erişim tarihi: 27.09.2019.

Yakut, Esra, *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, Seçkin, Ankara, 2011.

Yavaş, Halil, "Töton Şövalyelerinin Ortaya Çıkışı ve Geç Ortaçağ'da Kuzey Avrupa'de Tesiri", *Ortaçağ Araştırmaları Dergisi*, C. 1, S. 1, 2018, ss. 1-17.

Yavuz, Nuri/ İslah, İbrahim, "Malta Türk Şehitliği", *Akademik Bakış Dergisi*, C. 12, Sayı: 24, Yaz 2019, ss. 223-243; Malta Kuşatması, <https://denizmuzesi.dzkk.tsk.tr/dmk/upload/files/201611/58344241045fb-1479819841.pdf>

Yel, Ali Murat, "Malta Şövalyeleri", 30 Ağustos 2011, <http://www.eurovizyon.co.uk/malta-sovalyeleri-makale,48.html>

İnternet Kaynakları

Britannica Çevrimiçi Ansiklopedi, <https://www.britannica.com>

Chief Justice, <http://judiciarymalta.gov.mt/the-chief-justice>, erişim tarihi: 27.09.2019.

Code of Organization and Civil Procedure Act (Organizzazzjoni u Pro`edura-ivili), <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=19756&l=1>

Collegiate Church of Saint Lawrence, Vittoriosa, https://wikivisually.com/wiki/Collegiate_Church_of_Saint_Lawrence,_Vittoriosa

Constitutional Court of Malta, <http://judiciarymalta.gov.mt/constitutional-court>

Diyanet İşleri Başkanlığı, Kur'an-ı Kerim, <https://kuran.diyanet.gov.tr/>
Emmanuele Luigi Galizia, <http://www.victorianweb.org/art/architecture/galizia/index.html>

Fort Tigne, https://wikivisually.com/wiki/Fort_Tign%C3%A9

Geneanet, The Family Tree, Naum-Duhany, <https://gw.geneanet.org>

Göbeklitepe, <http://www.urfakultur.gov.tr/Eklenti/22288,gobeklitepe.pdf?0>

İnsan ve Ekmek,
<http://www.ekmekisrafetme.com/UploadResim/EkmekYayinlar/InsanVeEkmek.pdf>

İslam Ansiklopedisi, Tazir, <https://islamansiklopedisi.org.tr/tazir>

Jean Parisot de Vallette.,

<http://josfamilyhistory.com/htm/nickel/burch/epperson-families/parisot-vallette.htm>

Judiciary Malta, <http://www.judiciarymalta.gov.mt/>; Judicial Systems in EU; https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-mt-en.do?member=1;

Justice Services, <http://www.justiceservices.gov.mt/courtservices/>

Knights Hospitaller & Knights Templar: The Difference,
<http://general-history.com/knights-hospitaller-knights-templar-the-difference/>>son erişim tarihi: 27.09.2019.

Kuşçubaşı Eşref,

<http://earsiv.sehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11498/17114/001582366010.pdf?sequence=1>

Lağımçı Ocağı, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lagimci-ocagi>

Lala Mustafa Paşa, <https://islamansiklopedisi.org.tr/lala-mustafa-pasa>

Malta Kuşatması, 1565, <https://www.tarihbilimi.gen.tr/makale/malta-kusatmasi-1565/>

Malta Overview, https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/malta_en>son erişim tarihi: 27.09.2019.

Malta Parlamentosu ve parlamento yapısı için bkz. Facksheet, The Maltese Parliament,

http://www.epgncms.europarl.europa.eu/cmsdata/upload/4ef03467-8c7f-4277-9c8b-31763f081dbd/Factsheet_MT_-_Chamber_of_Deputies.pdf>son erişim tarihi: 27.09.2019.

Malta, <https://www.britannica.com/place/Malta>>, erişim tarihi: 27.09.2019.

Malta, Valletta, Grand Masters Palace, http://www.famous-historic-buildings.org.uk/grand_masters_palace_valletta_malta_219.html;

Maltase Language, <http://michargiga.gq/2365.html>

Maltese Language, <http://en.wikipedia.org>>Wikipedia'ya yurt dışından erişim sağlanmıştır. Son erişim tarihi: 27.06.2019'dur.

Marsa, <https://localgovernment.gov.mt/en/lc/Marsa/Pages/The-Local-Council/About-the-Locality.aspx>

Mdina (Citta Vecchia), <https://whc.unesco.org/en/tentativelists/983/>

Ministry for the Family, Children's Right and Social Solidarity,
<https://family.gov.mt/en/Pages/>

Rüstem Paşa, <https://islamansiklopedisi.org.tr/rustem-pasa>>, erişim tarihi: 27.09.2019.

Selahaddin Eyyubi ve Haçlılar,

<https://www.ilimvemedenyet.com/selahaddin-eyyubi-ve-haclilar.html>

St. John's Co Cathedral, <https://vassallohistory.wordpress.com/st-johns-co-cathedral/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

The Grandmaster's Palace and Armoury, <https://www.maltauncovered.com/best-places-to-visit-attractions/grandmasters-palace-armoury/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

The International Institute for Justice and the Rule of Law-IIJ, <https://theij.org/>

The Judiciary in Malta, <https://www.gov.mt/en/Life%20Events/Pages/Services%20and%20Information%20Pages/Justice/Judiciary-in-Malta.aspx>;

The Maltese Cross: Its Origin and Importance to Malta, <https://www.maltauncovered.com/malta-history/maltese-cross/>, erişim tarihi: 27.09.2019.

Turgut Reis Külliyesi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/turgut-reis-kulliyesi>

Turgut Reis'in Şehit Oluşu, <https://denizmuzesi.dzkk.tsk.tr/dmk/upload/files/201611/58344352b24e2-1479820114.pdf>

Victory Day, <https://www.visitmalta.com/en/event-details/2019-09/il-vitorja-victory-day--12267>

Yusuf Franko'nun İnsanları, Bir Osmanlı Bürokratı'nın Karikatürleri, <https://yusuffranko.ku.edu.tr/>

İnternet kaynaklarına erişim tarihi gösterilmiştir. Erişim tarihi gösterilmeyen internet kaynaklarına son erişim tarihi 01.09.2019 tarihidir.

1876 ANAYASASINDA (KANUN-İ ESASİ'DE) 1909 TADİLLERİ

Yaşar Fatih MENGÜÇ*

1. Osmanlı Devleti'nde Anayasal Dönem

Hukuk öğretileri, bir devletin demokratik ve hukuk devleti olarak kabul edilebilmesi için, o devletin bir anayasaya sahip olmasını yeterli görmemektedirler. Tabiatıyla, yazılı ya da yazısız bir anayasaya sahip olması, o devletin sadece anayasalı (anayasası olan) bir devlet olarak tanınmasını gerektirir. Bu tahlilden hareket edecek olunursa, bir devletin anayasal devlet olarak kabul görmesi için, demokratik ve hukuk devleti şartlarını birlikte ve eksiksiz biçimde sağlayan yürütmenin iktidar olanaklarının genişletildiği başkanlık hükümeti sistemini veya en azından parlamenter sistemi benimsemesi gerekmektedir.

Tanzimat Dönemi akabinde Osmanlı Devleti'ne bakacak olursak, 1876 Kanun-i Esasi ile başlayan ve I. Meşrutiyet olarak da adlandırılan dönem, bir çok yazar tarafından işaret edildiği üzere anayasal değil anayasalı dönem kriterleri ile uygunluk göstermektedir. Buna göre Osmanlı Devleti'nin yazılı bir anayasası mevcuttur ve bu anayasa yüzünü Batı'ya dönmüş Osmanlı liberal siyasi eliti olan Genç Osmanlılar'ın, tahtın beklenmeyen adayı olan Sultan II. Abdülhamid ile gerçekleştirdikleri bir ittifak sonucu oluşturulmuştur. Anayasa, siyasal ve sosyal hayatın tanzim edilmesinde önemli bir araç konumundadır; fakat birçok hususta bu anayasa "de facto" idealler ve ihtiyaçlar ile örtüşmemektedir.

Bilindiği gibi anayasalar, iktidarın sınırsız gücünü sınırlandırmak amacı taşımaktadır ve birer sosyal kontrat/mutabakat olarak algılanmaktadır. Oysa ki, 1876 Kanun-i Esasi ile başlayan dönem, iktidarın sınırlandırılmasını "imâ etmekle" sınırlı kalmış ve bizatihi iktidar tarafından kendisine son verilmiştir. Dolayısıyla 1876 Kanun-i Esasi'ye sahip Osmanlı Devleti, anayasası olan; ancak anayasal olmayan bir devlettir. Bu açıdan, anayasada belirtilen kavramlar, kurumlar, ilkeler ve kuvvetler dağılımı, ideal bir zeminde kalmış; ancak içtimai hayata yansımamıştır. Bu bilgiler ışığında Osmanlı Devleti'nin 23 Aralık 1876 ile 13 Şubat 1878 tarihleri arasındaki bir seneyi biraz aşkın dönemine,

* Erzurum Bölge Adilleye Mahkemesi, 5. Ceza Dairesi Üyesi.

anayasalı devlet- anayasal devlet ayrımlarından hareketle¹ "anayasalı dönem" adı verilebilir.

Her ne kadar "anayasalı devlet" kavramı "anayasal devlet kavramının" yanında bir yetersizliğe işaret ediyor gibi olsa da, 1876 Kanun-i Esasisi, Osmanlı Devleti'nin en önemli yapısal reformlarının gerçekleştiği yüzyıl olan 19. yüzyılda, Osmanlı tarihindeki önemli dönüm noktalarından birini oluşturmaktadır ve bu yönüyle radikal ve siyasi bir dönüşüm arz etmektedir. 1876 Kanun-i Esasi ile birlikte Monarşi, meşrutî Monarşi'ye doğru evrilmiştir. Bu konuda müelliflerce yapılan tahlillerin bir bölümü, yeni rejim olan meşrutiyetin, Padişaha karşı değil, Sultan Abdülmecid ve Sultan Abdülaziz dönemlerinde yükselen sadrazam ve ekibinin aydın diktasına karşı gerçekleştirildiğini vurgulamışlardır. Dolayısıyla, bir grubun hareketi ile I. Meşrutiyet olarak da tarif edilen Kanun-i Esasi'ye geçilmesi hali, devlet içerisinde gerçekleştirilen bir dönüşüm olarak tarif edilmiştir². Bütün bunlara rağmen, Osmanlı Devleti'nde İlk anayasayı takip eden "anayasalı dönem" akabinde 1909'da Kanun-i Esasi'de yapılan tadiller sonrasında, bugünkü sisteme ilham veren "anayasal dönem" in II. Meşrutiyetle birlikte başladığını söyleyebiliriz.

1876 Kanun-i Esasi, yasama ve yürütme yetkilerinin birbirinden tamamen ayrıldığı bir anayasa olma özelliğine sahip değildir. Bu bağlamda, anayasanın öngörülerinde kuvvetler arasında eşitlik ve denge prensibini sağlamak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, padişah icra gücünün asıl sahibidir. Bununla birlikte, mevkilerini tamamen padişah'a borçlu olan bir sadrazam ve nazırlardan müteşekkil, kendilerine özgü siyasi programları söz konusu olmayan bir Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) bulunmaktadır³.

Meclis ise iki parçalı olmakla birlikte, yürütmeden tamamen bağımsız hareket edebilen, yasama işlerini yapmaya muktedir bir yasama müessesesi konumunda olmayıp, iştiraki nitelikte kalmıştır. Bu bağlamda, yasama organına verilen "kanun teklif etmek", "mevcut kanunları değiştirmek" yetkileri oldukça kısıtlıdır. Bu yetkiler tanınmış gibi olsa da, bizatihi Kanun-i Esasi tarafından yetkilerin geri alınabileceği de belirtilmiştir. Yine, Meclis-i Mebusan'da hazırlanmış olan bir kanun teklifi, Meclis-i Âyân'da görüşülecektir. Oysa, Meclis-i Âyân, bizatihi padişahın seçmiş olduğu üyelerden müteşekkildir. Aynı zamanda, Meclis-i Âyân'da kabul görmemiş bir kanun layihasının (tasarısının) "o senenin müddeti içtimaiyesinde tekrar mevkii müzakereye konulmasına imkan dahi yoktur"⁴.

¹ Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Basım, 1998, s. 4.

² Ortaylı, İlber, *Türkiye'nin Yakın Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010, 6. Baskı, s.238.

³ Kuzu, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s.9.

⁴ Kuzu, 1987, s. 10.

Örneğin, 53'üncü madde, kanun layihası (tasarısı) hazırlama ve mevcut kanunları değiştirme noktasında Heyet-i Vükela'ya (Bakanlar Kuruluna) yetki tanırken, Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Âyân'a da aynı yetkiyi vermektedir; fakat çok kapalı ve anlaşılabilir bir ifade ile her meclisin kendi yetki dairesi ile ilgili teklif verebileceğini belirtmektedir. Bu haklar ise yine padişahın iznine tâbi olmaktadır. Üstelik padişah böyle bir izin verse dahi, bu kez kanunun hazırlanması Şura-yı Devlet'in yetkisindedir. Bu açıdan, Meclis-i Mebusan'ın bir yasama organı olma hüviyeti zayıftı diyebiliriz. Ancak ilk Meclis-i Mebusan istediği kanunu yapamasa da, istemediği bir kanun da Meclis-i Mebusan'dan geçirilemezdi. Bu da yasama gücü açısından azımsanmayacak bir durumdur.

Tüm bu prosedür işledikten sonra, Meclis, Şura-yı Devlet'in hazırlamış olduğu kanun layihasını (tasarısını) görüşmeye başlayabilmektedir. Dolayısıyla, 54'üncü maddenin de vurguladığı gibi, açıklanan bu prosedür işlediğinde, kanun yapılmasında son söz yine yürütme organında kalmaktadır. Tüm bu karakteristik, Osmanlı Devleti'nde anayasalı döneme aittir. Buna göre anayasada, kağıt üzerinde olsa bile kuvvetler ayrılığı hayata geçirilememiştir. 1908 sonrası yani II. Meşruiyet olarak adlandırılan dönem içerisinde, yeniden yürürlüğe konan Kanun-i Esasi' deki 1909 tadili ile yasama işleri, yürütme organının etkisinden kurtulmuş, yapılan değişiklikle yasama organı her türlü konuda kanun teklif edebilme yetkisine sahip olmuştur. Bu açıdan bakıldığında, Meclis-i Mebusan gerçek bir Yasama Organı'na dönüşmüştür. Aynı zamanda bu dönemde kanun teklifi görüşmeleri için padişahın izin alma şartı da kaldırılmış ve böylece Türk siyasi hayatında ilk kez, tam anlamıyla bir parlamenter rejim tesis edilmiştir⁵.

Bu bağlamda, Meclis-i Mebusan'ın yasama rolü üzerinden, Osmanlı Devleti'nin anayasal bir devlete dönüşmesi sürecini teşhis etmek önem kazanmaktadır. Bu süreci kavramak noktasında en önemli yapı taşlarından biri, Kanun-i Esasi'nin yeniden yürürlüğe konulması ve 1908 Mebus Seçimleri ile iktidara gelen İttihad ve Terakki Partisi'nin rolüdür.

1.1. Kanun-i Esasi'nin Yeniden Yürürlüğe Konması ve 1908 Mebus Seçimleri

Osmanlı Devleti'nde 1878'de Meclis'in kapatılması ile Sultan II. Abdülhamid'in siyasi otoriteyi yeniden sarayda toplaması, ülkedeki siyasi hareketliliğin ve örgütlenmenin önüne geçememiş, özellikle Kanun-i Esasi'nin 113'üncü maddesine dayanarak sürülen Midhat Paşa'nın siyasi çizgisini izleyen Tıbbiye ve Harbiye öğrencileri, 1889 yılında önce İttihadı Osmani, ardından İttihat ve Terakki Cemiyeti adını alacak olan derneği gizlice kurmuşlardır. Dernek çalışmalarını yurt

⁵ Kuzu, 1987, s.11.

dışında da sürdürmüş, Kahire, Paris ve Cenevre'de şubeler açmıştır⁶. Örgütlenmeye eşlik eden diğer önemli faaliyet ise yayıncılıktır ve Osmanlı Devleti'nin en önemli merkezlerinde Sultan II. Abdülhamid'in rejimini eleştiren yayınlar çıkartılmaktadır. Bu bağlamda, tıpkı Meşrutiyet'i hazırlayan Genç Osmanlılar'da olduğu gibi, II. Meşrutiyet'i hazırlayan Jön Türkler ve onların partileşmiş hali olan İttihatçıların da en önemli silahı gazetedir. Örneğin, kendi gazetesinde Osmanlı aydını Şinasi, "Bildirir haddini sultana senin kanûnun" cümleleri ile Meşrutiyet fikrini henüz I. Meşrutiyet'ten önce işleyebilmektedir⁷. II. Meşrutiyet öncesi gazetelerde de oldukça cüretkar manşetler ve yazılar göze çarpmaktadır. Bu ve benzeri müelliflerin yazılarındaki hür irade beyanlarından yola çıkarak, Sultan II. Abdülhamid idaresinin mutlakiyet yönünün tartışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Sultan II. Abdülhamid idaresinin son dönemlerinde, rejime karşı tepkilerin yoğunlaştığı görülmektedir. İttihat ve Terakki'nin çalışmaları, Balkanlardaki kıpırdanmalar da II. Meşrutiyet'e doğru giden yolda diğer önemli gelişmelerdir⁸. 1908 eyleminin başladığı zengin ticaret merkezlerinden biri olan Selanik'te, tüccar kesimi ve bir ölçüde bu kesime bağlı mason örgütleri, meşrutiyeti desteklediler; onlara göre, bu hareket, halk kendi çıkarını kavrayamadığı ve gerekli eylemi kendiliğinden yapamadığı için sürdürülmeliydi ve bu da bilinçli subaylar tarafından yapılmalıydı⁹.

Sultan II. Abdülhamid'i huzursuz eden bu gelişmelere karışanlar, İstanbul'dan uzaklaştırıldıkları yerlerde yayın faaliyetlerini sürdürmekte ve bu faaliyetleri gizli derneklerin kurulması süreci izlemektedir. İttihat ve Terakki aynı zamanda bu derneklerin en güçlüsü ve örgütlüsü konumundadır ve yarı-askeri bir yapıya sahip olup, ihtilâlcı özellikler taşımaktadır¹⁰. Makedonya'da İttihatçı örgütlenme içerisinde Resneli Niyazi Bey, Eyüp Sabri Bey ve Enver Paşa'nın dağa çıkması ile iyice somutlaşmış ve saray için bir tehdide dönüşmüştür. Nitekim, Sultan II. Abdülhamid'e 3 Temmuz 1324'te İttihat ve Terakki'nin Selanik'teki merkezinden çekilen bir telgrafta, Kanun-i Esasi'nin yeniden yürürlüğe konulması istenmiş, aksi takdirde istenmeyen olaylara mahal verileceği bildirilmiştir¹¹. Ortaylı, İttihatçıların 1908'de saraydan Kanun-i Esasi'nin ilanını değil, yalnızca bazı maddelerin yeniden yürürlüğe konmasını istediklerini belirtmektedir. Bunların en başında da Meclis-i Mebusan'ın

⁶ Demirkol, Ferman, *Anayasa Hukuku, Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, 5.Baskı, s. 156.

⁷ İnalçık, Halil, *Kuruluş ve İmparatorluk Sürecinde Osmanlı*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011, s.123.

⁸ Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, 9. Baskı, s.113.

⁹ Sürgevil, Sabri, *Türkiye Tarihi ve Uygarlıkları (Değişim Sürecinde Türkiye 1699-1908)*, Cilt V, İlyaz İzmir Yayınevi, İzmir, 2012, s.164.

¹⁰ Aksoy, A. Şerif, *İttihat ve Terakki*, Nokta Kitap, İstanbul, 2008, s.22

¹¹ Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: 1789-1980*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, 8. Baskı, s. 176.

yeniden toplanması gelmektedir¹². Padişah, buna cevaben Kanun-i Esasi'nin yürürlükte olduğunu ve meclisi toplayarak seçimlerin yapılmasına karar verdiğini açıklamıştır. Bununla birlikte, II. Meşrutiyet adı verilen dönem 23 Temmuz 1908 tarihi itibarı ile başlamıştır¹³.

Mumcu bu gelişmeyi, Sultan II. Abdülhamid'in Meclis-i Mebusan seçimleri için ferman buyurması olarak tarif etmektedir. Sultan II. Abdülhamid bu dönemde, "Şu geçen 30 yıl içinde milletin Meşrutiyeti hazmedecek duruma geldiğini elhamdülillah anladım.." demektir; ancak Mumcu bu dönemin müstebit bir dönem olduğunu ve geçen 30 sene içerisinde kayda değer hiçbir gelişme olmadığını belirtmektedir¹⁴. Mumcu'nun bu husustaki tahlili, demokratik kurumların memleketimizde yerleşmesindeki gecikme mevzuna hasredilirse doğru bir yaklaşımdır. Ancak devrin koşullarına ve dünyadaki konjektürel gelişmelere bakıldığında, yıkılmak üzere olan ve Avrupa tarafından hasta adam ismiyle anılan Osmanlı Devleti'nin bu süreci tehir etmesinde, Sultan II. Abdülhamid'in idaresinin büyük katkısı olduğu aşikârdır. Dolayısıyla, Mumcu'nun dönemin umumuna teşmil ettiği bu tahliline katılmamaktayız.

Nitekim, Sultan II. Abdülhamid, Meşrutiyet'i ilânından sonra Şeyhülislam'ı huzuruna çağırarak;

"(..) Tahta çıkışında anayasayı, milletin henüz kabiliyeti olmadığını ihtar edenlere rağmen kendim ilân etmişim. Daha sonra Rus savaşı çıktı. Savaş sırasında talebe-i ulum, Meclis-i Mebusan'a başvurarak gereği olmayan isteklerde bulundular. Bu hâl ile meclisin devamının devlete sakıncalar getirebileceğini anladığımdan, yasanın verdiği yetkiye dayanarak geçici olarak tatile mecbur oldum. Daha sonra birkaç kez açmak niyetinde bulundu isem de engeller çıktı. Bu arada mülkiye mektebi gibi terbiye- i efkâra yararlı olacak kurumları meydana getirmekle, yetenekleri hazırlamaya çalıştım. Bu kez gösterilen genel istekten o yeteneğin oluştuğunu anlayarak, vükelânın kararını beklemeksizin Meclis-i Mebusan'ın açılmasını irade ettim. Siz Şeyhülislâmsınız. İşte huzurunuzda kasem ediyorum. Meşrutiyeti hiçbir zaman ref ve iptale kalkışmayıp bizzat gözleyeceğim ve saltanatta buldukça korunmasına çalışıp çaba göstereceğime ve bu yoldan ayrılmayacağıma vallahi, billahi ve tallahi.." şeklinde yeminle sonlandırdığı cümleleri sarf etmiştir¹⁵.

Görüldüğü üzere Sultan II. Abdülhamid kendisine dayatılan sürece karşı çıkmak yerine onunla uzlaşmayı seçmekte, bunun sonucunda da

¹² Ortaylı, 2010, s.17 ve Tunaya Tarık Zafer, *Hürriyetin İlanı*, Baha Matbaası, İstanbul, 1959, s.6.

¹³ Demirkol, 2011, s. 157.

¹⁴ Mumcu Ahmet, "Türkiye'de Anayasa Reformları Tarihte Geriye Bakış", iç. *Türkiye'de Anayasa Reformu, Prensipler ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara, 2001, s.51-52.

¹⁵ Koloğlu, Orhan, *Abdülhamid Gerçeği*, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2005, 4. Baskı, s.479.

hal edilmesine kadar gidecek süreçte yetkilerinin önemli bir kısmından vazgeçmeyi kabul etmektedir. Bu süreci oluşturan bir başka özellik ise Sultan II. Abdülhamid'in kendisine yönelen isyana karşı şiddet kullanmayı tercih etmeyerek, iktidarını Meclis ile paylaşmayı kabul etmesidir. Tüm bunlar gösteriyor ki, Sultan Abdülhamid'in temelde demokrasiyle bir problemi yoktur. Asıl sorun, ortaya konulduğu dönemin dinamiklerinin uygun olmamasıdır.

II. Meşrutiyetin ilanı ile Kanun-i Esasi yürürlüktedir ve Meclis yalnızca tatil edilmiştir. Ancak otuz senelik bu tatil sonucunda meclisin yeniden oluşturulması zaruret arz etmektedir. Bu doğrultuda beklemekte olan milletvekili kanunu, padişah tarafından onaylanmış ve yürürlüğe konmuş, 1908'de seçimler gerçekleştirilmiştir. Bu seçimlerde İttihat ve Terakki Fırkası tüm adayları ile seçimi kazanırken, rakibi olan Ahrar Fırkası hiç milletvekili kazanamamıştır¹⁶.

Çağdaşlarının genellikle “10 Temmuz İnkılabı”, “İlan-ı Hürriyet”, “İnkılâb-ı Azim” ifadeleriyle andığı 10 Temmuz 1324 (23 Temmuz 1908) meşrutiyet rejimine ikinci geçişin nasıl adlandırılacağı; devrim mi yoksa sıradan bir hükümet darbesi mi olduğu Türk tarihçiliğinde tartışmalıdır¹⁷. Sina Akşin, Emre Kongar, Tarık Zafer Tunaya gibi araştırmacılara göre bu hadise, Rumeli'deki ikinci ve üçüncü ordu subaylarının, mektepli subayların ve onlara katılan diğer sivil memurların ürünü bir hükümet darbesi iken; Mehmet Turhan ve Kudret Emiroğlu'nun gözünde Türklerin ilk siyasal devrimidir¹⁸. Dönemin mebusu ve gazetecisi Hüseyin Cahit Yalçın'a göre ise 1908 Meşrutiyet İnkılabının en bariz tarafı inkılapçı olmamaktır; ne yaptığını bilmemektir, radikal icraattan ürkmek ve bunları zihne sığdırmamaktır¹⁹.

Bu tartışmayı biz de irdeleyecek olursak; İttihat ve Terakki Partisi seçimi kazanmış olsa da, mebusların önemli bir çoğunluğu gerçekten İttihatçı değildi. Keza , anayasanın yeniden yürürlüğe konulmasını sağlayanlar dahi ittihatçı değildiler. II. Meşrutiyet'i gerçekleştirenler Osmanlı Hürriyet Cemiyeti üyesiydiler ve başlangıçta ittihat ve Terakki Cemiyetiyle ilişkileri yoktu. İttihat ve Terakki milliyetçi iken, İttihadı Osmani milliyetçi değildi; fakat her iki hareketin tipik özelliği üyelerinin bürokrasiden, askeriyeden ve yönetimden olmasıydı²⁰. Bununla birlikte, Osmanlı ülkesinin dört bir yanından Türk ve Müslüman olmayan unsurlar da meclisteydi. Bu nedenle İttihat ve Terakki'nin ilk meclis

¹⁶ Tanör, 2002, s.183.

¹⁷ Kendirci, Hasan, *Meclis-i Mebusan'dan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Kopuş ve Süreklilikler*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2009, s.11.

¹⁸ Kendirci, 2009, s. 11-12.

¹⁹ Yalçın, Hüseyin Cahit, “1908 İnkılabı İnkılapçı Değildi-On Yıllık Tarihi 1937”, *Hatıralar Vesilar Resimlerle Yakın Tarihimize Ansiklopedisi*, Cilt 2, s.180.

²⁰ Doğan, Selahattin, “Jön Türkler ve İttihat Terakki”, *Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi*, C.1, S.1, Temmuz 2013, s.338.

döneminde, yasama alanında etkili olamadığı gözlemlenmektedir²¹. Bu bilgiler ışığında, her ne kadar ittihatçılar gerçekleştirmişti diyemsek de, sözü edilen olayın tabandan gelmeyen bir hareket olması, sınıfsal yönünün olmayışı ve siyasi cinayetler gerçekleştirmek suretiyle muhkemleştirilmesi hususlarını hep birlikte değerlendirerek, biz de II. Meşrutiyet'in bir hükümet darbesiyle gerçekleştirildiği düşüncesine katılmaktayız.

1.2. İttihad ve Terakki İktidarı ve Anayasal Meşruiyeti

1908 seçimlerinden galip çıkan İttihat ve Terakki, belirli aralıklar dışında II. Meşrutiyet olarak adlandırılan anayasal dönemde ülkeyi yönetmiş ve iktidarı, Sultan II. Abdülhamid ile paylaşmıştır. Ancak bu yönetim özellikle, 1909 tarihine kadar tam anlamıyla bir İttihadçı yönetim değildir²². 1906'da Selanik'te resmi olarak bir partiye dönüşen İttihat ve Terakki, Jön Türk'lerin partileşmiş halidir. Fikir kaynaklarından Genç Osmanlılar'dan çok daha güçlü ve etkin olan İttihad ve Terakki, özellikle Rumeli'deki subaylar arasından yaygınlık kazanmış, 1902 ve 1907'de Paris'te iki kongre düzenleyecek kadar güçlenmiştir. Özellikle, 1907 Kongresi'nde cemiyet, askerlerin de desteğini alma fikrini benimseyerek, yarı-askeri ve ihtilalci bir yapılanmaya dönüşmüştür. 1908'de Makedonya ve Selanik'te yoğunlaşan ve ülkedeki çeşitli gayrimüslim cemaatlerin de desteğini alan İttihad ve Terakki, Sultan II. Abdülhamid'e Kanun-i Esasi'yi yeniden yürürlüğe koyma ve Meclis-i Mebusan'ı açma konusundaki ısrarını kabul ettirmiş ve seçimlerin yapılmasını sağlamıştır²³.

Hadiselerin siyasi gelişimine bakıldığında, 31 Mart Olayı'nda ayaklanan askerlerin, onları harekete geçiren muhalefetin denetimi dışına çıktığı görülmekte ve bu olayın subay düşmanlığına dönüştüğü hissedilmektedir. Askerlerin isteği Sultan Abdülhamid tarafından kabul edilmiş; padişah bu askerleri affetmiştir. Ancak İttihatçılar, olayı çıkarıcıları padişahla ilişkilendirerek, bu durumu Sultan Abdülhamid'in aleyhine çevirmeyi başarmışlardır. Artık Sultan II. Abdülhamid'i tahtından edecek gerekçeleri vardır ve 27 Nisan'da olağanüstü toplanan mecliste, Sultan II. Abdülhamid'in hal'ine dair fetva okunup, kabul edilmiştir²⁴. Mevcut gerekçelerine bakıldığında ise İttihat ve Terakki'nin 1908'de, II. Meşrutiyet'i ilan ettirirken temel amacının, Sultan II. Abdülhamid'in istibdat yönündeki tutumunun aşılması ve kuvvetler ayırımına dayalı bir idare ile Osmanlıcı-Merkeziyetçi bir tutum doğrultusunda, Devlet-i Aliyye'nin yeniden güçlü günlerine döndürülmesi olduğunu görürüz²⁵. Unutulmamalıdır ki, İttihad ve

²¹ Aksoy, 2008, s. 25 ve Tanör, 2002, s. 183.

²² Aksoy, 2008, s. 26.

²³ Tanör, 2002, s. 176.

²⁴ Sürgevil, 2012, s. 167.

²⁵ Esen, Bülent Nuri, *Türk Anayasa Hukuku, Birinci Fasikül*, Ankara, 1968, s. 45.

Terakki'nin muhalefeti, makamından ziyade Sultan Abdülhamid'in kişiliğine karşı yoğunlaşmıştır; keza İttihatçılar tamamen monarşistler. Dolayısıyla, devleti meşruti bir monarşiden ayrı olarak tasavvur etmemekteydiler²⁶.

Bununla birlikte kağıt üzerinde kalan ve ölü doğan bir Kanun-i Esasi'ye halk desteği sınırlı iken, II. Meşrutiyet'in ilanıyla birlikte kitleler siyasi hayatın içerisinde daha çok yer almaya başlamış; büyük bir siyasi birlik ve katılma söz konusu olmuştur. Bu aynı zamanda parlamenter sisteme gösterilen teveccühün büyümesine de yol açmıştır²⁷. 1908 seçimleri sonrasında oluşan Meclis'in, 21 Teşrinisani 1324 (4 Aralık 1908) tarihindeki açılışında padişah adına bir konuşma gerçekleştirilmiş, buna cevaben Meclis, milli hakimiyetin gerçek ve tek temsilcisinin meclis olduğunu belirtmiştir²⁸. Bu bağlamda, İttihad ve Terakki'nin açılmasında önemli rol oynadığı meclis, yasama organı olarak etkinleşmesinin yanında, yürütme organı olarak da parlamenter sistemde önemli bir role kavuşmuştur²⁹. Elbette Meclis, fonksiyonu icabı bir yasama organıdır. Burada kastedilen meclisin yürütme gücü, meclis başkanlığının kurumsallaşmasıdır.

21 Teşrinisani 1324 tarihinden sonra teşekkül eden Heyet-i Mebusan, hali hazırda bulunan Heyet-i Âyân ile birlikte "Meclis-i Umumi"yi oluşturmuş; ancak bu meclisin kurucu bir meclis (yeni bir anayasa yapmak için oluşturulan kurul) olmadığı ve bu nedenle bir anayasa hazırlamak ehliyetine sahip olmadığı üzerinde mutabık kalınarak, 1876 Kanun-i Esasi'sinin üzerinde değişiklikler yapılabileceği oy birliği ile kabul edilmiştir³⁰. Bu noktada İttihad ve Terakki'nin anayasal meşruiyeti, yasama ile yürütme arasında, yürütme (padişah) lehine toplanmış olan üstünlüğün meclise, yani yasamaya geçirilmesinden ileri gelmektedir. Nitekim, 1908 sonrası kurulan mecliste İttihad ve Terakki çoğunluğa sahip olmasına rağmen (275 mebustan 160 kadarı İttihad ve Terakki üyesidir), meclis etkili bir işleyişe kavuşmamış ve 31 Mart Vakası'ndan sonra meclisin kaos üreten bir organ olmaktan çıkıp, tek partinin hakimiyetini tescilleyen bir organ olması düşünülerek, önce Sultan Abdülhamid hal' edilerek yerine yumuşak huylu ve liberal eğilimleri olan Sultan Reşad getirilmiş ve ardından 1909 Anayasa tadilleri hayata geçirilmiştir³¹.

²⁶ Öztuna, Yılmaz, *II. Abdülhamid, Zâmanı ve Şahsiyeti*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2008, s.136.

²⁷ Akad, Mehmet/ Dinçkol, Bihterin Vural, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2004, 3. Baskı, s. 290.

²⁸ Gözübüyük, 2000, s. 113.

²⁹ Tunaya, 1959, s. 34.

³⁰ Demir, Fevzi/ Karatepe, Şükrü, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Aydın Kitabevi, İzmir, 1994, 3. Baskı, s. 174.

³¹ Tunaya, 1959, s. 36.

2. 1909 Kanuni Esasi Tadilleri

1908'de toplanan yeni Meclis-i Mebusan, Sultan II. Abdulhamid'in 16 Temmuz 1324 (29 Temmuz 1908) tarihli Hatt-ı Hümayunu³² sebebiyle, 1876 Anayasasını hemen değiştirmemiştir³³. Çünkü Sultan Abdülhamid, Batılıların da teyit ettiği olağanüstü zekâsı ve siyasi dehasıyla, ittihatçıların idareyi gasp edeceklerini fark etmiş ve gündeme koyacakları hak ve özgürlükleri bir Hattı Hümayun ile önceden yürürlüğe koymuştur. 1908 seçimlerinden sonra oluşan Meclis-i Mebusan, 31 Mart Vakası'ndan sonra, II. Abdülhamid'i hal'ederek yerine Sultan Reşad'ı geçirmiş (27 Nisan 1909) ve anayasal rejimde bir daha benzer gerilemeler yaşanmaması için Kanun-i Esasi üzerinde geniş çaplı tadillere yönelmiştir³⁴. İlk kez 8 Ağustos 1909'da geniş kapsamlı bir değiştirme yapılmıştır³⁵. 1909 Tadilleri gerek Meclis-i Âyân gerekse de Meclis-i Mebusan'da kabul edilmiştir.

Bu tadiller bazılarına göre yeni bir anayasanın öncüsü olurken, bazılarına göre ise mevcut anayasa üzerinde gerçekleştirilen değişikliklerden ibarettir. İlk tezin savunucularına göre, 1876 Kanun-i Esasisi ferman niteliğinde bir anayasa iken, 1909 tadilleri ile birlikte "milletin temsilcileri ile hükümdar arasında iki taraflı bir anlaşma ile ortaya çıkmış ve misak şeklinde bir anayasa haline gelmiştir"³⁶. Anayasa kavramının izahında her zaman vurgulandığı üzere, misak şeklinde bir anayasanın en temel özelliği toplum sözleşmesi olmasıdır; yani yönetenlerle yönetilenler arasında bir uzlaşmanın mevcudiyetidir. Bu bağlamda, 1909'da tadilleri neticesinde meydana gelen yeni metinde "millet hakimiyeti" ilkesi açıkça yer almasa da anayasa değişikliğini bildiren kararnamede "Hâkimiyet-i Milliye" ilkesine yer verilmiştir³⁷.

³² Bkz. Hattı Hümayun meâlî şöyledir; "Yurttaşların her biri hangi ırk ve mezhepten olursa olsunlar hürriyeti şahsiyelerine malik ve ülkenin hukuk ve sorumluluğunda eşittirler. Kanun gereğinden başka bir nedenle kimse sorgulanamaz, tutuklanamaz, hapsedilemez ve benzeri bir muameleyle cezalandırılmaz. Ne şekilde olursa olsun ve kim tarafından oluşturulursa oluşturulsun olağanüstü nitelikte komisyonlar ve mahkemeler teşkil edilemez, hiç kimse ait olduğu mahkemenin dışında bir yerde sorgulanamaz. Herkesin konutu saldırıdan masundur. Kanunun tayin ettiği husustan başka surette bir adamın konutuna girmek ya da onu gözetlemek caiz değildir. Kimse hakkında kanunun tayin ettiği usulden başka surette bir takibat yapılamaz. Yurttaşlarımızın gerek ticaret, gerekse gezi amacıyla istediği memlekete gitmeye, istediği kimselerle toplanmaya hakkı vardır. Gazeteler baskıdan önce hükümetin denetimine tabi tutulamaz. Ve şahsi mektuplar, yazılı evraklar postalarda alıkonamaz. Eğitim ve öğretim tamamen serbesttir. Askerler dışında hiç kimse rızası olmadan herhangi bir memuriyete tayin olunamaz. Memurlar, yasalara karşı olan durumlarda kendilerine verilen emirlere uymaya mecbur değildir."

³³ Çavdar, Tevfik, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi 1839-1950*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, 4. Baskı, s.115.

³⁴ Demir – Karatepe, 1994, s. 174.

³⁵ Çavdar, 2008, s. 116.

³⁶ Demirkol, 2011, s. 157.

³⁷ Tanör, 2002, s. 196.

1909 yılında Kanun-i Esasi'nin bazı maddelerinin değiştirilmesi çalışmaları, özellikle İslamcı görüşü benimseyen çevreler arasında da iki farklı düşünce ekseninde değerlendirilmiştir. Bunlardan birincisi Kanun-i Esasi ile Kuran-ı Kerim arasında sıkı bir bağ kurma gayretinden kaynaklanmış; bu görüştekiler Kanun-i Esasi'nin ancak Kuran'ın hükümlerine uyarak varlık alanı bulabileceğini ileri sürmüşlerdir. Diğer bir görüştekiler ise 1876 Kanun-i Esasi'nin İslami siyaset ve dünya görüşüyle Avrupai bazı düşüncelerin bir sentezi olmasından dolayı, 1909'da yapılacak değişikliklerle Kanun-i Esasiye daha çok şer'i bir çehre kazandırılarak yaşama ve uygulama şansının artırılması gerektiği noktasında toplanmıştır. Bu görüşü ileri sürenlerden biri de şeyhülislam Musa Kazım Efendiydi ve O'na göre dini kanunlardaki hükümlere bağlı olmamız sosyal hayatımız ve milli menfaatlerimiz gereği idi³⁸.

1909 Tadillerine giden yoldaki en büyük gelişme, 31 Mart Vakası (13 Nisan 1909) olarak adlandırılan vakadır. Bir kesime göre bu olay, II. Meşrutiyet sonrası oluşan irticai faaliyetlerin yarattığı en geniş çaplı kalkışmadır ve bu yönüyle İttihad ve Terakki'de eski düzene dönüş korkusunu oluşturan gelişmedir. 31 Mart Vakası, Selanik'ten gelen ordu tarafından sert bir şekilde bastırılmış, bunu takip eden dönemde 21 Ağustos 1909'da büyük ölçekli Anayasa değişiklikleri (1909 Kanun-i Esasi tadilleri) gerçekleştirilmiştir³⁹. Bunda yürütme organının, yükselmekte olan geriye dönüş hareketlerini destekleyerek, yasama organını ortadan kaldırmaya çalıştığı algısının büyük payı bulunmaktadır. Nitekim bu algı ve endişe ile Sultan II. Abdülhamid, tahttan indirilmiş ve yerine Sultan V. Mehmet Reşat getirilmiştir. 31 Mart vakasının bu denli ses getirmesi ve payitahtı endişeye sevk etmesi, iktidarı bir an önce ele geçirmeyi planlayan ve Sultan Abdülhamid'in şahsına husumet besleyen ittihatçıların, hadiseyi el altından desteklediklerini düşündürmektedir. Mehmet Reşat'ın tahta geçirilmesi amacıyla, geleneklere uyularak 14 Nisan 1325 (1909) tarihinde Şeyhülislam Mehmet Ziyaeddin efendiden fetva dahi alınmıştır⁴⁰.

Bu süreçte, 1876 Kanun-i Esasi'nin 21 maddesi değiştirilmiştir. Mumcu da, 1876'nın kökten sayılabilecek bir biçimde 1909 tadilleri ile birlikte değiştirildiğini belirtmektedir⁴¹. Bu bağlamda, 1876 Kanun-i Esasi üzerinde gerçekleştirilen ve sayısı 21 olan (Mad. 3, 6, 7, 10, 12, 27, 28, 29, 30, 35, 36, 38, 43, 44, 53, 54, 76, 77, 80, 113, 118, 119 (119-120-121) 1909 tadillerini sıralamak ve analiz etmek önem kazanmaktadır.

³⁸ Yakut, Esra, *Şeyhülislamlık- Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 95.

³⁹ Gözübüyük, 2000, s. 114.

⁴⁰ Kili, Suna/ Gözübüyük A.Şeref, *Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1985, s. 70.

⁴¹ Mumcu, 2001, s. 44.

2. 1. Anayasada Yapılan Temel Değişiklikler

Anayasada yapılan değişikliklerin en büyüğü, 21 Ağustos 1909'da olmuştur. 1909 değişiklikleri ile birlikte gerçekçi bir parlamenter sisteme geçilmiş ve yasama organı, yürütmeden daha etkili bir hale getirilmiştir. Tanör, bu döneme (Mayıs 1909 ile Ağustos 1909 arası) "Meşrutî İslahat Dönemi" adını vermektedir⁴².

Bu dönemde anayasada yapılan değişiklikler ile⁴³,

2.1. Padişahın parlamentoyu fesh etme hakkı bir hayli kısıtlanmış (Mad. 35),

2.2. Hükümet, padişaha değil, Meclis-i Mebusan'a karşı sorumlu kabul edilmiş (Mad. 30),

2.3. Meclis-i Mebusan, devlet mekanizmasının en etkili organı olmuş (Mad. 38),

2.4. Güvenoyu esasına geçilmiş,

2.5. Toplanma, Siyasal parti ve dernek kurma özgürlükleri ile toplantı özgürlüğü getirilmiş (Mad. 120),

2.6. Basının sansür edilemeyeceği belirtilmiş (Mad. 12),

2.7. Kanun-ı Muvakkat yetkisi hükümete verilmiş,

2.8. Yürütmede son söz Padişah'tan alınarak, Meclis'e verilmiş,

2.9. Sultanın harcamaları hem kendisi hem de hanedan için ödenek yasasına bağlanmış (Mad.6),

2.10. 113'üncü maddenin (f) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

1909 tadillerinde, meclisin tatil ya da feshedilmesine zemin sağlayan maddelerden biri olan 7'inci madde; "Padişah'ın bir süre koymaksızın -yeniden seçim yaptırmak koşuluyla- Meclis-i Mebusan'ın gerekirse feshedebileceğini gösterirken", 35'inci maddeye atıfta bulunularak, üç ay içinde yeni seçimlere gitme koşulu getirilmiş ve bunun için Meclis-i Âyân'ın onayı şartı eklenmiştir⁴⁴.

35'inci maddede ise Kanun-i Esasi'nin ilk halinde, Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) ile Meclis-i Mebusan arasında herhangi bir anlaşmazlık çıkarsa, Padişahın ister Heyet-i Vükela'yı (Bakanlar Kurulu'nu) değiştirebileceği isterse de yasal süre içerisinde Meclis seçtirebileceği belirtilirken, 1909 tadilinde "anlaşmazlık (ve meb'usların kesin ve tekrar tekrar reddi) durumunda, Heyet-i Vükela'nın ya bu kararı kabul etmesi ya da istifa etmek zorunda olması öngörülmüştür; yeni Heyet-i Vükela eskisinin fikrinde ısrar eder ve Meclis gerekçe göstererek söz konusu öneriyi yine reddederse, 7'inci madde gereğince seçimlere gidilmek üzere, Padişah meclisi feshedebilecek, ama yeni gelen meclis

⁴² Tanör, 2002, s. 212.

⁴³ Gözübüyük, 2000, s. 114.

⁴⁴ Tunçay, Mete, "1293 Kanun-u Esasisinin Son Tâdilleri", *Kanun-i Esasi'nin 100. Yılı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 253.

de eskisinin görüşünü benimserse, artık bu kez Heyet-i Vükela kendi görüşünde ısrar edemeyecektir"⁴⁵.

27'inci madde ise, Sadrazamın Şeyhülislam dışındaki vekilleri atama yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Hükümetin göreve getirilmesi için padişah onayı gerekli kılınırken, Heyet-i Vükela (kabine) kolektif bir sorumluluk ile karşı karşıya bırakılmıştır. Aynı madde içerisindeki bir diğer önemli husus ise Padişahın, yalnızca Sadrazam'ı atayabilmesidir⁴⁶.

Kuşkusuz, 1909 tadilleri sonrasında da yürütme organı olarak, Heyet-i Vükela ile birlikte Padişah görülmeye devam etmektedir. Padişah tahta çıktığında, Meclis-i Mebusan önünde Kanun-i Esasi'ye riayet edeceğine, vatana ve millete sadakat göstereceğine yemin edecektir. Padişah artık tek başına karar alamayacak, kararlarında sadrazam ve ilgili nazırın imzası bulunacaktır (böylece idare hukuku geçmişimizde üçlü kararname dönemi başlamıştır). Her iki meclis de kendiliğinden toplanabilecek ve Padişah meclislerin toplanmasına engel olamayacaktır (43'üncü madde)⁴⁷.

Mithat Paşa'nın ölümüne, Namık Kemal ve Ziya Paşa'nın ise sürgününe sebebiyet veren meşhur 113'üncü madde ise kaldırılarak padişahın yalnızca polis soruşturmasına dayanarak, bir Osmanlı vatandaşını ülkeden sürmek hakkı elinden alınmıştır. Bu bağlamda Padişahın, kanun yapımındaki etkisi ile beraber temel hak ve özgürlüklerin kısıtlayan yasaların çıkartılması ihtimali de önemli ölçüde azalmaktadır⁴⁸.

Görüldüğü üzere padişah artık 1909 öncesinde olduğu gibi güçlü değildir; yürütmeye ve yasamayla dengeli bir ilişki içerisinde. Bu bağlamda, parlamenter rejime uygun olarak, daha çok Heyet-i Vükela (Bakanlar Kurulu) ile Meclis etkin rol üstlenmektedir. 1909 ile birlikte Padişah, sadrazamı seçmekte, sadrazamın seçeceği nazırları (bakanları) ise onaylamaktadır. Dolayısıyla Heyet-i Vükela'nın artık padişaha karşı sorumlu olma durumu bu şekilde ortadan kaldırılmaktadır ve bundan sonra hükümetin sorumluluğu Meclis-i Umumiye (yasamaya) karşıdır. 1909 sonrası ele alınan 30'uncu maddede bakanlık işlerinden şahsen bakanlar ve Bakanlar Kurulunun genel politikasından da kurul sorumlu olacaktır⁴⁹.

53'üncü maddede ise yasa önerisinin yalnızca Bakanlar, Heyet-i Âyân ve Heyet-i Mebusan'dan her birinin hakkı olduğu ve Meclislerden her biri tarafından kabul edilen kanun layihalarının diğer Meclise

⁴⁵ Tunçay, 1978, s. 254.

⁴⁶ Fendoğlu, H. Tahsin, "1876 Anayasası ve Monarşik Modernleşme Dönemi (1876-1908)", *Türkler*, C. XIV, Ed.: H. C. Güzel/ K. Çiçek/ S. Koca, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s.750.

⁴⁷ Gözübüyük, 2000, s. 114.

⁴⁸ Gözübüyük, 2000, s.114.

⁴⁹ Demirkol, 2011, s. 158.

gönderilerek orada kabul edildikten sonra onaylanmak üzere Padişah'a sunulacağı belirtilmektedir.⁵⁰

1909 tadili ile birlikte, anayasa yeniden yapılarak değiştirilmiş ve padişahın (Sultan Reşad) onayıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu şekilde "ferman anayasa" devri kapanmış ve millet ile hükümdar arasında gerçekleştirilen çift taraflı bir akid, diğer deyişle misak niteliğinde bir anayasal süreç başlamıştır. Başta vurgulamak istediğimiz anayasal dönemden anayasal döneme geçişi sağlayan gelişme de bu olmaktadır.

2.2. Yasama Organının Yeni Yapısı

1909 değişiklikleri ile anayasal bir reform gerçekleşmiş, yasama organının (Meclis-i Umumi) oluşmasında bir değişiklik olmamış, ikili meclis yapısı korunmuş; ancak Meclis-i Mebusan tam anlamıyla bir yasama organına dönüşmüştür. Buna göre yeni oluşan Heyet-i Âyân ve Heyet-i Mebusan üyelerinin hepsi, padişahın izni söz konusu olmaksızın kanun teklif etme yetkisine kavuşmuşlardır. Bu yeni durumda yasama fonksiyonu, padişahın iradesinden milletvekillerinin iradesine doğru yönelmiştir.⁵¹

Yasama organının yeni oluşan yapısı içerisinde Meclis-i Mebusan, Heyet-i Vükela'yı denetleme yetkisine ve dolayısıyla güvensizlik oyuyla düşürme yetkisine kavuşmuştur. Bununla birlikte, Padişahın mutlak vetosu ise tâliki vetoya dönüştürülmüştür. Dolayısıyla, Padişah kendisine gönderilen bir kanunu tasdik etmek ya da tekrar görüşülmek üzere iade etmek durumundadır. Bu şekilde geri gönderilen bir kanunun tekrar tasdik için Padişah'a geri gönderilmesi durumunda Heyet-i Mebusan'ın kanunu üçte iki çoğunluğu ile kabul etmesi gerekmektedir.⁵²

II. Meşrutiyet döneminde Meclis-i Mebusan yeniden açılrsa da, bu kez tamamen padişaha bağlı olan hükümetle, parlamento arasında ciddi anlaşmazlıklar yaşanmış ve gerek kuvvetler ayrılığına yapılan ideal atıfların tam anlamıyla yerleşmemesi, gerekse de "demokratik birikim olmaması" nedeniyle parlamento etkin çalışmamıştır. Bu süreç, eski düzene dönüş korkusunu oluşturan 31 Mart Vakası (13 Nisan 1909)'nın İttihat ve Terakki tarafından sert bir şekilde bastırılması ile sonuçlanmış ve parlamento kendiliğinden yeniden çalışmaya başlamıştır. Bu dönemde Osmanlı Parlamentosu'nun ismi bir toplanmaya (Yeşilköy toplantısı) mahsus olmak üzere, Meclis-i Milli olarak değiştirilmiş, millet adına hareket ettiği vurgusunu yapan bu meclis tarafından, Sultan II. Abdülhamid tahttan indirilmiştir. Sonrasında Heyet-i Mebusan ve

⁵⁰ Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, 2. Baskı, s. 24.

⁵¹ Demirkol, 2011, s. 158.

⁵² Demirkol, 2011, s. 158.

Heyet-i Âyân yeniden ayrılarak müstakil olarak çalışmaya devam etmiştir⁵³.

Yasama Organı'nın yürütme karşısında 1909 tadilleri ile birlikte kazandığı üstünlük, zamanla İttihad ve Terakki'nin hoşnut olmadığı bir duruma dönüşmüş ve meclisten kaynaklanan muhalefetin susturulması için "fesih mekanizmasının yeniden sadeleştirilmesine ve feshin kolaylaştırılmasına" vurgu yapılarak 7'inci ve 35'inci maddelerdeki Âyân Meclisi'nin onayı zorunluluğu kaldırılmıştır⁵⁴. Bu bağlamda, 1909 Tadilleri'nin rejim üzerindeki etkilerini analiz etmek önem kazanmaktadır.

2.3. Değişikliklerin Rejime Olan Etkileri

1908 tarihinde seçimler yenilenerek yeni bir meclis oluşturulmuş, 1909'da ise Anayasa tadilleri ile padişahın salâhiyetleri önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, nâzırlar (bakanlar) sadrazam tarafından seçilmeye başlanmış, meclis üyeleri kanun teklif etme yetkisine sahip olmuş, meclisi toplama yetkisi padişahın tekelden çıkarılmış ve padişahın fesih hakkı sınırlandırılmış, milletlerarası muahedelerde meclis onayı zorunluluğu getirilmiş, hükümetin mecliste adem-i itimad (güvensizlik) nedeniyle düşürülmesi öngörülmüştür. Tüm bu uygulamalar, İkinci'ye göre padişahın konumunu Avrupa monarşilerinde olduğu gibi sembolik hale getirmiştir. Bu gelişmeler nedeniyle, 1909 Kanun-i Esasi tadili aslında yeni bir anayasa olarak nitelendirilmektedir, çünkü siyasi rejimi değiştirmiştir⁵⁵. Mumcu da, 1909 tadillerini "yeni bir anayasa" olarak görmekte⁵⁶, Demirkol ise bunu yeni bir anayasadan çok, bir anayasa değişikliği olarak nitelendirmektedir⁵⁷. Biz de, rejimin temel dinamiği olan kuvvetler ayrılığını tesis etmesi bakımından, 1909 tadilleri sonrası oluşan metni, yeni bir anayasa olarak kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Bir diğer görüşe göre 1909 tadilleri ile devletin teokratik monarşik karakteri tescillenmiştir. Buna göre 11'inci maddede "devletin resmi bir dini olması", 3'üncü maddede "şer'i şerif hükümlerine riayet zorunluluğu bulunması", 7'inci maddede padişaha şeriat hükümlerini koruma görevi verilmesi bu tescilin kanıtları niteliğindedir⁵⁸. Nitekim, 14 Kasım 1909 tarihli Meclis açılış nutkunda, padişah, "şer'in öngördüğü hükümet şekline atıfta bulunarak" kurulan bu yeni rejimin (anayasal devlet) meşruiyetini teslim ederken, bunu şer'i hukuku referans alarak meşru

⁵³ Mumcu, 2001, s. 52.

⁵⁴ Gören, 1999, s. 25 – 26.

⁵⁵ İkinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı-Sanat Yayınları İstanbul, 2008, s. 562-563.

⁵⁶ Mumcu, 2001, s. 44.

⁵⁷ Demirkol, 2011, s. 157.

⁵⁸ Demir / Karatepe, 1994, s. 176.

değerlendirmektedir.⁵⁹ Yine 1909 tadilleri ile birlikte, tutuklama ve cezalandırmada, kanunilik ilkesi ile beraber şeriata dayandırılma da gözlenmektedir. Bu bağlamda, 1909 Anayasası, Tanzimat ile kat edilen din ve vicdan alanındaki özgürlüklerden bir geri gidiş olarak nitelendirilse de⁶⁰ Osmanlı Devleti'nde anayasal çalışmalarda şer'i hukuka atfın sürekli gündeme gelişi nedeniyle bu durumun gayet normal olduğunu düşünmekte ve bu görüşe iştirak etmemekteyiz.

1909 değişiklikleriyle, öncelikle padişahın yürütme yetkileri azaltılmıştır. 1876 Anayasasına göre sadrazam ve heyet-i vükelayı, padişah tayin eder ve yine padişah azlederdi. Şimdi ise padişah sadece sadrazamı tayin edebilmekte, sadrazamın tayin edeceği kabineyi ise onaylamaktadır. Böylece Kanun-i Esasi'nin 27'inci maddesindeki bu değişiklik ile hükümet padişaha karşı değil, meclise karşı sorumlu hale getirilmiştir. 30'uncu maddeye göre nazırlar nezaretleriyle ilgili işlerden şahsen, hükümetin umumi siyasetinden ise heyet-i vükela olarak sorumludurlar. Hükümetin kabine olarak aldığı kararlar heyet-i vükelanın bütün azaları tarafından imzalandıktan sonra padişaha sunulacaktır. Böylece padişahın hükümet üzerindeki etkinliği sınırlandırılmıştır⁶¹.

II. Meşrutiyet denilen bu dönemde, Meclis-i Mebusan bir yasama organı olarak üstünlüğü ele geçirmiş konumdadır. Kanun-i Esasi'nin 53'üncü maddesinde yapılan tadilat ile artık padişahın izin almaksızın hükümet ile birlikte Meclis-i Umumi üyeleri de kanun teklif etme hakkına sahip olmuşlardır. Bu hak 1876 anayasasının ilk halinde padişahın izin almak şartıyla heyet-i vükelaya tanınmıştı, Meclis-i Umumi ancak kendi sahası ile ilgili konularda kanun teklifi yapabiliyordu. İşte 1909 tadilleri Heyet-i Ayan ve Heyet-i Mebusan azalarına, izin almaksızın her konuda kanun teklif edebilme hakkı getirmiştir. 53'üncü maddeye paralel olarak 54'üncü maddede de yasama lehine değişikliğe gidildiği görülmektedir. Şöyle ki, 1876 anayasasından padişahın tasdikine gönderilen kanunun akıbetiyle alakalı açık bir hüküm mevcut değildi. Dolayısıyla padişah kanunu istediği süre içerisinde tasdik eder veya geri gönderebilirdi. Hatta buradan hareketle padişah, bir nevi gizli ve pasif veto etme hakkına sahipti. 54'üncü maddede yapılan tadilat ile padişah kendisine gönderilen kanunları iki ay içerisinde, acele kaydıyla arz olunanları ise on gün içerisinde bir sonuca bağlamak durumundaydı. Gelen kanunu ya tasdik edecek yahut da bir kez daha görüşülmek üzere meclise geri gönderecekti ki geri gönderdiği durumda şâyet meclisler üçte iki çoğunlukla yeniden kabul eder ve aynı kanun sadaret aracılığıyla yeniden arz edilirse, bu kez padişah sunulan kanunu ısdar etmek durumunda kalacaktır.

⁵⁹ Fendoğlu, 2002, s. 750.

⁶⁰ Demir / Karatepe, 1994, s. 176.

⁶¹ Olgun, Kenan, *1908-1912 Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2008, s. 240.

Benzer biçimde, değişikliklerden evvel padişah, gerek Heyet-i Âyan'ın gerekse de Heyet-i Mebusan'ın idari yapısını teşkil etme hakkına sahipti. Meclis-i Umumi padişahın daveti üzerine açılırdı, iradeyi seniyyesi ile kapanırdı ve meclis reisleri ve vekillerini padişahın belirleme hakkı vardı. 1909 tadilleri sonrasında, prensip olarak meclis davetsiz olarak açılır; ancak olağanüstü hallerde meclisin vaktinden evvel açılması icabederse, bunu padişah isteyebileceği gibi mebusanın çoğunluğu da isteyebilecektir. Yine Meclis-i Umuminin kararıyla da toplantı süresi uzatılabilirdi. Meclisin davetsiz açılması, toplantı süresinin uzatılması millet iradesinin yansımaları açısından önemli adımlardır⁶².

Kanun-i Esasi'de yürütme ile yasama arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve bu itibarla parlamenter sistemde silahların eşitliği olarak addedilen mevzuata tekabül eden en önemli hükümler 7 ve 35'inci maddelerdi. 7'inci maddenin ilk haline göre “vükelanın azil ve nasbı, Meclis-i Umuminin akd ve tatili, mebusanın yeniden intihap olunmak şartıyla feshi” padişahın yetkisindeydi. 35'inci madde ise özü itibarıyla hükümetin düşürülmesi veya seçimlerin yenilenmesiyle alakalıydı, gerek “vükelanın tebdiline” gerekse de “Heyet-i Mebusan'ın feshi”ne padişahın yetkili olmasını ifade ediyordu. Keza, 1876 Kanun-i Esasi'nin 35'inci maddesine göre, hükümet ile meclis arasında bir anlaşmazlık olur, hükümetin getirdiği teklif meclis tarafından üst üste iki defa ret edilirse, padişah hükümeti değiştirebileceği gibi meclisi de feshedebilirdi. 7'inci madde de 1876'daki haliyle yürütme tarafından istismara açıktı, çünkü padişahın meclisi yeniden intihap olunmak koşuluyla fesih hakkı vardı, ancak yeniden oluşturulmasında belli bir süre konulmamıştı.

İşte 1909 tadillerinde bu iki önemli maddede ciddi değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle 35'inci maddede meclisin feshi karmaşık koşullara bağlanmış, meclis hükümetten daha üstün konuma getirilmiştir. Padişahın meclisi fesih yetkisi neredeyse imkansız şartlara bağlanmıştır. Buna göre; hükümet ile meclis arasında bir anlaşmazlık olur, hükümetin teklifi meclis tarafından üst üste iki defa ret edilirse, hükümet ya meclisin kararını kabule ya da istifaya mecburdur; hükümetin istifa etmesi üzerine yerine gelen yeni hükümet de eski hükümetin kararında ısrarlı olur ve meclis yine ret ederse bu defa padişah anayasanın 7'inci maddesi gereğince meclisi feshedebilir, bu durumda seçimler neticesinde oluşan yeni meclis eski meclisin görüşünde ısrar ederse, meclisin kararı kabul edilecektir; binaenaleyh anayasanın tadil edilen 7'inci maddesi göre padişahın meclisi feshi, “üç ay içinde seçime gitmek” ve “Heyet-i Âyan'ın görüşünü almak” şartlarına bağlanmıştır⁶³. Mebusanla hükümet arasındaki anlaşmazlık sebebiyle vükela istifa etmiş ise istifadan sonra yeni belirlenen Heyet-i Vükela önceki heyetin

⁶² Olgun, 2008, s. 241.

⁶³ Olgun, 2008, s. 242.

fikrinde ısrar eder ve Meclis-i Mebusan gerekçeli olarak vükelanın bu kararını reddederse, Âyan'ın muvafakati ile padişah meclisi feshedebilir; bu takdirde üç ay içinde yeni seçimler yapılır ve meclis yeniden toplanır, yeni seçilen meclis önceki heyetin görüşlerini sürdürür ve ısrar ederse, artık Meclis-i Mebusan'ın görüşünün kabul edilmesi gerekirdi⁶⁴.

Sayılan değişikliklere ek olarak 1909 değişiklikleri ile hükümet üzerinde meclisin denetimi de sağlanmıştır. 38'inci maddede yapılan tadilat ile istizah (soru) ve adem-i itimat (gensoru) olarak adlandırılan meclis denetim cihazları yasama lehine genişletilmiştir. Heyet-i Âyan kendisinde adem-i itimat yetkisinin olup olmadığını tartışmış ise de bunda başarılı olamamıştır. Çünkü anayasa adem-i itimat (gensoru) hakkını Meclis-i Mebusan'a tanımıştır. Meclis-i Mebusan azaları vükela hakkında istizah ile sual yöneltebilir, Meclis-i Mebusan tarafından hakkında çoğunlukla adem-i itimat beyan olunan nazır istifa etmek zorunda kalırdı. Şâyet Meclis-i Mebusan ekseriyet ile sadrazam hakkında adem-i itimat beyan eder ise bu halde hükümet düşerdi. Böylece padişahın kendi istediği kişileri atama yetkisine sınırlama getirildiği gibi padişah meclisin güvenini kazanacak bir kabine kurulmasını sağlamak zorunda bırakılmıştır⁶⁵. Nitekim, parlamento ilk kez adem-i itimat ile (güvensizlik oyu vererek) Kamil Paşa hükümetini devirmiş, böylece meclis güçlü ve otoriter bir biçimde icraatına başlarken, devlet içerisinde meclis diktatoryasına doğru gidiş belirtileri başlamıştır. Özellikle Mecliste üstünlüğü elinde bulunduran İttihad ve Terakki Partisi, elde etmiş olduğu çoğunlukla padişaha karşı üstünlük kazanacağını düşünmüş, bu nedenle de Meclis'in padişah tarafından bir kez daha feshedilmesinin önüne geçebilmek için Âyan Meclisi'nin onayını zorunlu kılmıştır. Bununla beraber, Meclis'in aynı serbesti hâli, bu kez İttihatçıların hoşuna gitmemiş ve bu duruma karşı çıkmışlardır⁶⁶. Yukarıda da değinildiği gibi, 7'inci ve 35'inci maddelerde, meclisin feshinde, Âyan Meclisi'nin onay fonksiyonuna dair zorunluluk kaldırılmıştır.

Kısa bir müddet sonrasında İttihad ve Terakki'nin diktatörlüğü gelmiştir. Diğer bir deyişle, 1909 Anayasa değişikliği sonrası gelişen siyasal-sosyal atmosfer içerisinde II. Meşrutiyet henüz bir yıl geçmeden umutların önemli ölçüde sönmesine neden olmuş ve İttihat ve Terakki Cemiyeti padişahın elindeki yetkileri alarak, müstebit uygulamalara başlamıştır. Bu da, II. Meşrutiyet'te yasama organına aşırı ağırlık verilmesinin bu kez yürütmeyi etkisiz hale getirdiği ve ülkenin tek parti diktatörlüğüne savrulduğu gerçeği ile bizi karşı karşıya bırakmaktadır. II. Meşrutiyete zemin hazırlamak için padişahın müstebit uygulamalarından yakından ittihatchılar, zamanla kendileri istibdat

⁶⁴ Demirci, H. Aliyar, *Âyan Meclisi (1908-1912)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2006, s. 66.

⁶⁵ Olgun, 2008, s. 241.

⁶⁶ Gören, 1999, s. 24-25.

idaresine dönüşmüşlerdir. Örneğin, 12'inci madde ile getirilen basın özgürlüğü, bir süre sonra muhalif gazetecilerin İttihatçılar tarafından vurulmasına kadar gerilerken, 120'inci madde ile getirilen siyasi örgütlenme özgürlüğü ise yerini yegâne parti olan ve komitacı gelenekten gelen İttihat ve Terakki'ye bırakmıştır⁶⁷.

23 Ocak 1913'te Bab-ı Ali Baskını ile devlet iktidarını tamamen ele geçiren İttihat ve Terakki, bu kez Sultan II. Abdülhamid'i müstebit olmakla suçlamasına karşın gerek içte gerekse dışta kendisi hırçın ve sert uygulamalara başlamış ve I. Dünya Savaşı'nın sonu olan 1918'e kadar ülke tek parti diktatörlüğü ile yönetilmiştir. Bu aynı zamanda bir parti aracılığı ile bir devletin çöküşünün tamamlanması anlamına da gelmektedir. 1911'de İtalyanlar Libya'ya saldırmış, 1912'de Balkan Savaşı çıkmış, 1913'te Arnavutluk bağımsızlığını ilan etmiş, Edirne 1913'e kadar kaybedilmiş, 1914'te İmroz ve Bozcaada dışındaki adalar Yunanistan'a, On iki Ada ise İtalya'ya kaptırılmış, 1914'te ise Almanlarla birlikte I. Dünya Savaşı'na girilmiştir⁶⁸. Bununla birlikte başlangıçta parlamenter rejimi Osmanlılık düşüncesinin kurtuluşu sayan ve bu nedenle diğer gayrimüslim unsurlarla da Sultan II. Abdülhamid'e karşı ittifak gerçekleştiren İttihat ve Terakki, bilhassa Edirne'nin işgalinden sonra tamamen Türk milliyetçiliğini benimseyen bir politikaya dönmüş ve böylece diğer unsurlarla da bağlarını kopartmıştır⁶⁹.

1918'de eski duruma dönülse de Kanun-i Esasi'nin yeniden tatbiki mümkün olmamıştır. Nitekim, Sultan Vahideddin, 21 Aralık 1918'de⁷⁰ Meclis'i feshetmiş ve II. Meşrutiyet dönemini sona erdirmiştir. 1921 Meclis'inde, Kanun-i Esasi'nin Teşkilat-ı Esasiye Kanunu⁷¹ nda bulunmayan hükümleri karşılaması düşünülse de, 1924 Anayasası ile Kanun-i Esasi tamamen yürürlükten kalkmıştır⁷². Başta hedeflediği ilkelerin tersine, önce bir meclis diktatörlüğüne ardından bizatihi tek parti diktatörlüğüne dönen II. Meşrutiyet dönemi, Osmanlı Devleti'nin çöküşünü hızlandıran gelişmelere zemin sağlamakla birlikte, Cumhuriyet'in ise hazırlayıcılarından biri konumundadır⁷³.

⁶⁷ Ortaylı, 2010, s.18.

⁶⁸ Eroğul, Cem, "1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri", *Jön Türk Devrimi*, Editörler: Sina Akşin/ Sarp Balcı/ Barış Ünlü, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 227.

⁶⁹ Akad / Dinçkol, a.g.e, 2004, s. 298.

⁷⁰ Karaca, Taha Niyazi, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, AKDITYK Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2004, s. 14.

⁷¹ Düstur, Üçüncü Tertip, C.1, s.196.

⁷² Ekinci, 2008, s.563.

⁷³ İnalçık, 2011, s. 121.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet/ Dinçkol, Bihterin Vural, *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2004, 3. Baskı.
- Aksoy, A. Şerif, *İttihat ve Terakki*, Nokta Kitap, İstanbul, 2008.
- Çavdar Tefvik, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi 1839-1950*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2008, 4. Baskı.
- Demir Fevzi/ Karatepe Şükrü, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Aydın Kitabevi, İzmir, 1994, 3. Baskı.
- Demirci, H. Aliyar, *Âyan Meclisi (1908-1912)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2006.
- Demirkol, Ferman, *Anayasa Hukuku, Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul. 2011, 5.Baskı
- Doğan, Selahattin, "Jön Türkler ve İttihat Terakki", Akademik Teklif Hukuk ve İdari Bilimler Dergisi, C.1, S.1, Temmuz 2013
- Düster, Üçüncü Tertip, C.1
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku*, Arı-Sanat Yayınları İstanbul, 2008
- Eroğul, Cem, "1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri", *Jön Türk Devrimi*, Editörler: Sina Akşin/ Sarp Balcı/ Barış Ünlü, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010.
- Esen, Bülent Nuri, *Türk Anayasa Hukuku*, Birinci Fasikül, Ankara, 1968
- Fendoğlu H. Tahsin, "1876 Anayasası ve Monarşik Modernleşme Dönemi (1876-1908)", *Türkler*, C. XIV, Ed.: H. C. Güzel/ K. Çiçek7 S. Koca, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, 2. Baskı.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, 9. Baskı.
- İnalçık, Halil, *Kuruluş ve İmparatorluk Sürecinde Osmanlı*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2011.
- Karaca, Taha Niyazi, *Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri*, AKDITYK Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2004
- Kendirci, Hasan, *Meclis-i Mebusan'dan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne Kopuş ve Süreklilikler*, Kitap Yayınevi, İstanbul, Kasım 2009
- Kili, Suna/ Gözübüyük A.Şeref, *Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 1985.
- Koloğlu, Orhan, *Abdülhamid Gerçeği*, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2005, 4. Baskı.

Kuzu, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

Mumcu, Ahmet, "Türkiye'de Anayasa Reformları Tarihte Geriye Bakış", *Türkiye'de Anayasa Reformu, Prensipler ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı Yayınları, Ankara, 2001

Olgun, Kenan, *1908-1912 Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın Faaliyetleri ve Demokrasi Tarihimizdeki Yeri*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2008

Ortaylı, İlber, *Türkiye'nin Yakın Tarihi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2010, 6. Baskı,

Öztuna, Yılmaz, *II. Abdülhamid, Zâmanı ve Şahsiyeti*, Kubbealtı Yayınları, İstanbul, 2008

Sürgevil, Sabri, *Türkiye Tarihi ve Uygarlıkları (Değişim Sürecinde Türkiye 1699-1908)*, Cilt V, İlya İzmir Yayınevi, İzmir, 2012

Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri: 1789-1980*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, 8. Baskı.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1998, 5. Basım.

Tunaya, Tarık Zafer, *Hürriyetin İlanı*, Baha Matbaası, İstanbul, 1959.

Tunçay, Mete, "1293 Kanun-u Esasisinin Son Tâdilleri", *Kanun-i Esasi'nin 100. Yılı*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Yalçın, Hüseyin Cahit, "1908 İnkılabı İnkılapçı Değildi-On Yılın Tarihi 1937", *Hatıralar Vesilar Resimlerle Yakın Tarihimiz Ansiklopedisi*, Cilt 2.

Yakut, Esra, *Şeyhülislamlık- Yenileşme Döneminde Devlet ve Din*, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2005.

TANZİMAT DEVRİNDEN CUMHURİYETİN İLK DÖNEMİNE HUKUKUN DÜŞÜNSEL DAYANAKLARI

Kamuran KAYA*

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu gerek imparatorluk, gerekse dünya tarihinin kırılma noktalarından birisi olan 1453 yılındaki II. Mehmed'in (Fatih) komutasında gerçekleştirilen İstanbul'un fethi ile Roma İmparatorluğu'nun varisliğini de alarak güçlü bir imparatorluk olma yolunda ilerlemiştir. Bu gelişim bir süre daha devam etmiştir. İmparatorluk, başlangıcından itibaren altı asır boyunca dünyanın büyük İslâm İmparatorluklarından birisi haline gelmiştir. İstanbul'un alınması ile birlikte I. Selim tarafından 1516 yılında merkezi Kahire olan Memlük İmparatorluğu'na karşı ciddi bir zafer kazanılarak Suriye, Mısır, Kızıldeniz vilayeti olan Hicaz bölgesi, Osmanlı İmparatorluğu'nun eline geçmiştir. Kanuni Sultan Süleyman tarafından 1529 yılında sınır Viyana'ya kadar genişlemiş ve bu durumun neticesi olarak Avrupa coğrafyasında yeni bir korku dalgası başlamıştır. İmparatorluk artık üç kıtaya birden hükmeder hale gelmiştir. Balkanlar, Anadolu, Irak ve Fas topraklarının arasında kalan Arap topraklarının çoğu Osmanlı idaresine geçmiştir. Hatta İstanbul'un alınması ile birlikte Avrupa tarihi yeniden şekillenmiş, bu durum alternatif bir doğu rotası bulmak yolunda Avrupa yöneticilerini yeni arayışlara itmiştir.¹ Ancak İmparatorluk belli bir aşamadan sonra tarihsel periyotla izah etmek gerekirse durma, gerileme ve parçalanma sürecine girmiştir. Fetihler azalırken, topraklar birbiri ardına kaybedilmeye başlanmıştır. 19. yüzyılın sonuna gelindiğinde ise, Osmanlılar Balkan vilayetlerinde ortaya çıkan yeni milliyetçi hareketlerin de etkisiyle toprak kaybetmeye başlamıştır. Yunanistan Osmanlı'ya karşı sekiz yıl (1821-1829) süren bir savaşın ardından bağımsızlık elde etmeye çalışan ilk devletti. Romanya, Sırbistan ve Karadağ 1878'de bağımsızlığını kazanırken, Bosna, Hersek ve Bulgaristan'da aynı dönemde otonomi elde etmişlerdir. İngiltere, 1878 ve 1882 yılları arasında Kıbrıs ve Mısır'ı talep ederken, Fransa 1881 yılında Tunus'u ele geçirmiş, Rusya ise 1878 yılında Osmanlı Kafkasya

* İzmir Hakimi

¹ Hanks-Weisner E.Merry, Erken Modern Dönemde Avrupa (1450-1789), Çev.: Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016, s. 9.

coğrafyasındaki üç vilâyeti ilhak etmiştir.²

Toprak kayıplarının gittikçe artmaya başlaması devlet katında ve kimi aydın kesimlerinde İmparatorluğun geleceği, siyasi örgütlenme modeli ve hukuki yapısı konularında yeni arayışların oluşmasına neden olmuştur. Yenilik hareketleri, İlber Ortaylı'nın tabiri ile imparatorluğun en uzun yüzyılı olan 19. yüzyılda, kimi zaman geriye çekilmeler de olmakla birlikte, dönemin tümünü ve bütün teşkilatını kapsayan bir görünüm arz etmiştir. Ancak yine de belirtilmesi gerekir ki, Batı'daki anayasacılık o toplumların temel yapısındaki köklü bir değişikliğin sonucu olarak görüldüğü, daha açık bir deyişle burjuvazinin devlet yönetimine sahip çıkma çabasıyla ilişkili olduğu halde, Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyılın ikinci yarısında beliren anayasacılık hareketleri böyle bir sınıfsal nitelik taşımamaktadır. Zira, Osmanlı İmparatorluğu'nun başta iç dinamikleri olmak üzere başlıca başka nedenler Batı'daki gibi bir burjuva sınıfının ortaya çıkıp siyasi iktidarı ele geçirmesine engel olmuştur.³ Dolayısıyla uzun bir süre yapılan hareketler bürokrasi kesiminin devletin aksayan yönlerini onarım şeklindeki bazı faaliyetler olarak nitelendirilebilir.

A.CUMHURİYET ÖNCESİ BELLİ BAŞLI YENİLİK HAREKETLERİ

a.III.Selim Dönemi (1789-1807) Yenilik Çabaları

Osmanlı İmparatorluğunda, devlet yapılandırılmasında ilk ciddi yenilik hareketleri III. Selim döneminde gerçekleştirilmiştir. Ancak bundan önce de kimi işlemeyen yapılara dönük ıslah/yenilik benzeri çalışmalar yapılmıştır. Örneğin III.Selim'in babası olan III. Mustafa (1717-1774) reformlar yaparak orduyu düzeltmeye çalışmış, Macar kökenli Fransız subayı Baron de Tott yardımıyla yeni toplar döktürmüştür. Ne var ki bu kısmi yeniliklerin özellikle Tuna'nın kuzeyindeki topraklar ile Kırım'ın yitirilmesi, Osmanlı donanmasının Çeşme'de yakılması (Çeşme Faciası-1770) sonrasında yetersiz olduğu anlaşılmıştır.⁴ Bu nedenle 1773 yılında ise "Mühendishane-i Bahr-i Hümayun" kurulmuştur.

III. Selim, İmparatorluk içindeki kimi sıkıntıların, İmparatorluk kurumlarının yeniden ve radikal bir şekilde dizaynı ile mümkün olabileceğini düşünmekteydi. Bu nedenle kimi yeni ıslah girişimlerine başladı. 1792 yılında gerçekleşen Rus yenilgisi ve yapılan Yaş Antlaşmasının sonuçları üzerine artık kafasındaki şüpheler tamamen kalkarak Nizam-Cedid dönemini (1792-1807) başlatmıştır.⁵ Nizam-ı

² Ayrıntılı bilgi için, Rogan Eugene, *Osmanlı'nın Çöküşü*, (Ortadoğu'da Büyük Savaş), Çev.: Özkan Akpınar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017, s. 18.

³ Tanilli, Server, *Uygurluk Tarihi, Cumhuriyet Kitapları*, İstanbul, 2017, s. 368.

⁴ Çetin, İlhami, *Atatürk Türkiyesi'nde ve Avrupa'da Aydınlanma*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 24.

⁵ Berkes, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1973, s. 81.

Cedit döneminde mülki idarede yaşanan aksaklıkların giderilmesi için Anadolu ve Rumeli 28 il'e bölünmüştür.⁶ Ayrıca bu dönemde askeri olarak da Nizam-ı Cedit Ordusu kurulmuştur. Diplomatik alanda ise belli başlı batı başkentlerine diplomatik temsilciler atanmıştır. Ancak III.Selim'in 1807 yılında tahttan indirilmesi, Nizam-ı Cedit ve yenilik yanlılarının dağıtılması, yenilik karşıtlarının yeniden işbaşına gelmesine neden olmuştur. Yenilik yanlısı olan Rusçuk âyanı Âlemdar (Bayraktar) Mustafa Paşa (1755-1808), İstanbul'dan ve dağıtılan ordudan kaçıp gelen yenilik önderlerinden altı kişinin kendisine katılması ile bir direniş odağı oluşturmuştu. Bunlar, yenilik hareketinin devam etmesi adına III. Selim'i yeniden tahta geçirmek için mücadele vermişlerdir. Âlemdar, Babîali'yi basarak sadrazamlık mührünü ele geçirmiştir. Ancak III. Selim'in öldürülmesi ve akabinde IV. Mustafa'nın hal edilmesi üzerine, yerine II. Mahmut'un tahta çıkarılmasından başka seçenek kalmamıştır.⁷

b.II.Mahmut Dönemi (1808-1839) Yenilikleri

II.Mahmut, bir çok bakımdan öncülü olan III.Selim'den çok daha radikal kimi reform denemelerine girişmiştir. Bu yenilik ve islahat hareketlerinin yalnızca askeri alanda değil, aynı zamanda askerlik dışında da yeni bir çığır açtığı kabul edilir.⁸ II. Mahmut döneminin en önemli reform düzenlemesi kuşkusuz 7 Ekim 1808 yılında padişah ile Rusçuk âyanı Âlemdar Mustafa Paşa arasında imzalanan Senet-i İttifak'tır. Bu belgenin tarihi anlamda en önemli özelliği ilk kez padişahın kendi iradesi ile mutlak yetkilerini sınırlandırması olmuştur. Bu nedenle Sened-i İttifak monarşi tarihimizin meşruti şekle doğru gelişmesi yolunda göze çarpan ilk örnek olması bakımından özel bir önem taşır.⁹

Askeri alanda yapılan en önemli yenilik kuşkusuz daha önceki Nizam-ı Cedit modeliyle de benzerlik gösteren Sekban-ı Cedit Ordusu'nun¹⁰ 1808 yılında kurulmasıdır. II. Mahmut önceki yenilik hareketlerinin akamete uğramasındaki bazı deneyimlerden hareketle bu değişimlere engel olarak gördüğü Yeniçeri Ocaklarının tamamıyla kapatılmasına taraftı. Ancak Sekban-ı Cedit'in ömrü uzun olmamıştır. Yeniçeri Ocaklarının tamamen kapatılmasına sıra gelmişti. II.Mahmut

⁶ Karal, Ziya Enver, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedit, 1789-1807*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s.111

⁷ Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 41.

⁸ Kunt, Metin/ Akşin, Sina, *Türkiye Tarihi*, C.III, Cem Yayınevi, İstanbul, 2000, s.93.

⁹ Kubalı, Nail Hüseyin, *Türk Esas Teşkilatı Hukuku Dersleri*, Tan Matbaası, İstanbul, 1960, s. 50.

¹⁰ "...Yeniçeri ocağının 65. ortasına yazılı olan askerlere sekban deniyordu. Bunlar barış zamanlarında padişahla ava giderlerdi. II. Mahmud'un tahta çıktığı sırada Âlemdar Mustafa Paşa, sekbanları eğitime alarak yeni bir ocak oluşturmayı denedi ve bu adı verdi. Ancak ölümüyle sonuçlanan olaydan sonra bu ocak kaldırıldı." Sakaoğlu, Necdet, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Tarih Sözlüğü*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, s. 114.

Yeniçeri Ocaklarını 1826 yılında kaldırdıktan sonra, bir kısım yenilik hareketlerine hız vermeye başlamıştır. Yeniçeri Ocaklarının kapatılması yalnızca bir askeri reform teşebbüsü olarak görülmemiş, aynı zamanda klasik Osmanlı sistemini oluşturan siyasi/idari, sosyo/ekonomik, adli/hukuki, eğitim ve benzeri tüm kurumlardaki köklü değişimin de başlangıç tarihi olarak kabul edilmiştir.¹¹ Yeniçeri Ocağının kapatılması ile onun yerine Asakir-i Mansure-i Muhammediye adıyla yeni ve modern ordu 1826 yılında kurulmuştur.

c. Tanzimat Dönemi (1839-1876) Reformları

Tanzimat dönemi, Osmanlı tarihinde yeni bir dönemi simgeler. Tanzimat döneminde özellikle hukuk hareketlerinin oluşum nedeni olarak, Osmanlı devletinin sosyal ve iktisadi yapısındaki değişiklikler ve bunlara paralel olarak hukuki düzenleme yapma ihtiyacı belirtilirken, bir kısmının ise batı devletlerindeki ticari ve iktisadi değişikliklerden, batılı devletlerin kendi hukuklarını empoze etmek için yaptıkları baskılardan kaynaklandığı ileri sürülmüştür.¹² Ancak tüm bu yaklaşımlar bir yana Halil İnalcık'ın tabiri ile güçlü bir merkezîyetçilik ile İmparatorluk devrinin son bir asırlık tarihinde memleketi ileri götürmek isteyen ıslahatçıların karşısına dikilen engelleri yenmek için her şeyden fazla merkezîyetçi yönetim ve ona hizmet eden bir bürokrasi oluşturulmaya çalışılmıştır.¹³ Tanzimat hareketleri bu merkezîyetçiliği sağlama amacı nedeniyle bunun aktarımında yüksek bürokrat ve paşaların etkilerinin olduğu bir dönemdir. Tanzimat döneminde iktidara gelen ve 1908'e kadar etkin olan yüksek bürokratlar, Babıali paşaları, anayasal rejimin işlemlerini ancak kendilerinin sağlayabileceklerine inanmışlar ve anayasanın Sultan'ın mutlakçılığını azaltırken, içlerinden birinin sadrazam olarak önderlik ettiği kabinenin denetimi sayesinde kendilerine iktidar tekelinin geçtiğini düşünmüşlerdir. Yasama meclisi ve Ayan meclisini denetleyerek kendi hegemonyalarını sürdürmek niyetinde olmuşlardır.¹⁴

İmparatorluk bünyesinde o tarihe kadar yapılan yeniliklerden çok farklı ve köklü yeni bir dönem, "Tanzimat Dönemi" olarak belirtilir. Tanzimat Fermanı, Gülhane parkında okunması nedeni ile "Gülhane Hatt-ı Hümayunu" diye de anılır. Hazırlayıcısı olan Osmanlı sadrazamı, devlet adamı ve diplomatı Mustafa Reşit Paşa (1800-1858) tarafından, padişah Abdülmecid'in (1823-1861) iradesi ile okunan bu ferman, padişahın, devlet adamlarının, yüksek dereceli idarecilerin, ulemanın, Ermeni ve Rum patriklerinin, Yahudi hahamının, esnaf temsilcilerinin,

¹¹ Cihan, Ahmet, "Osmanlı'da Modernleşme ve İlimiye Zümresi", Türk Dünyası Araştırmaları, İstanbul, 1999, s.121.

¹² Aydın, Akif Mehmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 416.

¹³ İnalcık, Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hat-ı Hümayunu", Belleten, Sayı: 109-112, s.616.

¹⁴ Ahmad, Feroz, *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2017, s. 45.

yabancı elçilerin ve kalabalık bir halk topluluğunun huzurunda okunmuştur.¹⁵ Bu şeffaflık, bağlayıcılığı sağlama bağlamında önemli bir aşamadır. Tanzimat Fermanı uyarınca müslüman ve gayrimüslim bütün yurttaşların can, mal ve ırz güvenliği sağlanmış, bütün Osmanlı yurttaşları kanun önünde eşit kabul edilmiştir.¹⁶

Tanzimat döneminde yapılacak reformların hayata geçirilmesi için başka yeni reform hareketlerine daha ihtiyaç duyulmuştur. Bunlar arasında en dikkate değer olanı kuşkusuz Ali ve Fuat Paşaların hazırlanmasına katkıda buldukları 1856 tarihli "Islahat Fermanı"dır. Islahat Fermanı ile Tanzimat Fermanında tanınmış olan can, mal ve ırz güvenliği teyit edilmiş, gayrimüslimlerin Müslümanlarla eşit haklara sahip olduğuna vurgu yapılmış, ayrıca gayrimüslimlerden alınan cizye vergisinin kaldırılması öngörülmüş, onların memur olabilecekleri yönünde bir irade de gösterilmiştir.¹⁷ Tüm bu reform çabaları ile devletin bütün tebasına tek yurttaşlık sıfatı, eşit hak ve görevler tanımak şeklinde yeni bir siyasal görüş olan Osmanlıcılık düşüncesi güçlenmeye başlamıştır.

Tanzimat dönemi ile birlikte devletin merkezi örgütünde çeşitli alanlarda yeni kurullar oluşturulmuştur. Bunlar arasında özellikle "Şûra-yı Devlet" ve "Meclis-i Vükelâ" büyük önem taşır. Şûra-yı Devlet, kanun ve nizamnameleri inceleyerek kanun ve nizamname tasarılarını hazırlar, hükümet ile kişiler arasında davaları görürdü.¹⁸ Meclis-i Vükelâ ise, Tanzimat döneminde Divan'ın yerini almıştır. Bunlar temsilcilerden oluştuğu ve kanun hazırlama yetkisine sahip oldukları için, meşrutiyet yolunda ilk denemelerdir.¹⁹ Ayrıca yine Tanzimat dönemi tam anlamı ile bir kanunlaştırmalar sürecini de içinde taşır. Arazi Kanunnamesi (1858), Ceza Kanunnamesi (1855), Usul-i Muhakemat-ı Ceza'ye Kanunu (1880), Ticaret Kanunnamesi (1850), Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (1868) bu dönemin önemli yenilikler getiren düzenlemelerdir.²⁰

d.Meşrutiyet Dönemleri Yenilik Hareketleri

Osmanlı imparatorluğu, devlet sisteminde tebaa'dan ulusların kendi kaderlerini idare etme geçiş sürecinde imparatorluk sınırları içerisinde bulunan farklı dil, din ve ulusları bir arada tutacak yeni düzenlemelere ihtiyaç duydu. Artık devlet, Fransız İhtilali (1789) ve bir kısım milliyetçi düşüncelerin de etkisiyle sınırlı düzenlemelerin yerine,

¹⁵ Turan, Refik/ Safran, Mustafa/ Hayta, Necdet/ Şahin, Muhammet/ Çakmak, Ali/ Dönmez, Cengiz, *Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006, s. 45.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için, Kaynar, Reşit, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1985, s. 176-180.

¹⁷ Ertan Faik Temuçin, *Başlangıcından Günümüze Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s. 32.

¹⁸ Canatar, Mehmet/ Baş, Yaşar, "Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", OTAM, S.IX, 1998, s. 156-157.

¹⁹ Ortaylı İlber, *Türkiye İdare Tarihi*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1979, s.279

²⁰ Ayrıntılı bilgi için Tanör, s. 98-103.

Osmanlı düşünüş etrafında, farklılıkları bir arada tutacak yeni idari mekanizmaları oluşturacak düzenlemeleri uygulamaya koydu. Zira, devlet yönetiminde etkili olanlar, bozulma ve duraklamanın sebeplerinin tartışılması ve çözüm yollarının araştırılması yönünde çaba sarf etmişlerdir.²¹ Bu kapsamda en dikkate değer uygulama, Osmanlı Devleti'nin modern anlamda yazılı olan ilk anayasa teşebbüsü olan 1876 tarihli "Kanun-i Esasiye"nin ilanıdır. II. Abdulhamit döneminde (1876-1909) ilan edilen bu anayasa pratiği ile, Osmanlı Devleti teşkilatı ilk kez "yasama", "yürütme" ve "yargı" erki olarak, üçe ayrılarak düzenlenmiştir. Ayrıca bunun dışında genel hukuk ilkeleri olan "kanun önünde eşitlik", "tabi hakim ilkesi", "hakimlik teminatı", "yargıda alenilik", "savunma hakkı", "davaya bakma zorunluluğu", "yargılamanın yalnızca mahkemelerde yapılması" şeklinde evrensel hukuk ilkelerine geçiş bağlamında önemli adımlar da atılmıştır.²²

Kuşkusuz Kanun-i Esasiye'nin en önemli yönlerinden birisi de ilk parlamentoculuk denemesi olarak görülür. İlk Osmanlı parlamentosu 19 Mart 1877 yılında Anayasa'ya dayanarak Padişah'ın söyleviyle açılmıştır. Meclis, farklı milliyet, din ve mezheplerden gelen kişilerden oluşturulmuştur. Kötüye giden Rus savaşının da etkisi ile padişah Abdulhamit tarafından Meclis-i Umumi tatile sokulmuştur. Tatile giren ve bir daha da çağrılmayan Meclis-i Umumi'nin ortadan kalkmasından sonra Kanun-i Esasiye hukuken değilse bile fiilen hükümsüz hale gelmiştir.²³ 1908 yılındaki II. Meşrutiyet ilanına kadarki dönemde ilk meclis deneyimi bu şekilde askıda kalmıştır.

Osmanlı imparatorluğu toprakları içerisinde başlayan isyanlar ve dış ülke saldırıları ile İmparatorluk yönetimine yönelik yine bir kısım rahatsızlıklar gün yüzüne çıkmıştı. 1908 yılında İngiltere Kralı VII. Edward ile Rus Çarı Nikola arasında Estonya'nın başkenti Tallin'de yapılan Reval görüşmelerinin²⁴ yarattığı bulanık hava içerisinde özellikle Makedonya toprakları kıpırdanma içerisindeydi. II. Meşrutiyetin dinamik unsurları, çeşitli din ve ulusların karma olarak yaşadığı

²¹ Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 27.

²² Ayrıntılı bilgi için, Ülker, İbrahim, "Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi'deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 107-121.

²³ Tanör, s. 161.

²⁴ "Reval (bugünkü Estonya'nın başkenti Tallin) de bir araya gelen İngiltere Kralı VII Edward ile Rus Çarı Nikola, Almanya, Avusturya yayılması ile Makedonya ve Boğazlar konusunu görüşmüşler, sonuçta Makedonya'ya uygulanacak reform projeleri konusunda tam mutabakata varılmıştır. İngiltere ve Rusya Almanya'yı ürkütmemeye ve Reval görüşmelerinin Almanya'ya yönelik olmadığına dair bir izlenim vermeye çalışmışlar, Makedonya'ya yapılacak reformu ön plana çıkarmaya çalışmışlardır. Makedonya'nın ön plana çıkarılması bu kez Osmanlı Devletinde Avrupa devletlerinin devleti paylaşma karar verdikleri düşüncesiyle endişe ve korkuya sebep olmuş, İttihat-ı Terakki Cemiyeti harekete geçme zamanının geldiğini düşünmüşlerdi." Armaoğlu, Fahri, *19. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997, s. 600-601.

Rumeli'de ortaya çıkmıştı. İttihat-ı Terakki yönetiminin aldığı kararlar, 400 kişilik çetesiyle Resneli Niyazi'nin (1873-1913) ayaklanması ve padişaha telgraf çekilerek anayasal düzene yeniden geri dönülmesi çağrıları, anayasal taleplerin yoğunluğunun göstergeleriydi. II. Meşrutiyet, önce Manastır'da, ardından ise Meclis-i Vükela'nın katılımıyla Osmanlı sarayında bir toplantı yapıldıktan sonra meclisin geçici olarak kapandığı, artık açılma zamanının geldiği deklare edilerek ve asayişin temini ile cemiyetlerin dağıtılması da görüşülerek Manastır'daki meşrutiyetin ilanından bir gün sonra 23 Temmuz 1908 yılında İstanbul'da da ilan edilmiştir.²⁵

Siyasal alanda II. Meşrutiyetin ilanının bir kısım sonuçları olmuştur. İttihat-ı Terakki'nin yönetimde sözü daha hissedilir olmuş, parlamento ve hükümet birer bağımsız varlık olarak yeni yönetimin bir parçası olmuşlardır. Osmanlı Meclisi 1909-1912 yıllarında faaliyetini sürdürmüştür. 1912 yılında yenilenen seçimleri de İttihat-ı Terakki kazanmıştır. 1913 Babıali darbesinden sonra kurulan meclis ise 1914-1918 savaş yılları boyunca etkin bir varlık gösterememiştir.²⁶ Parlamento hükümet üzerinde bir kısım siyasal denetim yapma görevleri tanınmıştır. Bu dönemde İttihat ve Terakki aleyhtarı kimi siyasal oluşumların da ortaya çıktığını ve bunun nisbi çok partili hayata geçiş anlamına da geldiğini görmekteyiz.

Bu dönemde de Tanzimat'tan beridir devam eden batılılaşma yönünde yeni bir kısım sosyal reformlar yapılmıştır. Bilhassa gazete ve dergilerde farklı fikirler ortaya çıkmış, eğitim alanında da köklü değişiklikler yapılmıştır. Ancak muhalif gazetecilere baskıların artması, İttihat ve Terakki karşıtı gazeteci Hasan Fehmi'nin öldürülmesi ile İttihat ve Terakki hareketine duyulan hoşnutsuzluk iyiden iyiye artmıştır. Cinayetten bir süre sonra başlayan 31 Mart Ayaklanması ve devamında hükümetin istifa etmesi, isyanın Hareket Ordusu tarafından bastırılması ve İstanbul'a hakim olması ile birlikte Padişah II. Abdulhamit'in tahttan indirilmesi gündeme gelmiş, padişah'ın ayaklanmada rolü olduğu isnadiyla meclis genel oturumunda Sultan Abdulhamit'in hilafet ve saltanattan indirilmesine dair karar alınmıştır. Meclis, Abdulhamit'in 27 Nisan 1909 yılında tahttan indirilmesi ile yerine kardeşi velihat V. Mehmet'i (1844-1918) getirmiştir. Meclis bu kararı Abdulhamit'e bildirmek üzere dört kişilik bir kurul oluşturmuştur. Bu safhadan sonra II. Abdulhamit önce Sirkeci'ye, oradan da sürgün hayatı yaşayacağı Selanik'e götürülecektir.²⁷ Bu tarihten sonra II. Meşrutiyet'in anayasal yapısında bir kısım değişiklikler yapılmıştır. Hukuk alanında "Basın Kanunu", "Tatil-i Eşgal (grev) Kanunu" gibi bir kısmı Cumhuriyet

²⁵ Gümüşsoy, Emine, "II. Meşrutiyet'i Hazırlayan Bir Merkez: Ohri", SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:18, Aralık 2008, s. 67.

²⁶ Çalışkan, Kerem, *Miras, Atatürk'ün Yedi Emaneti*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 74.

²⁷ Aysal, Necdet, "Örgütlenmeden Eyleme Geçiş: 31 Mart Olayı", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Mayıs- Kasım 2006, s.45

döneminde de devam eden kodifikasyon çalışmaları yapılmıştır. Ayrıca hukuk düzeninde bir kısım laikleştirme faaliyetleri de gözlemlenmiştir. Bunlar arasında önemi bakımından ilk akla gelen, tüm hukuk mercilerinin Adliye Nezaretine bağlanması olmuştur. Evlilik ve boşanmada kadın lehine bazı yeni düzenlemeler de yapılmıştır. Ekonomi düzeninde ise, iktisadi ve sosyal kalkınma yönünde bazı adımlar atılmıştır.²⁸

B.CUMHURİYETİN İLK DÖNEMLERİ

a.Milli Mücadele

Cumhuriyet Dönemi hukuk sisteminin düşünsel dayanaklarına giriş yapmadan önce İttihat Terakki dönemi ile Milli Mücadele dönemine geçişte bir kısım anayasal düzene geçiş aşamalarına kısaca değinilmeyi gerekli görmekteyiz. Osmanlı İmparatorluğu'nun karşı karşıya kaldığı bir kısım isyan ve savaşlar II. Meşrutiyet dönemi sonrasında da devam etmiştir. 1911 yılında İtalyanların Trablusgarp'a saldırısını, 1912-1913 yıllarında Balkan Savaşları, 1914-1918 yılları arasında I. Dünya Savaşı ve sonrasında galip İtilaf devletleriyle yapılan ve işgale kapıyı aralayan 30 Ekim 1918 tarihli Mondros Mütarekesi ile 1919-1922 yılları arasında ise Milli Mücadele dönemleri izlemiştir. Osmanlı Orduları on yıl boyunca cepheden cepheye savaşa koşarken, milyonlarca kayıp verilmiştir. İmparatorluk parçalanıp yıkılırken, ülke büyük bir yıkım yaşamıştır.²⁹ Ancak Mustafa Kemal ve arkadaşlarının Samsun'a geçmesi, ardından 28-29 Mayıs 1919 tarihinde Samsun/Havza genelgesi ve 22 Haziran 1919 yılında yayımlanan Amasya Tamimi ile ülke sathına yayılan işgallere karşı, bir kısım yerlerde başlayan direnişin bütünleştirilmesi yönünde çalışmalar başlamıştır. 23 Temmuz 1919 yılında Erzurum Kongresi ile bu bütüncül yaklaşımın izleri görülmüş, 4 Eylül 1919 tarihinde toplanan Sivas Kongresi kararları ile de Erzurum'da alınan kararlar tüm ülkeye yayılarak Milli Mücadele'de öncü rolü üstlenecek "Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti" kurulacaktır. 12 Ocak 1920 yılında İstanbul'da toplanan Meclis, Mustafa Kemal ve arkadaşlarının görüşlerini benimseyen kişilerin çoğunluğu sağlamaları ile açılmıştır. Meclisin ilk işlerinden birisi Misak-ı Milli'yi yayımlaması olmuştur. 18 Mart 1920 tarihinde meclisin işgalci güçlerin baskısı sonrasında feshi ile birlikte 23 Nisan 1920'de Kurtuluş Savaşının en önemli mevzilerinden olan Büyük Millet Meclisi açılacaktır. İşgalci güçlere karşı 24 Ağustos 1922 tarihinde Dumlupınar'da ezici bir zafer alınmış ve 9 Eylül 1922 yılında İzmir işgalci güçlerin elinden kurtarılmıştır. Böylece Bernard Lewis'in tabiri ile Anadolu'nun yeniden

²⁸ Tanör, s. 220.

²⁹ Ataay, Faruk, *Türkiye Demokrasi Tarihi-1789'dan Günümüze*, Nika Yayınları, Ankara, 2019, s. 73.

fethi tamamlanmıştır.³⁰

b. İnkılaplar Dönemi

Milli Mücadele kazanıldıktan ve Lozan Andlaşması ile yeni devlet, hukuki bir güvenceye bağlandıktan sonra eski kanunları tadil ederek zamanın ihtiyaçlarına uydurma ihtiyacı kuvvetle hissedilmiştir. Bu sebeple 1923 yılı başlarında Medeni Kanun Komisyonu, Usul-i Muhakeme-i Hukukiye ve Şer'îye Komisyonu, Ticaret-i Bahriye ve Berriye Komisyonu, Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Komisyonu ve Kanun-ı Ceza Komisyonu gibi isimler alan çeşitli komisyonlar kurulmuştur. Ancak 29 Ekim 1923 yılında Cumhuriyetin ilanı ve 3 Mart 1924 yılında hilafetin kaldırılması ile girilen yeni süreçte bu komisyonların çalışmalarının ihtiyaç duyulan yeni düzenlemeleri gerçekleştiremeyeceği anlaşıldığından, eski hukuk sisteminin tamamen bırakılarak radikal bir adım atılmasına ve Batı'dan resepsiyon yoluyla, hukuk sisteminin topyekün yenilenmesine karar verilmiştir.³¹ 1920 yılından başlayarak 1938'de esas itibariyle tamamlanan Türk hukuk resepsiyon faaliyetlerinin dünya tarihinde özgün bir konumu bulunmaktadır. Japonya'daki büyük resepsiyon devletin kaynağını değiştirmemişken, Türk resepsiyonunun çok geniş kapsamı ihtiva ettiği kabul görmektedir.³² Bu kapsamda yeni Medeni Kanun, İsviçre Borçlar Kanunu ile birlikte 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu 1926 yılında kabul edilirken, Alman ve İtalyan hukuk sistemlerine dayanan Ticaret Kanunu da yine bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu temel kanunların kanunlaştırılmasını takiben ise 1927 yılında İsviçre'nin Neuchatel Kantonunun Usul Kanunu örnek alınarak hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, 1929 tarihinde kabul edilen Alman hukuku kökenli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İsviçre Hukuk kökenli İcra İflas Kanunu ile yeni hukuk sistemleri benimsenmiştir. 1930 yılında ise Türk kadınına Belediye seçimlerine katılma ve 1934 yılında milletvekili seçme ve seçilme hakkı verilerek kadın erkek eşitliğinin gereği olan hukuksal düzenlemeler tamamlanmıştır.³³ Ancak bu düzenlemelerin hukuk ve eğitim sistemini epeyce laikleştirmiş olan Tanzimat ve İttihatçı reformların bir uzantısı olarak gören, bunların ülkedeki mülkiyet ilişkilerini değiştirmek amacıyla yapılan girişimler olmadığı şeklinde eleştirel yaklaşımlar da bulunmaktadır.³⁴

³⁰ Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev.: Boğaç Babür Turna, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 342.

³¹ Cin, Halil/ Akyılmaz Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 566.

³² Mumcu, Ahmet, *Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Resepsiyonu*, Halil İncalcık (ed.), *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2015, s. 319.

³³ Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 377.

³⁴ Zürcher, Jan Eric, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, Çev.: Yasemin Saner, İletişim Yayınları, 2018, s. 206.

C.CUMHURİYETİN İLK DÖNEMLERİNDEKİ HUKUK ANLAYIŞININ DÜŞÜNSEL DAYANAKLARI

A. Giriş

Cumhuriyetin ilk dönemlerine dair fikri dayanaklar konusuna girmeden önce hiç kuşkusuz bir kavram açıklamasına ihtiyaç vardır. Zira, Cumhuriyet kavramı bir yönetim şeklinin çok ötesinde geniş bir alana yayılan ve temelinde felsefi tartışmaları barındıran bir kavramdır. Cumhuriyet sözlüklerdeki açıklamalara bakıldığı zaman, halkın yönetimi biçiminde kısaca tanımlanmaktadır. Bu yönetim biçiminde, halkın üstünde hiçbir otorite veya yetkili makam tanınmamakta, devlet gücü doğrudan doğruya halkı oluşturan bireylerin elinde bulunmaktadır. Halk kendisini yönetecekleri istediği gibi seçebilir, arzu ettiği yönlerde bunlara yetki ve yön verebilir, kendini temsil etmek üzere seçtiği yöneticileri her zaman denetleyebilir, belirli çalışmalara izin verebilir, istemedikleri için yasak koyabilir. Yani yönetimle ilgili her türlü yetkinin ve işlemin kaynağı halktır. Yönetim erkini oluşturan egemenliğin gerçek ve tek sahibi olan halk, her şeyi yapabilecek güce sahiptir.³⁵

Tarihsel süreçte Cumhuriyet düşüncesini günümüz modern düşünüşüne uygun tanımlayan düşünür kuşkusuz Charles-Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu (1689-1755)'dur. Düşünüğe göre yönetim biçimleri, "Cumhuriyet", "Monarşi (Krallık)" ve "Despotizm (İstibdat)" olarak üç'e ayrılmaktadır. Montesquieu, "Kanunların Ruhu" isimli eserinde Cumhuriyet'i, ulusun tümünün birden ya da bir parçasının yönetimi elinde bulundurması; krallık yönetimini bir kişinin sabit ve yerleşmiş yasalarla yönetimi; istibdat yönetimini ise, bir kişinin hiçbir yasa ve kurala bağlı olmadan kendi istek ve heveslerine göre yönetimi³⁶ olarak belirtmiştir.

Devlet yönetimi şekli olarak Cumhuriyet'e dair bir başka kategorik sınıflandırmayı yapan düşünür, ünlü Alman kamu hukukçusu Georg Jellinek (1851-1911)'tir. Düşünüğe göre devletin en yüksek organı (organe suprême de l'Etat) birden fazla kişiden oluşuyorsa Cumhuriyet, bu organ tek kişiden oluşuyorsa monarşi bulunmaktadır.³⁷ Bir diğer ünlü kamu hukukçusu Léon Duguit (1859-1928) ise bu kriterlerden farklı olarak devlet başkanının yönetimi geliş biçimine göre tanımlama getirmiştir. Ona göre, yönetici göreve veraset yoluyla gelirse monarşi, eğer başka bir yol ile geldiği takdirde ise Cumhuriyet veya meşrutiyet vuku bulur.³⁸ 29 Ekim 1923 yılında ilan edilen Cumhuriyet'e kurucu kadronun yaklaşımı

³⁵ Çeçen, Anıl, *Atatürk ve Cumhuriyet*, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s. 16-17.

³⁶ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev.: Fehmi Baldaş, M.E.B. Yayınları, Ankara, 1963, s. 292.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için, Gözler, Kemal, "Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54-1, s. 53.

³⁸ Günal, Yılmaz, "Duguit ve Devlet Nazariyesi", SBF D, C. X IX, no:2, 1964, s.287.

Duguit düşüncesinden etkilenmedir. Zira, saltanatın kaldırılması ve egemenliğin millete ait olduğu şeklindeki yaklaşımlarla, yöneticilerin belirlenmesinde Osmanlı İmparatorluğunun veraset sistemi terk edilmiştir.

b.Fransız İhtilalinin Fikri Etkileri

Modern Türkiye'nin kurulmasında ve kurucu kadronun düşünce yapısında Fransız İhtilali ve aydınlanma düşüncesinin etkisinin bulunduğu gözardı etmek mümkün değildir. Ancak aydınlanma düşüncesinin kendi içerisinde monist (tekçi) bir yapıda olduğunu söyleyemeyiz. Düşüncenin kendi içerisinde ciddi farklılıklar taşıdığını ve bu halinin ise günümüz ideolojik ve düşünce yapısına taşındığını belirtmeliyiz. Aydınlanma düşüncesi, en genel tanımı ile insanın düşünme ve değerlendirmede din ve geleneklere bağlı olmaktan çıkarak, kendi aklı, kendi görgüleri ile hayatını aydınlatmaya girişmesidir.³⁹ Kendisi aydınlanma düşüncesi ile simgeleşen Immanuel Kant'a (1724-1804) göre; aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olamama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olamayıp durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. Aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insan ona göre kusurludur. Bu nedenle "sapare aude" yani "aklını kullanma cesaretini göster" sözü aydınlanma düşüncesinin temel mottosu olmuştur.⁴⁰ Akla duyulan bu kesin inancın sonuçları oluşmaya başlamıştır. Bu ise özellikle din, devlet, ahlâk gibi kurum ve ilkelerin akla sınır getiren yaklaşımlarına yönelik bazen yıkıcı da olmak üzere eleştiriler getirilmiştir. Aydınlanma düşüncesinin etkileri farklı ülkelerde değişik sonuçlar çıkarmıştır. Fransa'da katı maddeci felsefi gelenek oluşmaya başlarken, İngiltere'de özellikle otoriteden bağımsız bireyci ve liberal düşünce akımlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁴¹

Kant'ın klasik felsefe terminolojilerinden uzaklaşarak akıl, ahlâk ve cesaret eksenli yaklaşımı, Fransız İhtilali ve bu ihtilalin yansımaları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Kurtuluş Savaşı sonrasındaki kurucu iradenin Cumhuriyet idaresine yönelimi ve bu doğrultuda laikleşme hareketlerinin temeli olarak ortaya çıkmaktadır. Aydınlanma düşüncesi, fikri düzlemde bir tartışmaya karşılık gelmekle, onun öncesindeki kimi tartışmalardan da bağımsız ele alınmasının zorluklarını taşır. Özellikle doğal hal ile ilgili klasik Rousseau ve Hobbes arasındaki tartışmada, Cumhuriyet kadrolarının temel kabulü Jean Jacques Rousseau'nun (1712-1778) düşüncelerine daha yakın durmaktadır. Zira özellikle milli irade,

³⁹ Cevizci, Ahmet, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt:1, Ebabel Yayınevi, Ankara, 2003, s.756.

⁴⁰ Kant, Immanuel, *Aydınlanma Nedir Sorusuna Yanıt*, Seçilmiş Yazılar, Çeviren: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 213.

⁴¹ Kaya, Kamuran, *100 Soruda Felsefe ve Hukuk Felsefesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 181.

milli iradenin yanılmazlığı gibi temel düşünceler Atatürk'ün bir kısım açıklamalarında yer bulmaktadır. Ancak bu düşünceler Duguit'in realist devlet kuramına da ayrı bir önem atfetmiştir. Bu nedenle Atatürk'ün egemenlik kayıtsız şartsız milletindir sözü ile Nutuk'ta Başkumandanlık Kanunu üzerine yaptığı açıklamada, "...Efendiler! Hüseyin Avni Bey başkumandanlık kanunu hakkında idare-yi kelam ederken, bir takım sözler sarf etmiş. Meclis-i âli'ye bu tarz hareketle millete rezil edeceksiniz demiş. Miskinler sözünü kullanmış. Vazifeler şahıslarla olmaz, şahıs yoktur, millet vardır tarzında düsturlar dermeyan etmiş. Gerçi asıl olan millettir. Heyet-i ictimaiyye'dir. Onun da irade-yi umumiyesi Meclis'te mütecellidir. Bu her yerde böyledir. Fakat fertler de vardır. Meclis, memleket ve devlet işlerini fertlerle, şahıslarla yapmaktadır. Hakikatı bimâna nazariyatta inkâra mahal yoktur."⁴² şeklindeki sözü bu yaklaşımı gösterir. Atatürk'e göre Cumhuriyet, demokrasinin de teminatıdır. O'na göre, "...demokrasinin bütün manasıyla ideali, milletin heyeti umumiyesinin, aynı zamanda idare eden vaziyette bulunabilmesini, hiç olmazsa devletin son iradesini, yalnız milletin ifade ve izhar etmesini ister....Binaenaleyh, demokrasi prensibinin, en asri ve mantiki tabikini temin eden hükümet şekli, Cumhuriyet'tir."⁴³

c.Cumhuriyetin İlk Dönemlerinde Hukuki Anlayışa Etkide Bulunan Filozoflar

Antik Yunan düşüncesinin presokratik dönem öncesindeki temel meselesi, arke'nin yani varlığın ilk kaynağının bulunmasına dair tartışmalardı. Ancak Sokrates (MÖ 469-399) ve sonrasında özellikle ontolojik meselelere daha bütünlüklü ve dini düşünceden farklı bir yaklaşımın getirildiğini görmekteyiz. Cumhuriyetin ilk dönemlerinde, özellikle milliyetçi düşüncelerin etkisinin devam ettiği, Fransız İhtilali düşünce anlayışının eski, feodal düşünceleri yıkmasını öngören ve laikliği başat bir form ile ele alan yaklaşımların tesiri altında kalınmıştır. Cumhuriyet kurucu kadrosunun ilk dönem Kemalizm/Kamalizm olarak adlandırılan düşünceyi bir ideoloji olarak görmediğini, bunu fiiliyat ve tatbikat ile açıklayan bir yaklaşım içinde bulunduğunu görmekteyiz. Özellikle Tekin Alp'in (1883-1961) 1936 tarihli "Kemalizm" kitabı, o dönem ilk kez yabancı basın tarafından kullanılan Kemalizm'in bir ideoloji mi, nazariye mi yoksa sistem ya da rejim mi? olduğuna dair tartışmaları ele almıştır. Bunun dışında 1932 yılında yayın hayatına başlayan ve yazı kadrosunda Şevket Süreyya Aydemir (1897-1976), Yakup Kadri Karaosmanoğlu (1889-1974), Burhan Asaf Belge (1899-1967), Vedat Nedim Tör (1897-1985), İsmail Hüsrev Tökin (1902-1992) gibi yazarların öncülüğünde, "Kadro" isimli dergide, Türk Devrimi'nin Avrupa tarihinde gerçekleşmiş diğer devrimlerden farkını belirlemek amacıyla, yeni bir düşünce inşasına girişilmiştir.

⁴² Toprak, Zafer, "Mustafa Kemal Atatürk, Leon Duguit ve Kadın Hukuku", 1923 Historia Tarih ve Kültür Dergisi, Sayı: 6, Bahar 219, s. 95.

⁴³ Atatürk, *Medeni Bilgiler (Uygurlık Bilgileri)*, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 53.

Milli mücadele boyunca Anadolu'da en yaygın ideoloji "İslamcılık" düşüncesidir. İlerleyen aşamalarda farklı ideolojilerin düşünsel etkilerde bulunmaları, ekonomik yapının farklılaşması ile gündeme gelmiştir. Bunlar arasında "batıcı pozitivizm", "milliyetçilik" ve "sosyalizm" gibi ideolojiler, ancak batı kapitalizminin etkisi ile Osmanlı toplumunda pazar ekonomisinin bir miktar gelişmesi sayesinde ortaya çıkmışlardır.⁴⁴

Atatürk'ün özellikle okul dönemlerinde şekillenen Cumhuriyet düşüncesinin oluşumunda Jean Jaques Rousseau ve Montesquie'nun fikirleri ciddi altyapı oluşturmuştur. Rousseau hem toplumsal veya genel istence, hem de özel istence sahip bir toplumsal birey tasarlamıştır.⁴⁵ Rousseau'nun özellikle insanların özgür doğduğu, ancak her yerde zincirlere bağlı olduğu, bunun nedeninin ise doğal durumdan uzaklaşmadan kaynaklandığı şeklindeki savı ile toplumsal sözleşme ile her bir bireyin can ve mal güvenliğinin toplumsal bir güç ile korunması şeklindeki yaklaşım, özellikle Milli Mücadele ve Meclis hükümeti sistemlerinin uygulandığı evrelerde ciddi tesirler de bulunmuştur. Ayrıca gerek Milli Mücadele döneminde, gerekse inkılapların oluşum süreçlerinde Johann Gottlieb Fichte'nin (1762-1814) düşüncesinin kimi yönlerinin benimsendiği görülmektedir. Fichte, Cumhuriyet düşüncesi ile Cumhuriyet'in güvence altına aldığı siyasal özgürlükten daha üstün olan tinsel özgürlük düşüncesini ön plana almıştır. Tinsel özgürlük, ulusun kendi bağımsızlığını her ne pahasına olursa olsun koruması olarak görülmüştür. Ancak bu yalnızca Rousseaucu anlamıyla siyasal özgürlük/otonomi, yani ulusun kendi kendisine koyduğu yasalara itaat etmesi ve dışsal bir iradeye boyun eğmemesi olarak değil, aynı zamanda ve daha önemli olmak üzere ulusun yabancı unsurlara karışmadan varlığını sürdürmesi, kendi milli karakterini ve özgünlüğünü yitirmemesi ve kendini yaratıcı bir tarzda ama özüne sadık kalarak bunu gerçekleştirmesidir.⁴⁶ Bu ise, Cumhuriyet algısının ve niteliğinin otantikliği ile her anlamda bağımsız karakterini göstermektedir. Niyazi Berkes'e göre Kurtuluş Savaşı sonrasındaki düşüncede, yalnızca emperyalizme karşı savaş vermek değil, gerçek kurtuluş ödevinin ulusların kendi istekleri ile kendi güçlerini kullanarak yenilenme yollarını bulma özgürlüğü bulunmaktadır. İleri ülkelerle aradaki boşluğu kapatmak, bunu yalnız kendi güçleri ile bulunacak yollardan giderek yapmak kaçınılmaz bir koşuldur.⁴⁷

Cumhuriyet düşüncesinin ilk oluşumlarında yukarıda da kısaca değinildiği üzere Fransız kamu hukukçusu Léon Duguit'in (1859-1928) düşüncelerinin yoğun etkisini görmekteyiz. Duguit, özellikle realist devlet görüşü ile Cumhuriyet'in yeni yönetim anlayışının

⁴⁴ Timur, Taner, *Türk Devrimi ve Sonrası*, İmge Kitabevi, Ankara, 2018, s. 29.

⁴⁵ Monk-Hampsher, Iain, *Modern Siyasal Düşünce Tarihi, Hobbes'tan Marx'a Büyük Siyasal Düşünürler*, Çeviren: Yeşim Özer, Say Yayınları, İstanbul, 2004, s. 236.

⁴⁶ Sezer, Devrim, "Cumhuriyetçi Hafıza: Romantik Tahayyülden Kozmopolit Tahayyüle Geçiş", *Felsefelogos Dergisi*, Yil:23, Sayı: 29, 2018/2, s.93.

⁴⁷ Berkes, Niyazi, *Atatürk ve Devrimler*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 174.

kurgulanmasını sağlayacak düşünceleri ele almıştır. Duguit egemenlik anlayışını olabilecek en geniş anlamı ile ele almıştır. Duguit, kamusal güçle egemenliği birbirinden ayıran ve egemenlikle kamusal gücün yalnızca bir vasfını ifade eden, özellikle Alman yazarların terminolojisini reddeder. O'na göre kamusal güç, devlet gücü, siyasal otorite gibi deyimler eş anlamlıdır ve egemenlik sözcüğü bunların hepsini karşılayan sözdür. Duguit, Rousseau'yu da eleştirerek genel iradenin bireysel iradeye üstün olduğu görüşünü yadsır. Émile Durkheim'in (1858-1917) düşüncelerinden etkilenen Duguit, sosyal dayanışma kuramına uygun bir şekilde insan topluluklarının yaşaması için gerekli olan otoritenin meşru bir otorite olduğunu belirler. Yani Duguit, Georg Wilhelm Friedrich Hegel'in (1770-1831), metafizik devlet anlayışını ve egemenlik teorisini yıkarak, kamu hizmeti organizasyonu olarak gördüğü devlet görüşünü ortaya koyar. Bütün iradeler bireyseldir, hepsinin değeri aynıdır, bunlar arasında hiyerarşi iradesi yoktur. Devlet artık emreden bir egemen kudret değildir.⁴⁸ Bu anlayış hukukun yalnızca fertleri değil, devleti de bağlaması gerektiği düşüncesine evrilir. Hukuku yaratan devlet değildir, bilakis devletin kendisi hukuka tabi bir kurumdur. Bu nedenle devlet tahakkümün değil, hukukun uygulanmasını sağlamakla yükümlüdür.⁴⁹ Duguit'in düşünceleri yalnızca siyasal düşünüş yönüyle değil, sosyal hayatta kadının rolü konusunda da Cumhuriyet kadrosunu etkilemiştir. Atatürk'ün özellikle kadın hukuku ve birey özgürlüğünün önünde devletin engelleyici bir konumda bulunmaması şeklindeki görüşlerinin şekillenmesinde Duguit'in bu görüşlerinin etkisi büyük olmuştur.⁵⁰

Cumhuriyet kadrolarının eğitim, tarih, kültür ve politik tavır alışlarında etkili olan bir diğer düşünsel yönelim de "pozitivizm" düşüncesidir. Pozitivizm, 19. yüzyılda Fransa'da ortaya çıkan bir görüştür. Pozitivizm düşüncesinin kurucusu Fransız düşünür Auguste Comte (1798-1857)'tur. Comte, bir bilim insanı yaklaşımı ile her türlü toplum için geçerli ve değişmez bir sosyoloji ilmi kurmak istemiştir. Pozitivizm aynı zamanda bilim görünümüyle determenizme de büyük önem vermiştir. Comte, toplumların evrimini üç hal kanunu ile izah etmiştir. Buna göre tüm toplumlar "teolojik devir", "metafizik devir" ve "pozitivist devir"den geçmektedir. İnsanlarda inancın hakim olduğu dönem teolojik dönemdir. Metafizik dönemde ise zamanla olayları dini yargılarla değil, bizzat olayların kendi içerisinde var olduğu kabul edilen

⁴⁸ Mısır, Bayram Mustafa, "Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.225.

⁴⁹ Toprak, s. 95.

⁵⁰ "İlke olarak, devlet bireyin yerine geçmemelidir. Fakat bireyin gelişmesi için genel koşulları göz önünde bulundurmalıdır. Bir de bireyin kişisel etkinliği, ekonomik ilerlemenin ana kaynağı olarak kalmalıdır. Bireylerin gelişmesine engel olmamak, onların her açıdan olduğu gibi, özellikle ekonomik alandaki özgürlüğü ve girişimleri önünde, devletin kendi çalışmasıyla bir engel oluşturmaması, demokrasi ilkesinin en önemli temelidir. O halde diyebiliriz ki, bireylerin gelişmesinin, engel karşısında kalmaya başladığı nokta, devlet etkinliğinin sınırını oluşturur." Atatürk, s. 209.

gizli özellikler, soyut ve gizli kuvvetlerle izah etmeye başlayacaktır. İnsan düşünce evriminin ulaştığı son evre olan pozitivist dönemde ise gerçek artık bilimin verileri ile izah edilir.⁵¹ Pozitivist düşünce, batı düşüncesinden farklı yönleri ile özellikle Jön Türkler tarafından benimsenmiştir. Onların yeni bir toplum kurgusuna, bu pozitivist kesinlik ve determenist hal uygun gelen bir düşünceydi. Osmanlı İmparatorluğunun yerine eskisinden her yönü ile farklı yeni bir devlet inşasına girişen Cumhuriyet kadroları için çağdaş ve modern devlet istemlerine bu yaklaşım kabul edilir bulunmuştur. Bilimi asıl saymak ve bilimsel görüşe dayanarak dünya sorunlarını ele almak yönleriyle bu yaklaşımın Atatürk düşüncesinin pozitivist yönünü yansıttığı belirtilmektedir.⁵² Çağdaş medeniyete nasıl ulaşılacaktır? Bunun cevabı iktisadi kalkınmada görülmüştür. Ayrıca Comte'un toplumsal dokular teorisi ile Durkheim'in organik ve mekanik iş bölümü, kollektif bilinç fikri ile halkçılık ve laiklik fikirlerinin benzerlikleri de bulunmuştur. Dolayısıyla, eski teolojik dönemi ifade eden Osmanlı idaresine karşı olarak Cumhuriyet kadrosu bilimsel ve laik fikir ile özdeş gördükleri pozitivismi belirli yönleri ile benimsemişlerdir. Çağdaş medeniyet, hayat ve kuvvet sahibi olan ilme dayanıldığı öngörülerek bu fikri düzlem kabul görmüştür.⁵³ Kurucu kadroya göre, yalnız doğanın değil, toplumun da nesnel yasalara bağlı olduğu kabul edilmiştir. Dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'a göre, milletlerin haklarına kavuşmaları için ihtilalin gerekliliği ve kaçınılmazlığı yönleri vardır.⁵⁴ Bu da pozitivismin determenist (gerekirci) yönüne bir vurgu olarak görülebilir. Bu anlayış kimi yönleri ile İbn-i Haldun'un (1332-1406) "Mukaddime"sinde belirtilen ve devleti bir canlı organizma olarak tasavvur eden görüşle de benzerlikler taşır.

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde yaygınlaşan fikir akımlarından birisi de milliyetçilik düşüncesidir. Özellikle İmparatorluğun dağılma süreci ile birlikte devletin yaşaması ya da yeni bir devletin kurulmasının temel fikri dayanak olarak milliyetçilik akımı da ilgi gören yaklaşımlarından birisidir. Ancak bu fikri harekete yönelik olarak İmparatorluğun farklı etnik ve dini yapıyı barındırması nedeni ile tüm milletleri Osmanlı çatısı altında buluşturmaya hedef edinen Osmanlıcılık ve Osmanlı toplumunun çoğunluk dininin İslamiyet olması nedeni ile milletleri de birleştirecek temel fikri argüman olarak İslamcılık da yine benimsenen düşüncelerdendir. Osmanlı'da bir çıkış arayan ve bunun kaynağının Batı'da olduğuna inanan Batıcılık ya da bir kısım ortak yönleri bulunan tesanütçülük (solidarizm) anlayışı ile milliyetçilik düşüncesi arasında da kimi benzerlikler bulunmaktadır.

⁵¹ Çelikkaya, Hasan, "Olayların Çözümüne veya Çözüm Olayına Sosyolojik Bir Yaklaşım", MÜ Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, Sayı:10, Yıl:1998, s.59-73.

⁵² Çeçen, s. 97.

⁵³ Timur, s. 119.

⁵⁴ Bozkurt, Esat Mahmut, *Atatürk İhtilali, I-II*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2003, s. 122.

Durkheim'in organik toplum sosyolojisini bir çok yönleri ile benimseyen Ziya Gökalp (1876-1924), özellikle Cumhuriyet kadrosunu görüşleriyle etkileyen düşünürlerden birisi olmuştur. Özellikle 1923 yılında gelişip, 1930 yıllarda doruğa çıkan solidarist ve korporatist model tasavvurları, bu fikir insanının düşünsel sunumunun etkisindedir.⁵⁵ Gökalp düşüncesinde Türk milliyetçiliği kültürel bir ideali ve toplumsal dayanışma ve birliğin temelini oluşturacak bir yaşam felsefesini temsil ediyordu. Ziya Gökalp, Türk milliyetçiliği, İslam tasavvufu ve Avrupa korporatizmi sentezini, kültür (hars) ve uygarlık (medeniyet) arasındaki ayrıma dayandırmıştır. Çağdaşlaşma, Batı'nın bilimsel, teknolojik ve sınai uygarlığını izleme anlamını taşımış, bu durum ise Avrupa'nın hayat tarzı ve ahlaki değerlerini uyarlamayı gerektirmemiştir. Gökalp düşüncesi Hasan Bülent Kahraman'ın tabiriyle Cumhuriyet'in ilk döneminde, rasyonel bir anlayışın Weberyen bir model etrafında dönüştürülmesi olarak yansımıştır.⁵⁶ Ziya Gökalp'in halkçı yaklaşımlarında gözlemlenen katılımcı, eşitlikçi içerik, Kurtuluş Savaşı sırasında doğrudan demokrasiye yönelen siyasal programların temelini oluşturmuştur. İleride ise Durkheim aracılığıyla Gökalp'in kullandığı kolektif bilinç kavramının genel iradeye, halkçılığın da milliyetçiliğe kaydığı şeklinde yaklaşımlar bulunmaktadır.⁵⁷ Tüm bu anlatılanlardan görüleceği üzere Cumhuriyetin ilk dönemlerindeki gerek kanunlaştırma hareketlerinde gerekse de devletin temel niteliklerinin belirlenmesinde tek bir fikre bağlı kalınmamış olup, dönemin etkin kimi yaklaşımları eklektik olarak ancak akli süzgeçten geçirilerek hayat bulmuştur.

SONUÇ

Cumhuriyet öncesi yapılan yenilik hareketleri devlet bürokrasisi içerisinde etkin olan kişilerin mevcut durumdaki zaafı gidermek amacıyla yaptıkları yenilik hareketleri olarak ortaya çıkmıştır. Layihalarla başlayıp, ilerleyen dönemlerde hukuki güvencelere bağlanan bir yapıya bürünen tüm bu yenileştirme ve anayasal faaliyetler, ülkenin dış koşullarının da etkisi ile bazen kesintiye uğramak durumuyla karşılaşmıştır. I. Dünya Savaşı sonunda İttihat-ı Terakki içerisinde konumlarıyla ülke yönetiminde etkin pozisyonları bulunan Enver, Cemal ve Talat Paşaların yurdu terk etmeleri ve ülkenin işgale maruz kalması sonrasında başlayan direniş hareketleri, kongreler dönemi ile birlikte halkın iradesini kendisini belirlemesi gerektiğini belirten Milli Mücadele kadrosunun yeni fikri yönelimleri benimsemeleri ile yeni bir yol almıştır. Fransız İhtilalinden de etkilenen bu yeni anlayışı temel

⁵⁵ Parla, Taha, *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1989, s. 33.

⁵⁶ Kahraman, Bülent Hasan, *Bir Zihniyet, Kurum ve Kurucusu Olarak Batılılaşma, Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Modernleşme ve Batıcılık*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 133.

⁵⁷ Köker, Levent, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1990, s. 116.

itibariyle standart bir fikri hareket ya da felsefe temsilcisi takipçisi olarak görmemek gerekir. Günün temel ihtiyaçları ile ülke koşullarının belirlediği yeni durumların yeni ülkenin özgün haline uyarlanması çalışması belirgin bir anlayıştır. Dolayısıyla Cumhuriyet, laiklik, halkçılık fikirlerinin temellerini bir çok felsefi akım temsilcisinin yaklaşımlarından uyarlayarak, politik tavır alışlarda bunun yansıtıldığını görmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Ahmad, Feroz, *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2017
- Armaoğlu, Fahri, *19. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1997
- Ataay, Faruk, *Türkiye Demokrasi Tarihi-1789'dan Günümüze*, Nika Yayınları, Ankara, 2019
- Atatürk, *Medeni Bilgiler (Uygarlık Bilgileri)*, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2019
- Aydın, Âkif Mehmet, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018
- Aysal, Necdet, "Örgütlenmeden Eyleme Geçiş: 31 Mart Olayı", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Mayıs-Kasım 2006
- Berkes, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1973
- Berkes, Niyazi, *Atatürk ve Devrimler*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019
- Bozkurt, Esat Mahmut, *Atatürk İhtilali, I-II*, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2003
- Canatar, Mehmet/ Baş Yaşar, "Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", OTAM, S.IX, 1998
- Cevizci, Ahmet, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt:1, Ebabil Yayınevi, Ankara, Kasım 2003
- Cihan, Ahmet, "Osmanlı'da Modernleşme ve İlmiye Zümresi", Türk Dünyası Araştırmaları, s.121, İstanbul, 1999
- Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya 2016
- Çalışkan, Kerem, *Miras: Atatürk'ün Yedi Emaneti*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2017
- Çeçen, Anıl, *Atatürk ve Cumhuriyet*, İmge Kitabevi, Ankara, 2003
- Çelikkaya, Hasan, "Olayların Çözümüne veya Çözüm Olayına Sosyolojik Bir Yaklaşım", MÜ Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, Sayı:10, Yıl: 1998
- Çetin, İlhami, *Atatürk Türkiyesi'nde ve Avrupa'da Aydınlanma*, Der Yayınları, İstanbul, 2019
- Ertan, Faik Temuçin, *Başlangıcından Günümüze Türkiye Cumhuriyeti Tarihi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014
- Gözler, Kemal, "Hukuk Açısından Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54-1
- Gümüşsoy, Emine, "II. Meşrutiyet'i Hazırlayan Bir Merkez: Ohri", SDÜ

- Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:18, Aralık 2008
- Günel, Yılmaz, "Duguit ve Devlet Nazariyesi", SBFD, C. X IX, no:2, 1964
- Hanks-Weisner, E.Merry, *Erken Modern Dönemde Avrupa (1450-1789)*, Çeviren: Hamit Çalışkan, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2016
- İnalçık, Halil, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hat-ı Hümayunu", Belleten, Sayı: 109-112
- Kahraman, Bülent Hasan, "Bir Zihniyet, Kurum ve Kurucusu Olarak Batılılaşma", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, Modernleşme ve Batıcılık*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002
- Kant, Immanuel, *Aydınlanma Nedir Sorusuna Yanıt*, Seçilmiş Yazılar, Çeviren: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984
- Karal, Ziya Enver, *Selim III'ün Hatt-ı Hümayunları, Nizam-ı Cedid, 1789-1807*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988
- Kaya, Kamuran, *100 Soruda Felsefe ve Hukuk Felsefesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Köker, Levent, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1990
- Kubalı, Nail Hüseyin, *Türk Esas Teşkilatı Hukuku Dersleri*, Tan Matbaası, İstanbul, 1960
- Kunt, Metin/ Akşin, Sina, *Türkiye Tarihi, C.III*, Cem Yayınevi, İstanbul, 2000
- Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev.: Boğaç Babür Turna, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2017
- Mısır, Bayram Mustafa, "Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3
- Monk-Hampsher, Iain, *Modern Siyasal Düşünce Tarihi*, Hobbes'tan Marx'a Büyük Siyasal Düşünürler, Çeviren: Yeşim Özer, Say Yayınları, İstanbul, 2004
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat. *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev.: Fehmi Baldaş, M.E.B. Yayınları, Ankara, 1963
- Mumcu, Ahmet, "Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuk Resepsiyonu", Halil İnalçık, *Adalet Kitabı*, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2015
- Ortaylı, İlber, *Türkiye İdare Tarihi*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1979
- Ortaylı, İlber, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006
- Parla, Taha, *Ziya Gökalp, Kemalizm ve Türkiye'de Korporatizm*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1989
- Rogan, Eugene, *Osmanlı'nın Çöküşü, (Ortadoğu'da Büyük Savaş)*, Çev.: Özkan Akpınar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2017
- Sakaoğlu, Necdet, *Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Tarih Sözlüğü*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985
- Sezer, Devrim, "Cumhuriyetçi Hafıza: Romantik Tahayyülден Kozmopolit Tahayyüle Geçiş", Felsefelogos Dergisi, Yıl:23, Sayı: 29, 2018/2

- Tanilli, Server, *Uygarlık Tarihi, Cumhuriyet Kitapları*, İstanbul, 2017
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2017
- Timur, Taner, *Türk Devrimi ve Sonrası*, İmge Kitabevi, Ankara, 2018
- Toprak, Zafer. "Mustafa Kemal Atatür, Leon Duguıt ve Kadın Hukuku", 1923 Historia Tarih ve Kültür Dergisi, Sayı: 6, Bahar 219
- Turan, Refik/ Safran, Mustafa/ Hayta, Necdet/ Şahin, Muhammet/ Çakmak, Ali/ Dönmez, Cengiz, *Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2006
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet/ Bozkurt, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011
- Ülker, İbrahim, "Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Kanun-i Esasi'deki Yargılamaya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, Yıl:2013
- Zürcher, Jan Eric, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, Çev.: Yasemin Saner, İleşitim Yayınları, 2018

YAYIN İLKELERİ

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayımlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir. Yazıların hakem incelemesi süreci Eğitim Dairesi Başkanlığınca takip edilir. Yayın Danışma Kurulu hakem incelemesine gitmeyen yazıları da yayımlama kararı verebilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Danışma Kurulunca kararlaştırılır.

6- Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere değerlendiriliyor olmamalıdır. Dergiye gönderilen makalelerde yazarın bu yönde beyanı alınır ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiği belirtilir.

7- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

8- Araştırma ve inceleme yazılarının bir örneği çıktı alınıp, her sayfası imzalanarak aşağıda yer verilen dilekçe ekinde Eğitim Dairesi Başkanlığına, word programında hazırlanan bir örneği de belirtilen elektronik posta adresine (adaletdersisi@adalet.gov.tr) gönderilir.

9- Belirtilen yazım kurallarına uygun olmayan ve düzeltilmesi için gönderilen makaleler elektronik ortamda gönderildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde gerekli düzeltmeler yapılarak tekrar duyuruda bildirilen e-posta adresine gönderilir. Belirtilen sürede düzeltmeleri yapılarak gönderilmeyen makalelerin yayımlanması isteğinden vazgeçilmiş sayılır.

10- Dergide yayımlanmak üzere gönderilen tüm makaleler Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından belirlenen yayın ilkelerine, yazım ve atıf kurallarına uygun olmak zorundadır.

11- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

12- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

13- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

14- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. YAZIM KURALLARI

A- Makalelerin ilk sayfasında makalenin İngilizce adı ile birlikte ortalama asgari 150 azami 250 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce özetine yer verilmelidir. Ayrıca Türkçe ve İngilizce anahtar kelime belirlemesi yapılmalıdır.

B-1- Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalı, yazı ve yazı başlıkları mâkul uzunlukta olmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (yasa-kanun vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., Terc., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek ara", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematigi Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

Örnek:

I- ANA BAŞLIK

A- ALT BAŞLIK

1. Alt Konu Başlığı

a. Alt Konu Başlığı

II. ATIF KURALLARI

A- Hazırlanan makalelerde atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır.

B- Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

C- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar Soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), Adı, *Italik Şekilde Eser Adı*, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri/tercüme ise çevirenin/tercümanın adı parantez dışında "Çev." (veya "Terc.") ibarelerinin ardında, yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, birden fazla

baskısı yapılmış (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır) ise baskı sayısı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir. Atfın hemen altında aynı eserin aynı sayfasına yapılacak atıfta da yazar soyadı ve sayfa numarası.

Hirsch, Ernst E., *Anılarım*, Çev.: Fatma Suphi, YAYINEVİ Ankara, 1997, II. baskı, s. 25

Ç-Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar Soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Hirsch, 1997, s. 30

D- Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın Soyadı, Adı/ ikinci yazarın Soyadı, Adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın adından sonra "v.d." şeklinde yapılmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1*, YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

E- Bir yazarın aynı yıl içerisinde yayımlanan eserleriyle ilgili olarak yıl ibaresinin yanına "a, b" gibi harfler veya eserin baş harflerinin kısaltması konulmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1*, YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 2*, YAYINEVİ, İstanbul, Ocak 2010, 17. Baskı

Yenisey/ Kunter/ Nuhoglu, 2010, CMH1, s. 50

Yenisey, Kunter, Nuhoglu, 2010, CMH2, s. 60

veya

Yenisey/ Kunter/ Nuhoglu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoglu, 2010b, s. 60

F- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar Soyadı, Adı, "makale adı", yayımlandığı dergi, varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Aydın, M. Âkif, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", *Osmanlı Araştırmaları*, C. 24, S. 24, 2004, ss.37-46

G- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın Soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, makale başlıkları kısaltılır veya "a, b" gibi harfler yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

Ğ- Bir derleme eserde derleyici isminin yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün isminin yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleyen, editör veya yayıma hazırlayanın ismi, eserin ismi yukarıda belirtildiği gibi verilmelidir.

H- İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave

olarak parantez içinde "Çevrimiçi" ibaresi ve "Erişim Tarihi (e.t.)" yer almalıdır.

I- Arşiv belgeleri: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

İ- Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., *Yayının adı*, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

J- Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı, tez adı (tırnak içinde ve italik olmayacak), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

K- İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgiler atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

L- Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin Soyadı, Adı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", *Sempozyum Adı*, Düzenleyen veya Yayımlayan, Şehir, Düzenlenme Tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

M. Gazete, akademik olmayan dergi vb yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar soyadı, adı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin soyadı, adı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

III. KAYNAKÇA

A- Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir.

"Yazar soyadı, yazar adı, *eser adı*, yayınevi, yayın yeri, yıl, baskı sayısı" şeklinde sıralanmalıdır.

B- Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir.

C- Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır.

D- Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri v.b. ise, eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIğI
EğİTİM DAİRESİ BAŞKANLIğINA

Adalet Dergisinin... yılının ayında yayımlanacaknci sayısında yer almasını istediğim,

.....
başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiÇbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını ve bu husustaki tüm sorumluluğu stlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCID ID :

CERİDE-İ MEHAKİM'DEN ADALET DERGİSİ'NE 1873'DEN BUGÜNE YAYINDAYIZ



1873 - 1879

22 Nisan 1873'ten itibaren **CERİDE-İ MEHAKİM** adıyla, Pazartesi günleri haftalık 16'şar sayfa olarak **İSTANBUL**'da yayınlanmaya başlamıştır

1879 - 1901

Bu tarihten itibaren tekrar 1. sayıdan başlayarak sekiz sayfa halinde Sali günleri çıkmaya başlamıştır. (6 Ekim 1901) tarihine kadar 1154 sayı olarak yayımlanmıştır.

1901 - 1908

Bu dönemde dergi **CERİDE-İ MEHAKİM-İ ADLİYE** adıyla çarşamba ve cumartesi günleri olmak üzere haftada iki defa ve dört sayfa olarak çıkmaya başlamıştır.

1909 - 1919

II. Meşrutyet'in ilânından sonra yerini yine İstanbul'da on beş günde bir çıkmaya başlayan **CERİDE-İ ADLİYE**ye bırakmıştır.



1922 - 1928

Ceride-i Adliye Aralık 1922'den itibaren **ANKARA**'da, Adliye Vekâleti tarafından kırk sekiz sayfa ve aylık olarak tekrar yayınlanmaya başlanmıştır.

1928 - 1929

Arap harfleriyle yayımlanan dergi, 77. sayıdan itibaren **LATİN** harfleriyle çıkmaya başlamıştır

1929 - 1943

Derginin adı 1929'da (85. sayıdan itibaren) **ADLİYE CERİDESİ** olmuştur

1944 - 1945

Bu dönemden itibaren yayımına **ADLİYE DERGİSİ** adıyla devam etmiştir



1945 - 2019

Dergi, 1945'den günümüze yine Adalet Bakanlığı bünyesinde **ADALET DERGİSİ** adıyla yayın devam etmektedir