

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **14**, Sayı: **1**, Yıl: **2024**
Volume: 14, No: 1, Year: 2024

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **14**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2024**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı



EBSCO Legal Source

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **14**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2024**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Yüksel METİN
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER

Yazım Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Gökçe TUNÇ
Arş. Gör. Ozancan BELCİ
Arş. Gör. Yağmur Esin ÇAYLI

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL
Arş. Gör. Tuğba KOYUN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Prof. Dr. Berrin AKBULUT	3
Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu <i>The Crime of Issuing or Using a Document That is Misleading in Terms of Its Content</i>	
Doç. Dr. M. Emre TULAY	57
Israrlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme <i>An Evaluation on the Compatibility of Crime of Stalking with Crime Theory</i>	
Dr. Ertuğrul YAZAR	95
Ceza İnfaz Kurumlarında Personel-Mahpus İlişisine Yönelik Uluslararası İnsan Hakları Standartları <i>International Human Rights Standards for Staff-Prisoner Relationship in Penitentiary Institutions</i>	
Öğr. Gör. Dr. Erçağ METİNER	165
Koşullu Salıverme Süresinden Fazla Tutuklu Kalma Halinde CMK m. 141 Uyarınca Tazminat Ödenmesi Özelinde Tazminat Nedenleri Konusunda Beliren Sorunlar <i>The Problems Regarding the Reasons for Compensation in Case of Arrest beyond the Conditional Release Period in Accordance with Article 141 of the CPC</i>	
Arş. Gör. Dr. Rukiye KAHYA	219
Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) ile Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun (TCK m. 277) Karşılaştırmalı İncelemesi <i>A Comparative Analyses of the Crime of Attempting to Influence a Fair Trial (TPC Art. 288) and the Crime of Attempting to Influence a Judicial Officer, Expert or Witness (TPC Art. 277)</i>	
Nusret Alper PAZARCIKLİ	267
Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi ile Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi Arasındaki İşbirliği İlişkisi <i>The Cooperative Relationship between European Union Agency for Criminal Justice Cooperation and the European Public Prosecutor's Office</i>	
Samet ÖZDEMİR	297
2017 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi İktidarın Hukuk Devleti İlkesi Aracılığıyla Sınırlandırılması Bağlamında Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the 2017 Constitutional Amendments in the Context of Limitation of Power Through the Principle of the Rule of Law</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU	337
Deprem Afeti Çerçevesinde Hayvanlar ve İdarenin Sorumluluğu <i>Animals and the Responsibility of the Administration within the Framework of the Earthquake Disaster</i>	
Arş. Gör. Ömer YILDIRIM	375
Kamu Tüzel Kişisi ve Kamuya Yararlı Kurum Ayrımı <i>The Distinction between a Public Legal Entity and a Public Benefit Organisation (PBO)</i>	
Doç. Dr. Süleyman DOST - Nedime Sevde GÖKEZ	421
Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Korunması ve Hukuki Temsili <i>Asylum Seeking Unaccompanied Child Protection and Legal Representation</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ	465
Yapay Adaların Uluslararası Deniz Hukukundaki Statüsü <i>The Status of Artificial Islands in the International Law of the Sea</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ	513
İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyeye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı <i>The Issue of Hıla Al-Shar'ıyya (Legal Stratagems) in Islamic Law and a Practice of Ottoman Law on This Subject</i>	
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK - Yakup MACİT	573
Türk Marka Hukukunun AB Hukuku ile Olan İlişkisi <i>The Relationship between Turkish Trademark Law and EU Law</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK	603
Limited Şirketlerde İki Kişilik Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sifatının Sona Ermesinin Sonuçları <i>Consequences of the Termination of the Directorship of One of the Directors in a Two-Person Board of Managers in Limited Liability Companies</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Fatma GÖRGÜLÜ	633
Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarında (Trafik Sigortası) Enflasyon Sebebiyle Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri <i>Problems Encountered in Compulsory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles (Traffic Insurance) Due to Inflation and Solution Proposals</i>	

Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz GÖKCE	667
Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi İmtiyazı <i>Privilege of Representation of Certain Groups in the Board of Directors of Joint Stock Companies</i>	
Arş. Gör. Dr. Osman KARAKÖSE - Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DEMİR.....	699
Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler <i>Assessments Concerning Legal Assistance Requests of Commercial Companies</i>	
Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU	737
İş Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü ile Sona Ermesine Bağlı Hukuki Sonuçlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme <i>A General Assessment on the Legal Consequences of the Termination of an Employment Contract upon the Death of One of the Parties</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Cannur ERCAN	769
Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü <i>Physician's Obligation to Inform about Prenatal Diagnostic Methods</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER	807
Yetkisiz Temsilci ile Hukuki İşlem Yapan Üçüncü Kişinin Korunmasına İlişkin TBK m. 41/II, 42/III ve 45 Hükümlerinin Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the Provisions of Articles 41/II, 42/III ve 45 of the TCO Concerning the Protection of Third Parties Conducting Legal Transactions with an Unauthorized Representative</i>	
Arş. Gör. Dr. Duygu DAĞLIOĞLU	861
Konut Kirasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Taşınmazın Aile Konutu Niteliğinin Arabuluculuk Sürecine Etkisi <i>The Effect of Matrimonial Home Characteristic of Immovable on Mediation Process Regarding Residential Lease Disputes</i>	
KİTAP İNCELEMESİ / BOOK REVIEW	
Mevlûde POYRAZ	887
Silahlandırılmış Yapay Zekâ Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk	

DOI LİSTESİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 14, Sayı: 1, Yıl: 2024

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Prof. Dr. Berrin Akbulut : DOI 10.52273/sduhfd..1473679
2. Doç. Dr. Muhammed Emre Tulay : DOI 10.52273/sduhfd..1436465
3. Dr. Ertuğrul Yazar : DOI 10.52273/sduhfd..1459120
4. Öğr. Gör. Dr. Erçağ Metiner : DOI 10.52273/sduhfd..1465944
5. Arş. Gör. Dr. Rukiye Kahya : DOI 10.52273/sduhfd..1473814
6. Nusret Alper Pazarcıklı : DOI 10.52273/sduhfd..1336867
7. Samet Özdemir : DOI 10.52273/sduhfd..1462848
8. Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru Mutlu : DOI 10.52273/sduhfd..1462887
9. Arş. Gör. Ömer Yıldırım : DOI 10.52273/sduhfd..1480580
10. Doç. Dr. Süleyman Dost
Nedime Sevde Gökez : DOI 10.52273/sduhfd..1473654
11. Dr. Öğr. Üyesi Berkant Akkuş : DOI 10.52273/sduhfd..1458426
12. Dr. Öğr. Üyesi Salih Korkmaz : DOI 10.52273/sduhfd..1462764

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Prof. Dr. Hayri Bozgeyik
Yakup Macit : DOI 10.52273/sduhfd..1401385
2. Dr. Öğr. Üyesi Aytekin Çelik : DOI 10.52273/sduhfd..1468941
3. Dr. Öğr. Üyesi Fatma Görgülü : DOI 10.52273/sduhfd..1473291
4. Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz Gökce : DOI 10.52273/sduhfd..1473619
5. Arş. Gör. Dr. Osman Karaköse
Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Demir : DOI 10.52273/sduhfd..1468555
6. Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu : DOI 10.52273/sduhfd..1470684
7. Dr. Öğr. Üyesi Cannur Ercan : DOI 10.52273/sduhfd..1434543
8. Dr. Öğr. Üyesi Duygu Koçak Diker : DOI 10.52273/sduhfd..1473825
9. Arş. Gör. Dr. Duygu Dağlıoğlu : DOI 10.52273/sduhfd..1459624

Kitap İncelemesi:

1. Mevlüde POYRAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1459877

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okurlar,

Hukukun her dalında özgün ve bilimsel çalışmalara yer vererek ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkı sağlama ve ayrıca hukukun köklü ve güncel sorunlarına çözüm bulmaya çalışarak hukuka hizmet etme hedefimizi yirmi iki eser ile bu sayıda da gerçekleştirdik.

Derginin bu sayısında kamu hukuku makaleleri kısmında; Prof. Dr. Berrin Akbulut'un "*Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Muhammed Emre Tulay'ın "*İsrarlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Ertuğrul Yazar'ın "*Ceza İnfaz Kurumlarında Personel-Mahpus İlişkisine Yönelik Uluslararası İnsan Hakları Standartları*" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Dr. Erçağ Metiner'in "*Koşullu Salıverme Süresinden Fazla Tutuklu Kalma Halinde CMK m. 141 Uyarınca Tazminat Ödenmesi Özelinde Tazminat Nedenleri Konusunda Beliren Sorunlar*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Rukiye Kahya'nın "*Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) ile Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Taniği Etkilemeye Teşebbüs Suçunun (TCK m. 277) Karşılaştırmalı İncelemesi*" başlıklı araştırma makalesi, Hâkim Nusret Alper Pazarcıklı'nın "*Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi ile Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi Arasındaki İşbirliği İlişkisi*" başlıklı araştırma makalesi, Samet Özdemir'in "*2017 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi İktidarın Hukuk Devleti İlkesi Aracılığıyla Sınırlandırılması Bağlamında Değerlendirilmesi*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru Mutlu'nun "*Deprem Afeti Çerçevesinde Hayvanlar ve İdarenin Sorumluluğu*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ömer Yıldırım'ın "*Kamu Tüzel Kişisi ve Kamuya Yararlı Kurum Ayrımı*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Süleyman Dost'un ve Nedime Sevde Gökeç'in "*Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Korunması ve Hukuki Temsili*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Berkant Akkuş'un "*Yapay Adaların Uluslararası Deniz Hukukundaki Statüsü*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Salih Korkmaz'ın "*İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı*" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında; Prof. Dr. Hayri Bozgeyik ve Yakup Macit'in "*Türk Marka Hukukununun AB Hukuku ile Olan İlişkisi*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Aytekin Çelik'in "*Limited Şirketlerde İki Kişilik Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sıfatının Sona Ermesinin Sonuçları*" başlıklı

araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Fatma Görgülü'nün "*Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarında (Trafik Sigortası) Enflasyon Sebebiyle Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz Gökce'nin "*Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi İmtiyazı*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Osman Karaköse'nin ve Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Demir'in "*Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu'nun "*İş Sözleşmesinin Taraplardan Birinin Ölümü ile Sona Ermesine Bağlı Hukuki Sonuçlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Cannur Ercan'ın "*Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Duygu Koçak Diker'in "*Yetkisiz Temsilci ile Hukuki İşlem Yapan Üçüncü Kişinin Korunmasına İlişkin TBK m. 41/II, 42/III ve 45 Hükümlerinin Değerlendirilmesi*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Duygu Dağlıoğlu'nun "*Konut Kirasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Taşınmazın Aile Konutu Niteliğinin Arabuluculuk Sürecine Etkisi*" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Son olarak kitap incelemesi kısmında ise Mevlüde Poyraz'ın "*Silahlandırılmış Yapay Zekâ Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk*" başlıklı çalışması yer almaktadır.

Derginin bilim dünyasına kazandırılmasına destek veren kıymetli yazarlara teşekkür ederim.

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu^(*)

Prof. Dr. Berrin AKBULUT^(**)

Öz

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu VUK m. 359/a-2'de hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu düzenleme yaparken suçun unsurlarını belirlediği gibi, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin tanımını da yapmış, içtima, iştirak ve etkin pişmanlık hükümlerine ayrıca yer vermiştir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu tarihi süreç içinde farklı şekillerde düzenleme yapılarak bugünkü halini almıştır. Dolayısıyla çalışmada önce tarihi gelişime yer verilmiş, daha sonra korunan hukuki değer açıklanmıştır. Suçun oluşması için aranan unsurlar belirtildikten sonra muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu teşebbüs, iştirak ve içtima konuları açısından değerlendirilmiştir. Kanun koyucu vergi kaçakçılığı suçlarında iştirak ve zincirleme suça ilişkin özel belirleme yaptığından içtima ve iştirak konularında özellikle bu düzenlemeler ifade edilmiştir. En son olarak da muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçunda da uygulanma imkânı olan etkin pişmanlık hükümleri belirtildikten sonra yaptırım ve muhakeme hükümleri incelenmiştir. Bu incelemeler yapılırken yargı kararlarına yer verilecek ve Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları da ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Vergi Kaçakçılığı, Yanıltıcı Belge, Gerçek Muamele, Kullanmak, Etkin Pişmanlık.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 27.05.2024.

Atıf Şekli: Berrin Akbulut, 'Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Bu Belgeyi Kullanma Suçu' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 56.

DOI: 10.52273/sduhfd..1473679.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Kon-ya, Türkiye.

E-posta: bakbulut@selcuk.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8045-2784>.

The Crime of Issuing or Using a Document That is Misleading in Terms of Its Content

Abstract

The crime of issuing or using a document that is misleading in terms of its content is regulated under Article 359/a-2 of the TPC. The legislator has defined the elements of the crime, as well as the definition of a misleading document in terms of its content, and has also included the provisions on aggregation, participation and effective remorse.

The crime of issuing or using a misleading document in terms of its content has taken its current form by being regulated in different ways in the historical process. Therefore, in the paper, first, the historical development is given and then the legal value protected is explained. After the elements required for the occurrence of the crime are stated, the crime of issuing or using misleading documents is evaluated in terms of attempt, participation and aggregation. Since the legislator has made a special determination regarding participation and chain crime in tax evasion crimes, these regulations have been specifically stated in the issues of cumulation and participation. Finally, after the effective remorse provisions, which can also be applied in the crime of issuing or using a misleading document in terms of its content, sanctions and judgment provisions are examined. While making these examinations, judicial decisions have been included and the annulment decisions of the Constitutional Court have also been expressed.

Keywords

Tax Evasion, Misleading Document, Real Treatment, Use, Effective Remorse.

Extended Summary

The crime of issuing or using misleading documents is regulated under Article 359/a-2 of the TPC (Tax Procedure Code). According to the provision, *“those who falsify or conceal the books, records and documents ... which are kept or issued in accordance with tax codes and which are obliged to be kept and submitted ... or those who issue misleading documents or use these documents shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of eighteen months to five years”*. While regulating the crime of issuing or using misleading documents in terms of their content, the legislator departed from the Turkish Penal Code system by regulating it as an optional crime in the same subparagraph with the crime of damages, destroys or conceals a genuine private document, which is accepted as a separate crime in the Turkish Penal Code (Article 208). The crime of issuing or using a misleading document in terms of its content has taken its current form by being regulated in different ways in the historical process. When the historical development is considered, it becomes clear that the legislator does not have a system in the regulation of tax evasion crimes.

In the crime of tax evasion by issuing or using misleading documents in terms of their content, it is aimed to prevent individuals from securing an unjust financial benefit, to prevent the treasury from being damaged, to protect the state’s right and authority to tax, and to prevent tax loss.

The offender of the crime under Article 359/a-2 of TPC may be a person liable for tax or a taxpayer. The crime of issuing a misleading document in terms of its content will not occur, since the document to be issued by persons who are not considered persons liable for tax or a taxpayers will be either a forged document or a document obtained illegally. The victim is everyone who constitutes the society. The subject of the crime of issuing or using misleading documents in terms of their content are documents that are kept or issued in accordance with tax codes and are obliged to be kept and submitted. The crime regulated under Article 359/a-2 of TPC is an optional crime. For this reason, if the same document issued by the person who issued the misleading document is used by the person who issued the misleading document, since the document is the same, separate crimes do not occur, and a single crime is considered to have been committed. In order for the act of use to be punished separately, the act of use must be performed by another person. No result is required for the crime to occur. It is a conduct crime. In order to violate the provision, there must be a document related to a real transaction or situation, but this document must reflect the said transaction or situation in an untrue manner in terms of nature or amount, or the document issued in this way must be used. It is different from a forged document. Because in a forged document, there is no real transaction or situation, but there is a document issued as if there were, while in a misleading document in terms of its content, there is a real transaction or situation, but there is a violation of the truth in their nature or amount. It is a crime that can be committed intentionally. The negligent form is not included. Attempt is possible. The provisions on participation set out in Articles 37-40 of the Turkish Penal Code may also be applied to the crime of issuing or using a document that is misleading in terms of its content. In Article 360 of the TPC, unlike the Turkish Penal Code, a reason requiring a reduction in the penalty is

accepted for the commission of tax evasion crimes in participation. According to the provision, if the accomplices who participate in the commission of the crime of issuing or using a misleading document in terms of its content do not have an interest in the commission of these crimes, half of the penalty to be imposed according to the provisions of participation is reduced. It is possible to commit the crime of issuing or using a misleading document in the form of a chain crime. There is a special provision in Article 359 of TPC regarding chain crimes. According to this provision, if tax evasion crimes are committed within more than one calendar year or taxation period within the scope of the execution of the same criminal decision, Article 43 of the Turkish Penal Code regarding the chain crime will be applied. There are two effective remorse provisions regarding the crime of issuing or using misleading documents. The first effective remorse provision is regulated in paragraph 2 of Article 359 of the TPC, and the second effective remorse provision is regulated in Article 359/3 and 4 of the TPC. Provided that the conditions specified in the provisions are met, the offenders are either not penalized or the penalty is reduced under Article 359/a-2 of the TPC.

Article 367 of the TPC contains provisions regarding the judgment. According to Article 367, prosecution for the crime of issuing or using misleading documents in terms of their content, which is within the scope of tax evasion crime, is subject to the condition of the legal opinion. An indictment should not be issued before the legal opinion condition is fulfilled. If an indictment is issued, the indictment must be returned. If, however, the prosecution phase has started, the court is required to issue a stay order pursuant to Article 223/8 of the Criminal Procedure Code (CPC) and wait for the legal opinion. If the condition is not met, dismissal judgement is made.

While making the above-mentioned examinations, judicial decisions will be included and the annulment decisions of the Constitutional Court on the subject will be expressed. This is because the Code No. 7394 amended the provisions that are also relevant to our subject of review, and the Constitutional Court issued two annulment decisions on these provisions within a period of 2 years.

Giriş

Hukuk, hukuki değerleri korumak için suç teşkil eden fiillere yer vermektedir. Bu fiiller Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği gibi özel ceza kanunlarında veya suç ve ceza içeren kanunlarda da hükme bağlanmaktadır. Devletin koyduğu vergi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya az yerine getirilmesi için yapılan bazı faaliyetler, yani vergi kaçırmak Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 359. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Zira verginin alınması sağlanmak isteniyorsa bunun yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Ceza da bunu sağlayan en önemli yaptırım olduğundan suç teşkil eden fiillere yer verilmiştir.

Vergi kaçakçılığı suçu vergi vermemek veya az vergi vermek için işlendiği gibi suç gelirlerinin aklanması için de gerçekleştirilmektedir. Suçtan elde ettiği geliri sanki meşru yoldan elde edilmiş gibi göstermek için şirket kurulmakta ve gerçeğe uygun olmayan şekilde mal alımı veya hizmet alımı gösterilmektedir. Aslında gerçeğe uygun olmayan bir durumla ilgili vergi verilmekte, vergi kaçırılmamakta, suçtan elde edilen gelir, ekonomiye dahil edilmekte, haksız kazanç sağlanmaktadır.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu yukarıda belirtilen nedenlerle işlenen vergi kaçakçılığı suçudur. Kanun koyucu muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçunu düzenlerken TCK'da farklı suç teşkil eden fiillerle birlikte m. 359/a-2'de seçimlik hareket olarak düzenlemiştir. Aslında bu tarz düzenleme vergi kaçakçılığı suçlarının hükme bağlanmasında esas alınmış olup uygulama ve doktrinde problemlere neden olmaktadır. Tarihi gelişim başlığındaki açıklamalardan da anlaşılabilceği gibi kanun koyucunun vergi kaçakçılığı suçlarının düzenlenmesinde bir sisteminin olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu sahte belge düzenleme ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemeyi de ayrı suçlar olarak düzenlemiş, TCK sisteminden ayrılmıştır. Yine TCK'da sahte belgeyi düzenleyen açısından özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için belgenin kullanılması gerekirken, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede suçun oluşması için kullanmak gerekmemektedir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu bağlamında (aslında vergi kaçakçılığı suçlarında) kanun koyucu, TCK'nın genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerden ayrı düzenlemelere de yer vermiştir. Bunlar iştirak ve zincirleme suça ilişkin düzenlemelerdir.

I. Genel Olarak

VUK'nin Vergi Cezaları ismini taşıyan ikinci kısmında vergi kabahatleri ile vergi suçları düzenlenmiştir. Vergi suçu ve/veya kabahati, vergi mükellefi ve vergi sorumlusu başta olmak üzere vergi ödevlisi olan kişilerin vergi kanunlarında (VUK da dahil) belirtilen usul ve şekle ya da görev ve/veya ödeve ilişkin hükümlerine ceza hukuku veya kabahatler hukuku yaptırımını gerektirecek şekilde kısmen veya tamamen aykırı davranmasıdır¹. VUK m. 331'de, vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenlerin, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Suçlar, vergi suçları bölümünde, üç maddede hükme bağlanmıştır. Bu maddelerden birinin (m. 359) başlığı "kaçakçılık suçları ve cezaları", diğerinin başlığı (m. 362) "vergi mahremiyetinin ihlali", bir diğerinin başlığı ise "mükellefin özel işlerini yapan memurlar" (m. 363) suçudur. Vergi kabahatleri ise vergi ziyai (m. 344) ve usulsüzlüktür (m. 351 vd.)

Muhteviyatı itibarıyla sahte belge düzeleme veya bu belgeleri kullanma suçu VUK'nin 359 maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarından biridir. VUK m. 359/a-2'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, "Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan ... Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, Hakkında on sekiz aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgedir". Görüldüğü gibi muhteviyatı itibarıyla sahte belge düzeleme veya bu belgeleri kullanma suçu, TCK'da (m. 208'de) ayrı bir suç olarak düzenlenen özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek suçuyla birlikte aynı bentte seçimlik olarak düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanununda düzenlenen suçlardan vergi kaçakçılığı suçu, diğer kaçakçılık suçları gibi ekonomik suç niteliği taşımaktadır. Ekonomik suçlar, eko-

¹ Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku, Genel Kısım, Vergi Kabahatleri, Vergi Suçları*, (Yetkin 2016), 104. Vergi suçu tanımları için bkz.: Serkan Açar, 'Sahte veya Muhteviyatı İtibarıyla Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları', (2005) (58) TBB Dergisi 273.

nomik düzenin işleyişine zarar veren veya tehlikeye sokan² fiillerdir³. Vergi kaçakçılığı suçları da devletin mali kaynağını etkilediğinden ekonomik düzenin işleyişine zarar vermekte veya tehlikeye sokmaktadır.

II. Tarihi Gelişim

Cumhuriyet döneminin ilk vergi usul kanunu, 1949 tarihli ve 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'dur. Bu Kanununun Ceza Hükümleri ismini taşıyan Dördüncü Kitabının Vergi Cezaları başlığını taşıyan İkinci Kısımın Birinci Bölümünün 324-328. maddelerinde⁴ kaçakçılık fiilleri düzenlenmişti. Bu kanunda kaçakçılık fiille-

² Ekonomik suçların kişiler üstü yararları koruduğu genel olarak kabul edilmektedir. Korunan hukuki yarar belirlemede ülkelerin ekonomik sistemi ya da ekonomik düzendeki farklılığı rol oynamaktadır. Bkz.: Sahir Erman, *Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti*, (İstanbul Üniversitesi 1984) 16 vd.

³ Bu dar anlamda ekonomik suçları ifade etmektedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından ekonomik suçlar yalnızca dar anlamda ifade edilmemekte, bunlarla birlikte başka suçların da yer aldığı ekonomik suç tespiti yapılmaktadır. Kişisel yararları ihlal etmekle birlikte çok sayıda işlenmeleri nedeniyle veya gerçekleştirilmelerinde ekonomik araçların kullanılması dolayısıyla ekonomik düzenin etkilenmesine yol açan davranışlar da ekonomik suç olarak nitelendirilmektedir (Klaus Tiedemann, 'Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung', (1976) (88) ZStW 233, 237. Aynı yönde; Fatih Selami Mahmutoğlu, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar* (Seçkin 2003) 38. Mahmutoğlu, ceza hukuku perspektifinden ekonomik suçun ilke olarak dar anlamda kabul edilmesinin yerinde olduğunu, ancak bireysel malvarlığına yönelik eylemler sıklıkla işleniyor ve ekonominin bütünlüğüne zarar veriyorsa geniş anlamda ekonomik suç içinde nitelendirilmelerinde de herhangi bir sakınca bulunmadığını ifade etmektedir).

⁴ "Kaçakçılığın tanımı

Madde 324 -• Mükellefin veya sorumlunun vergiyi kaçırmak kastı ile aşağıdaki şekillerde vergi ziyama sebebiyet vermesi kaçakçılıktır:

1. Çift defter kullanmak;

2. Sahte vesika tanzim etmek veya bilerek kullanmak;

3. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını veya vesikaları tahrif etmek;

4. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan tasdikli defterlerin sahifelerini yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;

5. Mevhum adlara hesap açmak ve her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

6. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defter ve vesikaları yok etmek veya gizlemek;

7. B ir takvim yılı içinde üçten fazla muameleye ait olmak ve bu muamelelerden dolayı gizlenen vergi matrahının miktarı 2 500 lirayı ve bu suretle gizlenen matraha isabet eden vergi, ödenecek verginin %10'unu aşmak suretiyle satış bedeli, ücret, komisyon, faiz, iştirak hissesi, kira bedeli gibi hasılatı bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden hiçbirinde veya beyannamede (göstermemek, (hasılatın defter veya beyannameden birinde gösterilmiş olması halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Defter tutmaya mecbur olmıyanlar hakkında yalnız beyannamede gösterilmiş olup olmadığına bakılır).

ri, vergi ziyaı ve kabahat olarak düzenlenmişti. İnceleme konumuz olan muhteviyatı itibarıyla sahte belge düzeleme veya bu belgeleri kullanma fiili kaçakçılık fiilinin tanımlandığı 324. maddede yer almamaktaydı. Kanunda suç teşkil eden fiiller ise Kanunun 338 ile 340. maddeleri arasında hükme bağlanmıştı. Suç teşkil eden fiillerin düzenlendiği 338 ile 340. maddelerde de inceleme konumuz olan suçun yer almadığı görülmektedir⁵. 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda

8. Vergilendirme ile ilgili olaylar hakkında vergi idaresince yazı ile istenilen bilgiyi idareyi yanıltacak şekilde yalan veya eksik vermek (sual ile cevabın yazılı olması veya mükellefin imzasını havi tutanakla tesbit edilmiş bulunması şarttır).

Kaçakçılıkta ceza

Madde 325 - Kaçakçılık yapan 'mükelleflere kaçırıldıkları verginin üç katı tutarında vergi cezası kesilir.

Şu kadar ki, bu ceza mükelleflerin ticari ve meslekî işlerinden dolayı tabi oldukları veya sorumlusu buldukları vergilerde:

- 1. Birinci sınıf tüccarlar için 500 liradan;*
- 2. İkinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı için 250 liradan;*
- 3. Diğer mükellefler için 50 liradan; az olamaz.*

Kaçakçılığa iştirak

Madde 326-Ayrı ayrı maddi menfaat gözetmek şartıyla birkaç kişi kaçakçılık yaptıkları takdirde bu fiili irtikap edenlerin veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanların her biri hakkında evvelki maddelerde yazılı vergi cezaları kesilir.

Kaçakçılığa teşvik

Madde 327 - Bir mükellefi kaçakçılık yapmaya azmettirenlere kaçakçılık tekemmül etmiş olmak şartıyla işlenen fiil için kanunda belli edilen ceza kesilir.

Kaçakçılığa yardım

Madde 328 - Ayrı bir menfaat gözetmemek suretiyle, kaçakçılık olduğunu bildiği bir fiilin işlenip tamamlanmasını fiiliyle kolaylaştıranlara bu fiil için kanunda belli edilen cezanın dörtte biri kesilir. 348 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak keyfiyetten ilgili makamları haberdar edenlere ceza kesilmez”

⁵ “Bilgi vermekten çekinenlerle 241 inci madde hükmüne uymayanlar

Madde 338 - 1. Yetkili makam ve memurlar tarafından 138, 139 ve 140 inci maddeler gereğince, üçüncü şahısların vergileriyle ilgili olarak istenilen defter ve vesikaları, çekinme sebebi olmaksızın, ibraz etmeyenlerden veya istenilen bilgileri vermeyenlerden;

2. 241 inci maddede yazılı mecburiyetlere, çekinme sebebi olmaksızın, uymayanlardan; hükmen 200 liraya kadar hafif para cezası alınır.

Ancak birinci fıkra gereğince istenilen bilgilerin verilmesi, (defter ve vesika ibrazı hariç) bu bilgiyi verecek olan özel müesseseler için ayrıca gider ve külfet ihtiyarını gerektirdiği takdirde bu külfet ve giderin Maliyece deruhte edilmesi şarttır.

Vergi mahremiyetinin ihlali

Madde 339 •-Bu kanunda yazılı vergi mahremiyetine uymağa mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlâl edenlere Türk Ceza Kanununun 198 inci maddesinde yazılı cezanın iki katı

18.07.1951 tarihinde 5815 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Bazı Maddeleri ile Kanuna Bağlı Cetvelde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Kaçakçılığın tanımlandığı 324. maddede de önemli değişiklik yapılmış, inceleme konumuz da dahil bugünkü kaçakçılık niteliğindeki fiiller ek madde 2'de hileli vergi suçları içinde suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun cezası da ek madde 3'te hapis cezası olarak hükme bağlanmıştır⁶. Ek madde 2'nin A-2'sinde, "sahte veya muhteviyatı itiba-

hükmlenir. Bu ceza iki aydan az olamaz. Suçları tekrür edenler bir daha Devlet hizmetinde kullanılmazlar.

Mükelleflerin özel işlerini yapan memurlar

Madde 340 - Bu kanunun altıncı maddesinin son fıkrası gereğince mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini yapmaları yasak edilen memurlardan bu yasağa aykırı harekette bulunanlar Türk Ceza Kanununun 240 ıncı maddesine göre ceza görürler. Bu hareketler kaçakçılık cezasını gerektiren bir fiile iştirak veya yardım veya o fiili teşvik mahiyetinde olduğu takdirde haklarında ayrıca bu kanunun 326, 327 ve 328 inci maddeleri hükümleri uygulanır."

⁶ "Hileli vergi suçları

Ek Madde 2 - A) 1 - Çift defter kullanmak (bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususların, vergi matrahının azalmasını tevhit edecek tarzda diğer defter v e evrakta toplanması, çift defter kullanmaktır);

2 - Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3 - Vesikaları tahrif etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika veya suretleri bilerek kullanmak;

4 - Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını tahrif etmek veya b u defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

5 - Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sahifelerini yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;

6 - Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaları yok etmek veya gizlemek (mevcudiyetleri sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter veya vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.);

7 - Bir vergilendirme dönemi içinde 5 0 0 0 lirayı aşan satış bedeli veya 2 500 lirayı aşan ücret, komisyon, faiz, iştirak hissesi, kiri bedeli gibi hasılatı bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerden hiç birinde veya beyannamede göstermemek (hasılatın b u defterlerden veya beyannameden birinde gösterilmiş olması halinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Defter tutmaya mecbur olmayanlar hakkında yalnız beyannamede gösterilmiş olup olmadığına bakılır.);

Hallerinden herhangi birisiyle (beyanname verilmiş olsun olmasın) verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesine veya noksan tahakkuk ettirilmesine sebebiyet veren kişiler;

B) Mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan gerçek ve tüzelkişilerden (kamu idare ve müesseseleri hariç) 138 inci madde mucibince istenilen bilgiyi, idareyi veya incelemeye yetkili olanları yanıltacak şekilde yalan veya eksik verenler veya tâyin edilen süre içinde ver-

riyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak” şeklinde inceleme konumuz suça yer verilmiştir. Düzenlemede sahte belge düzeleme veya kullanma ile muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma aynı bentte aynı cezayla cezalandırılmıştır.

5432 sayılı Vergi Usul Kanunu, 12 Ocak 1961 tarihinde yayımlanan ve hala yürürlükte olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’yla yürürlükten kaldırılmıştır⁷. Bu Kanunun 344. maddesinde kaçakçılık düzenlenmişse de bugünkü kaçakçılık suçunun karşılığı olmayıp, kabahat niteliğinde vergi ziyasına sebebiyet verilmesi şeklinde hükme bağlanmıştı⁸. Ancak 213 sayılı VUK’nin hileli vergi suçları başlığı

miyenler bu fıkra gereğince bilgi istenilirken yapılacak tebliğlerde, bilginin verilmesi için tâyin edilen süre ile süresinde cevap verilmediği veya yanıltıcı şekilde yalan veya eksik cevap verildiği takdirde haklarında kanunun cezai hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi şarttır);

C) (A) bendinin 1 - 7 nci fıkralarında yazılı hareketleri, verginin tahakkuku için kanunda belli edilen sürenin hülulünden önce tespit edilenler (bu hareketlerin vergi ziyamı mucip olup olmayacağına bakılmaksızın hileli vergi suçu işlemiş olurlar.

Hileli vergi suçlarında ceza

Ek Madde 3- 1- Hareketleri ek 2 nci maddenin (A) bendinin 1-6 ncı fıkralarından her hangi birisine veya (B) bendine uygun bulunanlar hakkında 1 ‘yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte cezai müddeti kadar ticaret, sanat veya meslekten memnuiyete ve masrafı hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiyetin gazete çıkan yerlerde gazete ile, gazete çıkmayan yerlerde mûtat vasıtalarla ilânına hükmolunur.

2- Hareketleri, ek 2 nci maddenin l(A) bendinin 7 nci fıkrasına veya (C) bendine uygun olanlar hakkında 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte ceza müddeti kadar ticaret, sanat veya meslekten memnuiyete ve masrafı hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiyetin gazete çıkan yerlerde gazete ile, gazete çıkmayan yerlerde mutat vasıtalarla ilânına hükmolunur”

⁷ R.G.T. ve S. 10.01.1961-10703; 11.01.1961-10704; 12.01.1961-10705.

⁸ “Kaçakçılığın tarifi

Madde 344 - Kaçakçılık, mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyama sebebiyet verilmesidir.

Aşağıda yazılı hallerden her hangi biri ile vergi ziyama sebep olan fiilde, kastin mevcudiyeti kabul edilir; mükellef veya sorumlunun itiraz ve Temyiz komisyonlarıyla Danıştayda kastının mevcut olmadığını iddia ve ispat hakkı mahfuzdur: 1. Beyan üzerinden alınan vergilerle ilgili olup yıllık olarak verilmesi gereken beyannamelerde (Münferit ve özel beyannameler dahil) toplamı on bin, diğer beyannamelerde toplamı ikibin liradan az olmamak üzere beyannamede yazılı vergi matrahının %10’unu geçen bir miktarın noksan bildirilmesi; (Beyanname dışında ayrıca bir tetkike ihtiyaç göstermeksizin beyannamede yazılı bilgilere dayanarak vergi dairesince tespiti mümkün olan noksan bildirmeler bu hükümden hariçtir.)

30 uncu maddede yazılı sebeplerle re’sen takdir olunan ve yukarda yazık hadleri aşan matrah veya matrah farkları da noksan beyan hükmündedir. Mezkûr maddenin 1 ve 2 nci bentlerinde yazılı sebeplerle yapılan re’sen takdirlerde bu hükmün uygulanması için takdir olunan matrahın on bin lirayı aşması yeter.

altında 357. maddede “Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak” şeklinde inceleme konumuz suç düzenlenmiştir. 357. madde de sahte belge düzenleme veya kullanma ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma aynı bentte seçimlik olarak hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi bugünkü kaçakçılık fiilleri 213 sayılı VUK’nin ilk şeklinde hileli vergi suçları başlığı altında düzenlenmişti⁹. 359. maddede¹⁰ ise

2. Beyana dayanmakla beraber bildirmeleri beyanname ile yapılmayan vergilendirmelerde, hiç beyanda bulunulmaması veya noksan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunulması;

3. Beyan esasına istinat eden mükellefiyetlerde beyanname verme süresi ve ek süre veya beyan esasına dayanmayan vergilerde vergilendirme dönemi ve tarh zamanı geçtiği halde ticari veya meslekî kazanç sahiplerinin kazançlarıyla ilgili faaliyetlerinin vergi dairesinin itilâı dışında bırakılması.

Kaçakçılıkta ceza

Madde 345 - Kaçakçılık yapan mükelleflere veya sorumlulara, kaçırıldıkları verginin üç katı tutarında vergi cezası kesilir.

Şu kadar ki» kesilen ceza (Veraset ve intikal Vergisi hariç):

1. Birinci sınıf tüccarlarla serbest meslek erbabı için (Kazançları götürü olarak tesbit edilen serbest meslek erbabı hariç, işletme esasında defter tutmasına müsaade edilen kurumlar dahil) 2 500;

2. İkinci sınıf tüccarlar için 1 000;

3. 1 ve 2 numaralı bentler dışında kalan mükellefler ve sorumlular için 100;

liradan az olamaz.”

⁹ “Madde 357 - Beyanname verilmiş olsun veya olmasın aşağıdaki fiillerden biri ile verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesine veya eksik tahakkuk ettirilmesine sebebiyet verilmesi hileli vergi suçudur.

1. Çift defter kullanmak (Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususların, vergi matrahının azalmasını tevlit edecek tarzda diğer defter ve evrakta toplanması, çift defter kullanmaktır.)

2. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3. Vesikaları tahrif etmek, asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler tanzim etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika ve suretleri bilerek kullanmak;

4. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtları tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

5. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sayfelerini yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;

6. Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaların yok etmek veya gizlemek (Mevcudiyetleri sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter ve vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.)

7. Bir vergilendirme dönemi içinde toplamı yirmi bin lirayı aşan satış bedeli ve beş bin lirayı aşan ücret, faiz, komisyon, iştirak kazancı, kira bedeli gibi hasılat, kazanç ve iratları bu kanu-

hileli vergi suçunun cezası düzenlenmişti. 358. maddede hileli vergi suçuna teşebbüs¹¹, 360. maddede ise hileli vergi suçuna teşebbüsün cezası¹² hükme bağlanmıştı. Daha sonra 31 Aralık 1980 tarihinde yayımlanan 2365 sayılı Kanunla 357. madde yürürlükten kaldırılmış, içeriğinde yer alan fiiller 344. maddeye alınmış ve vergi ziyayı olduğu kabul edilmiştir¹³. Ancak 359. maddede vergi ziyayı ceza-

na göre tutulması mecburi defterlerden hiç birine kaydetmemek ve beyannamede de göstermemek. (Beyanname verilmemiş olması halinde hasılat kazanç ve iratlar beyannamede gösterilmemiş sayılır)".

¹⁰ "Madde 359 - 357 nci maddede yazılı fiilleri işleyenler hakkında 345 inci maddede yazılı cezadan ayrı olarak üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ve bu kadar müddet ticaret, sanat ve meslek icrasından mahrumiyete hükmolunur. Ayrıca masraf hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiye- tin gazete çıkan yerlerde gazete ile, çıkmıyan yerlerde mütat vasıtalarla ilân edilmesine de hükmolunur".

¹¹ "Madde 358 - 357 nci maddenin 1- 6 ncı bentlerinde verginin tarhı için kanunda belli edilen sürenin girmesinden önce meydana çıkarılanlar ile vergi daireleri veya vergi incelemesi yapanlarca vâki yazılı talebe rağmen servet beyanında bulunmayanlar, bu fiillerin vergi ziyayı mucip olup olmayacağına bakılmadan, hileli vergi suçuna teşebbüs etmiş sayılırlar".

¹² "Madde 360 - Hareketlen 358 inci maddeye uyanlar hakkında bir aydan bir yıla kadar hapis cezası ve bu kadar müddet ticaret, sanat ve meslek icrasından mahrumiyete hükmolunur. Ayrıca masraf hükümlüden sonradan tahsil edilmek üzere keyfiyetin gazete çıkan yerlerde gazete ile, çıkmıyan yerlerde mütat vasıtalarla ilân edilmesine de hükmolunur".

¹³ "Madde 344. - Kaçakçılık, mükellef veya sorumlu tarafından aşağıdaki haller den birisiyle vergi ziyasına sebebiyet verilmesidir.

1. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlere kaydı gereken hususları, vergi matrahının azalmasını tevhit edecek tarzda tamamen veya kısmen diğer defter veya kâğıtlara kaydetmek;

2. Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak;

3. Vesikaları tahrif etmek, asıllarına uygun olmayan vesika ve suretler tanzim etmek veya tahrif edilmiş vesikalarla asıllarına uygun olmayarak tanzim edilmiş vesika ve suretleri bilerek kullanmak;

4. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defter kayıtlarını tahrif etmek veya bu defterlerde mevhum adlara hesap açmak veyahut her türlü hesap ve muhasebe hileleri yapmak;

5. Vergi kanunlarına göre tutulması mecburi olan defterlerin sahifelerini' yok ederek yerlerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak;

6. Vergi kanunlarına göre tutulması ve muhafazası mecburi olan defter veya vesikaları yok etmek veya gizlemek (mevcudiyetleri noterlik tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde vergi incelemesine yetkili kimselere inceleme sırasında defter ve vesikaların ibraz edilmemesi gizleme demektir.);

7. Beyan esasına dayanan mükellefiyetlerde beyanname verme süresi ve ek süre geçtiği halde, ticari, zirai veya mesleki kazanç sahiplerinin kazançları ile ilgili faaliyetlerinin vergi dairesinin ittilar dışında bırakılması;

sından ayrı olarak kaçakçılığa hapis cezası öngörülmüştür. 359. maddeye göre, 344. maddenin 1-6. bentlerinde yazılı fiilleri işleyenler hakkında 345. maddede yazılı vergi cezalarından (para cezalarını içeriyor) ayrı olarak 3 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile bu kadar müddet ticaret, sanat ve meslek icrasından mahrumiyete hükmolunacaktır. 344. maddenin 1. fıkrasının 2. bendinde ise, inceleme konumuz suç “*Sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı vesikalar tanzim etmek veya bunları bilerek kullanmak*” şeklinde düzenlenmekteydi. Dolayısıyla inceleme konumuz olan suç da hapis cezası kabul edilen suç olarak 359. madde kapsamındaydı. Daha sonra 22.7.1998 tarihli 4369 sayılı Kanunla 344. madde vergi ziyayı suçu ve cezası başlığını almış, 359. madde ise kaçakçılık suçları ve cezaları başlığıyla hükme bağlanmış, dolayısıyla bugünkü anlamıyla kaçakçılık suçları başlığıyla bağımsız suç haline getirilmiştir. Cezası da yalnızca hapis cezası olarak öngörülmüştür. Muhteviyatı itibariyle sahte belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçu 359. maddenin a-2 bendinde düzenlenmiştir. a-2 bendinde, “*muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir)*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi düzenlemede sahte belge düzenleme veya kullanma ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma fiilinin aynı bentte seçimlik olarak düzenlenmesinden vazgeçilmiştir. Ayrıca düzenlemede muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin ne olduğu tanımlanmıştır. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin kanunda ilk defa tanımlanması 4369 sayılı Kanunla olmuştur. Değişiklikle kullanmadaki bilerek kavramına da yer verilmemiştir. Suçun cezası ise 6 aydan 3 yıla kadar hapis olarak öngö-

8. Beyan üzerinden alınan vergilerle ilgili olup, yıllık olarak verilmesi gereken beyannamelerde (münferit ve özel beyannameler dahil) toplamı 150 000 diğer beyan namelerde toplamı 30 000 liradan az olmamak üzere, beyannamede yazık vergi matrahının %10'unu geçen bir miktarın noksan bildirilmesi.

(Beyanname dışında ayrıca bir tetkike ihtiyaç göstermeksizin beyannamede yazılı bilgilere dayanılarak vergi dairesince tespiti mümkün olan noksan bildirmeler bu hükümden hariçtir);

30 ncu maddede yazılı sebeplerle re'sen takdir olunan ve yukarda yazılı hadleri aşan matrah veya matrah farkları da noksan beyan hükmündedir. Anılan maddenin 1 ve 2 nci bentlerinde yazılı sebeplerle yapılan re'sen takdirlerde bu hükmün uygulanması için, takdir edilen matrahın yıllık beyannamelerde 150 000 diğerlerinde 30 000 lirayı geçmesi yeterlidir.

Vergi matrahının para birimi dışındaki, diğer birimlere göre tespiti halinde mezkûr hadlerin tayininde bu Kanunun değerlendirme hükümlerine göre bulunacak tutarlar esas alınır.

9. Yukarıdaki haller dışında kasten vergi ziyama sebep olunması.

Bu maddenin 1-6 numaralı bentlerinde belirtilen hallerde, 8 numaralı bentte yer alan had ve miktarlar aranmaz.”

rülmüştür. 23.01.2008 tarihinde 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amaçıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 359. maddede tekrar değişiklik yapılmış ve a-2 bendi "*Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;... 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselelere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir*" şeklini almıştır. Yapılan değişikliklerle ceza miktarı artırılmış, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme tanımı da parantez içinden çıkarılmıştır. VUK'nin 359. maddesinin a-2 bendinde 5904 sayılı ve 16.06.2009 tarihli Kanunla değişiklik yapılmış ve suçun cezasının alt sınırı bir yıldan on sekiz aya çıkarılmıştır. 8.04.2022 tarihli 7394 sayılı Kanunla da maddede bazı değişiklikler yapılmıştır. 7394 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 359. maddenin (a-2) bendinde yer alan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma fiilinin cezasının alt sınırı değiştirilmemiş, ancak üst sınır beş yıldan 8 yıla çıkarılmıştır. Ayrıca bu değişikliklerle 359. maddeye etkin pişmanlık ve içtimaya ilişkin bazı fıkralar da ilave edilmiştir.

III. Korunan Hukuki Değer

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma fiili m. 359'da kaçakçılık suları ve cezaları başlığı altında düzenlenmiştir. Vergi kaçakçılığı suçları, ödenmesi gereken vergilerin hiç ödenmemesi veya daha az ödenmesi için gerçekleştirilen fiillerdir¹⁴. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge

¹⁴ Duran Bülbül ve Nihat Özay, 'Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi', Gümrük & Ticaret Dergisi (2016) (7) 52, 53. Doktrinde dar anlamda ve geniş anlamda vergi kaçakçılığı suçu tanımı da yapılmaktadır: "*Vergi kaçakçılığı dar anlamıyla, vergi kanunlarını uygulamakla mükellef bulunan idarenin aldığı tedbirlerin ihlal edilerek vergi ödememek veya az vergi ödemek anlamına gelmektedir. Geniş anlamda vergi kaçakçılığı ise, vergilendirilebilir gelir veya serveti vergi idaresinin bilgisi dışında bırakmak ya da hileli hareketlere başvurarak vergi matrahının saklanması amacıyla vergi kanunlarına aykırı davranmak olarak tanımlanabilir*": Ferhat Yıldız, 'Belgede Sahtecilik İle VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması', TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (12) (48) 547, 565.

düzenleme veya bu belgeleri kullanma fiili de bu amaçla gerçekleştirilen bir suç niteliği taşımaktadır. Zira muhteva itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek, gerçek durumu göstermemek veya farklı göstermek amacıyla işlenmektedir. Örneğin bir kimse karını düşük göstermek için sattığı malın değerini düşük tutmakta veya maliyetini yüksek göstermek suretiyle karını az göstermekte dolayısıyla daha az vergi ödemektedir. Muhteviyatı itibariyle sahte belge düzenleme veya kullanma suç gelirlerinin aklanması amacıyla da yapılmaktadır. Suç teşkil eden fiilden elde ettiği geliri yasal yollardan elde edilmiş gibi göstermek için belgedeki miktar fazla gösterebilmektedir¹⁵. Bu nedenle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suretiyle vergi kaçaklığı suçu. ile, kişilerin haksız kazanç sağlama-sı, hazinenin zarara uğratılması engellenmekte, devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunmakta, vergi kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁶.

Anayasa Mahkemesine göre, *“kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi vergi yükümlülüğünün zamanında ve eksiksiz ödenmesi ile gerçekleşir. Vergi kanunlarının gereklerinin zamanında ve kurallarına uygun yerine getirilmesi ve böylece kanunların etkinliğinin ve caydırıcılığının sağlanması için vergi suç ve cezalarına”* yer verilmiştir¹⁷. Vergi suç ve cezalarında amacın, vergi kanunlarının uygulanarak vergi borçlarının tespiti, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesinin sağlanması, böylece devletin gelir kaynaklarının güvence altına alınması olduğu belirtilmektedir¹⁸.

Bazı yazarlar bu suçla kamu düzeninin bozulmaması korunmakla birlikte, asıl olarak devletin ekonomik alanda kalan kamusal düzeninin korunmasının

¹⁵ İsmet Polat, ‘Vergi Hukukunda Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi ve Kullanılması’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2004) 33 vd. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin kullanılması ve yaygınlaşma nedenleri için bkz.: Polat (2004) 36 vd.

¹⁶ Krş.: Mehmet Karaarslan, ‘Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçaklığı Suçuna Etkileri’, TBB Dergisi, (2006) (64) 115, 119-121; Hasan Mehmet Türkal, Sena Ekici ve Mahmut İnan, ‘Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesinden Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları - Kabahatleri ve Cezaları’ SÜHFD (2010) 18 (1) 45, 48; *“Vergi belgelerindeki sahteciliğin amacı; düzenleyen için komisyon almak suretiyle haksız kazanç sağlamak veya vergi doğuran faaliyetini vergi dairesi bilgisi dışında tutarak vergi ödememek; kullanan için ise gideri fazla gösterip matrahı düşürmek, dolayısıyla vergiyi az ödemek veya hiç ödememek ya da hakkı olmayan vergi iadesi veya indiriminden yararlanmaktır. Bu bağlamda, gerçeğe aykırılık olgusu olarak sahtecilik amaç değil, araçtır”*, Yargıtay CGK, 192/606, 04.10.2022.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/16 K. 2019/15, 14/03/2019, § 21; Anayasa Mahkemesi, E. 2009/21, K. 2011/16, 13/01/2011.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/31, K. 2007/11, 31/01/2007.

sağlanmak istendiğini belirtmektedirler. Ayrıca vergisini tam ve zamanında ödeyen, vergi sisteminin gerektirdiklerine uyan, hileli hareketlere başvurmadan hareket eden dürüst mükelleflerin çıkarı da korunmaktadır. Bunun dışında devletin ve vergiyle ilgili diğer tüzel kişilerin ve toplumun bütününe vergiden kaynaklanan gelirleri ve yararlarının da korunduğu belirtilmektedirler¹⁹. Bazı yazarlar ise bu suçla, devletin soyut ekonomik yararının zarar görmemesi hedeflendiği gibi kamu düzeni ve kamu güveninin bozulmamasının da korunduğunu ifade etmektedirler²⁰.

IV. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsur

1. Fail ve Mağdur

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme fiilinin hükme bağlandığı m. 359/a-2'ye göre, "*Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında ... cezasına hükmolunur*". Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma fiilinin faili ile ilgili hükümde özel bir belirleme yapılmamıştır. Suç tipinde özel belirlemenin yapıldığı hallerde ise, özgü suçtan söz edilir. Kural olarak kanuni tanımda normun muhatabı açıkça belirtilmektedir. Normun muhatabı olan, yani yapması veya yapmaması istenen kişi, kanuni tanımdan açıkça anlaşılamiyorsa, kuralın anlam ve amacına göre fail tespit edilmektedir²¹. Bazen de genel olarak formüle edilmiş fail kavramı, yorum yoluyla sınırlandırılmış adres çevresinden açığa çıkartabilmektedir. Her ne kadar düzenlemede genel ifade kullanılsa da fail açısından sınırlı düzenlemeye sahip olabilmektedir. VUK m. 359/a-2'de yer alan düzenleme de bu niteliktedir. Düzenleme genel nitelikte yazılmış olsa da fail açısından sınırlı bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Zira, belgenin

¹⁹ Mehmet Taştan, *Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları* (3. Baskı, Ankara 2022) 85.

²⁰ Demet Akdeniz, 'Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur', Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (2018) 5 (1) 90, 93; Elif Tuğçe Yetik, Vergi Ceza Hukukunda Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi ve Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2018) 60.

²¹ KKOWiG-Rengier, Vor § 8, kn. 18; Klaus Tiedemann, 'Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht', NJW (1979) (37) 1849, 1850. Kartell hukukunda fail için bkz.: Tiedemann (1979) 1849 vd.

muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olması için yasal yollardan elde edilmiş bir belge olması, sahte olarak düzenlenmemesi, buna karşılık içerik itibariyle gerçeği yansıtmaması gerektiği için belgenin kural olarak düzenleme yetkisi olan kişiler tarafından oluşturulması veya kullanılması gerekir. Bu kişiler de doğal olarak vergi mükellefi veya vergi yükümlüsü olan kişiler olabilir. Belgenin gerçek bir duruma veya muameleye dayanma zorunluluğu olduğu için, vergi mükellefi olmayan kişinin düzenlediği belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olmayıp, sahte olarak düzenlenen belge niteliği taşıyacaktır. Dolayısıyla VUK m. 359/a-2’de yer alan suçun vergi mükellefi tarafından işlenebileceği söylenebilir. Ancak adına fatura düzenlenen kişinin mükellef olması gerekmemektedir^{22,23}. Suçun failini tespit açısından belgenin niteliğine bakmak suretiyle karar vermek gerekmektedir.

Doktrinde yukarıda kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde belirleme yapan yazarlar olduğu gibi²⁴, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma fiilinin herkes tarafından işlenebileceğini kabul eden²⁵ veya düzenlemenin vergi mükellefi tarafından, kullanmanın ise herkes tarafından işlenebileceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır²⁶.

Vergi yükümlüsü veya sorumlusu sayılmayan kişilerin düzenleyecekleri belge ya sahte olarak basılmış ya da hukuka aykırı elde edilmiş belge olacağından muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge değil, sahte bir belgenin varlığından söz edilecektir²⁷.

²² Yargıtay CGK, 11-1382/124, 11.03.2014; Yargıtay CGK, 1382/124 11.03.2014.

²³ Yargıtay CGK, 1512/366, 11.07.2014. “Saniğin suça konu muhteviyatı itibariyle yanıltıcı nitelikteki faturaları, işlettiği markette çalışan elemanlarının düzenlediğini, kendisinin okur-yazar olmadığını savunması karşısında, gerçeği kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi bakımından, savunmada geçen market çalışanları ile adına suça konu faturalar düzenlenen şahıslar da dinlenmek suretiyle alışverişi kiminle yaptıkları, suça konu faturaları kimden ne şekilde aldıkları tespit edilerek gerektiğinde söz konusu faturalardaki rakam, yazı ve imzaların aidiyeti hususunda bilirkişi incelemesi yaptırılıp toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre saniğin hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile beraat kararı verilmesi”, Yargıtay 11 CD, 9483/13746, 11.07.2012.

²⁴ Taştan (n 19) 264; Ağar (n 1) 282, 283; Mustafa Özen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 12; Mehmet Yüce, Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 161.

²⁵ Karaaslan (n 16) 121.

²⁶ Yetik (n 20) 48.

²⁷ Ağar (n 1) 283.

Mükellef veya vergi sorumlusu vergiyi doğuran olayla ilgili işlerini vekil veya müdür aracılığıyla yürütüyorsa ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi bu kişiler kullanmışsa suçun faili söz konusu kişiler olacaktır. Velayet ve vesayet altında bulunan veya işlerinin idaresi bir kayyım tevdii edilmiş olanlar eğer VUK m. 359/2-a'da yer alan suçu işlemişlerse veli, vasi veya kayyım suçun faili olacaklardır (VUK m. 332).

Tüzel kişiler veya tüzel kişiliği olmayan teşekküller de vergi mükellefi veya sorumlusu olabilmektedir. Fail ancak gerçek kişi olabileceğinden tüzel kişinin fail olması söz konusu değildir. Dolayısıyla tüzel kişilerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri fail olabilecektir (VUK m. 333)²⁸. VUK m. 10'da da "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir" düzenlemesine yer verilerek bu husus vurgulanmıştır. Örneğin yönetim kurulu üyeleri, ortaklar, komenditeler, müdürler, murahhas üye, tasfiye memurları, temsil eden sıfatına sahip yöneticiler, ticari mümessil veya ticari vekiller VUK m. 359/a-2'deki suçu işleyebileceklerdir²⁹. Tüzel kişinin organında birden fazla kişinin varlığının veya tüzel kişiyi temsile birden fazla kişinin yetkili olduğu hallerde, fiil bu kişilerce iştirak halinde işlenmemişse, kim fiili işlemişse o sorumlu tutulacaktır³⁰.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma suretiyle vergi kaçakçılığı suçunda, kişilerin haksız kazanç sağlaması, hazinenin zarara uğratılması engellenmek, devletin vergilendirme hak ve yetkisi korunmak, vergi kaybının önlenmesi amaçlandığından suçun mağduru da toplumu oluşturan herkestir.

²⁸ "Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur (md. 365, 6762 sayılı mülga TTK md. 317). Kanuni temsilciler arasında görev bölümü yapılmış ise vergi kanunları kapsamında cezai sorumluluğun tespitinde mevcut iş bölümü esas alınarak, suç oluşturan fiilin hangi temsilcinin görev alanına girdiği belirlenmelidir. Suç oluşturan fiilin ayrıntılarını bilen ve oluşumunda rolü bulunan temsilcilerin cezai sorumluluğu asıldır (... Vergi Usul Kanununda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar, Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, İstanbul 2004, s. 96-99; ... Vergi Ceza Hukuku, Bursa 2013, s. 369). Nitekim VUK, tüzel kişilerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevlerin kanuni temsilcileri tarafından yerine getirileceği ilkesini getirmiştir (md. 10/1). VUK'nun 359 uncu maddesinde yazılı kaçakçılık fiillerinin işlenmesi halinde ise, bu fiiller için 359 ve 360. maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacaktır (VUK md. 333/3)", Yargıtay 19. CD, 2796/8509, 10.12.2015.

²⁹ Tüzel kişilerde fail olabilecek gerçek kişilere ilişkin olarak bkz.: Berrin Akbulut, 'Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)', AD (2023) (71) 653, 663-665.

³⁰ Taştan (n 19) 95.

2. Suçun Konusu

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun konusu, Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerdir.

VUK'nin 227 ile 243. maddelerinin düzenlendiği üçüncü kısım "Vesikalar" başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla bu Kanunda yer alan, tutulması veya düzenlenmesi ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgeler suçun konusunu oluşturduğu gibi, diğer vergi kanunlarında yer alan belgeler de tutulması veya düzenlenmesi ve saklanması ve ibraz mecburiyeti bulunması şartıyla m. 359/a-2'nin konusunu oluşturabilir. Bu belgelerden bazıları "fatura"³¹, sevk irsaliyesi, perakende satış vesikaları (perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma biletleri), gider pusulası, müstahsil makbuzu³², serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi, muhabere evrakı" şeklinde belirtilebilir³³. Yargıtay'a göre, Maliye Bakanlığının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak düzenleme zorunluluğu getirdiği belgeler de suçun konusunu oluşturabilecektir³⁴. Ancak doktrinde bazı yazarlar, belgelerin VUK m. 229-240 yer alan belgeler olması gerektiği, Maliye Bakanlığının Vergi Usul Kanununun mükerrer 257. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak düzenleme zorunluluğu getirdiği belgelerin suçun konusunu oluşturmayacağı, aksine kabulün kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedirler³⁵. Bununla beraber Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafın-

³¹ Vergi Usul Kanununun 229. maddesine göre "Fatura, satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır". Fatura hakkında geniş bilgi için bkz.: Özgür Biyan, "Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: "Eleştiriler ve Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010) (12) 27, 30 vd.

³² Vergi Usul Kanununun 235. maddesine göre "Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenler ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden satın aldıkları malların bedelini ödedikleri sırada iki nüsha makbuz tanzim etmeye ve bunlardan birini imzalayarak satıcı çiftçiye vermeye ve diğerini ona imzalatarak almaya mecburdurlar. Mal tüccar veya çiftçi adına bir adamı veya mutavassıt tarafından alındığı takdirde makbuz bunlar tarafından tanzim ve imza olunur".

³³ Belgeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Biyan (n 31) 30 vd.

³⁴ Yargıtay CGK, 1382/124, 11.03.2014.

³⁵ Bu yazarlar için bkz.: Taştan (n 19) 265, dipnot 405. Yargıtay kararlarında da bu görüş muhalefet şerhinde yer almaktadır: "VUK'nun 359. maddesinin (b) bendinde düzenlenen sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarının maddi konusu, genel olarak sahteciliğin konusu olabilen her türlü belge, hatta VUK'nun 359. maddesinin (a) ve (b) bendindeki gizleme, tahrif etme ve yok etme suçlarının konusu olabilen her türlü yasal defter ve kayıtlar değil, aynı Kanun'un

dan Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik m. 3'te, belgelerin "Fatura, Müstahsil Makbuzu, Serbest Meslek Makbuzu, Gider Pusulası, Perakende Satış Vesikaları (Perakende Satış Fişi, Makineli Kasaların Kayıt Ruloları, Giriş ve Yolcu Taşıma Bileti), Sevk İrsaliyesi, Taşıma İrsaliyesi, Yolcu Listesi, Günlük Müşteri Listesi ve Bakanlıkça kullanılması zorunlu hale getirilen belgeleri" ifade ettiği belirtilerek Maliye Bakanlığınca kullanılması zorunlu hale getirilen belgelerin de suçun konusunu oluşturabileceği açıklanmıştır.

Belgenin suçun konusunu oluşturabilmesi için vergiyi doğuran olay³⁶ ve bu olaya ilişkin muameleyle ilgili olması gerekir. Bir başka ifadeyle belgenin "gerçek bir mal alım-satımına veya hizmet ifasına" dayanmaları zorunludur³⁷. Suçun konusunu oluşturan belgelerin vergilendirmeye ilişkin olarak ve/veya vergi idaresine karşı kullanılmış olması gerekmektedir³⁸. Belge, vergilendirmeye ilişkin olmaksızın düzenlenmiş ve kullanılmışsa, VUK m. 359/a-2 oluşmaz, başka bir suç gerçekleştirilebilir (Örneğin TCK m. 207)³⁹.

Suçun konusunu oluşturan belgelerin şekil ve muhteva açısından nasıl olması gerektiği Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik m. 7'de düzenlenmiştir⁴⁰. Buna göre;

"vesikalar" başlıklı İkinci Kitap Üçüncü kısmında gösterilip, vergi kanunları uyarınca düzenleme, saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan fatura ve buna benzer, sevk irsaliyesi, perakende satış fişleri, müstahsil makbuzu (m. 229-240) gibi belgelerin sahte olarak düzenlenmesi ve kullanılmasıdır. Bu itibarla Vergi Beyannameleri ile Beyanname niteliğinde olan Ba, Bs formu gibi belgeler sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarının konusu olmadıkları gibi, YURT DIŞINDA KURULMUŞ, TAMAMEN KURULDUKLARI ÜLKE MEVZUATINA BAĞLI OLARAK FAALİYET GÖSTEREN ... ŞİRKETLERİNİN DÜZENLEDİĞİ FATURA VE BENZERİ BELGELER DE VUK'NUN 359. MADDESİNDEKİ SAHTE BELGE DÜZENLEME VE KULLANMA SUÇLARINA KONU OLAMAZLAR", Yargıtay 19 CD, 2796/8509, 10.12.2015.

³⁶ Vergiyi doğuran olay, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar (VUK m. 19).

³⁷ Yargıtay 19 CD, 2796/8509, 10.12.2015.

³⁸ Taştan (n 19) 262.

³⁹ "Saniğin, bal destekleme parası almak amacıyla ... tarafından sahte olarak düzenlenip verilen ... tarihli müstahsil makbuzunu İlçe Tarım Müdürlüğüne ibraz ederek sahte fatura kullanmak suçunu işlediğinin iddia olunması karşısında, eyleminin sübutu halinde 5237 sayılı Yasanın 207. maddesinde düzenlenen "özel belgede sahtecilik" suçunu oluşturacağı da dikkate alınarak hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, Yasaya aykırı, (... CD, 14.01.2014, ... E., ... K.)", Yargıtay 19. CD, 2796/8509, 10.12.2015.

⁴⁰ VUK m. 229 vd. maddelerinde de belirleme olmakla beraber, toplu olması nedeniyle Yönetmelik hükmü tercih edilmiştir.

"A- Faturada:

1- Mükellefin adı soyadı varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası ile faturanın seri ve müteselsil sıra numarası,

2- Faturanın düzenleme tarihine, müşterinin adına, soyadına ticaret unvanına, adresine, vergi dairesi ve hesap numarasına, satılan mallar fatura düzenlemeden önce teslim edilmişse irsaliye numarasına ilişkin bilgilere ait yerler ile malın veya işin nevi, miktarı, fiyatı ve tutarının gösterileceği sütunlar yer alacak ve bunların yazılabilmesi için yeterli aralıklar bırakılacaktır.

B- Müstahsil Makbuzunda;

1- Malı satın alan tüccar veya çiftçinin adı soyadı, unvanı, adresi ve seri ve müteselsil sıra numarası yazılı bulunacaktır.

2- Ayrıca, satın alınan malın cinsi, miktarı ve bedellinin gösterileceği sütunlar ile makbuzun tarihi, malı satan çiftçinin adı, soyadı ve ikametgâh adresinin yazılabileceği boş yerler bulunacak ve yeterli aralıklar bırakılacaktır.

C- Serbest Meslek Makbuzlarında;

1- Makbuzu vereninin adı soyadı veya unvanı, adresi, vergi dairesi ve hesap numarası ile makbuzun seri ve müteselsil sıra numarası yazılı olacaktır.

2- Müşterinin adı soyadı veya unvanı, adresi ve makbuz tarihi ile alınan paranın miktarının yazılabileceği yeterli aralıklarda boş yerler bulunacaktır.

D- Gider Pusulasında;

1- Malı satın alan veya işi yaptıran tüccarın adı soyadı veya ticaret unvanı ve adresi ile pusulanın seri ve müteselsil sıra numarası yazılmış olacaktır.

2- Pusulanın tarihi, malı satan veya işi yapanın adı soyadı veya ticaret unvanı, adresine ilişkin bilgilere ait yerler ile, satılan malın veya yapılan işin mahiyeti, cinsi ve nev'i ile miktarı ve bedeli ve iş ücretinin gösterileceği sütunlar yer alacak ve bu hususların yazılabilmesi için yeterli aralıklar bırakılacaktır.

E- Perakende Satış Vesikalarında;

1- (Değişik: RG-26/01/1989-20061) Perakende satış fişlerinde, işletme veya mükellefin adı, soyadı, vergi dairesi adı ve hesap numarası ile seri müteselsil sıra numarası yazılacaktır. Fişin düzenlenme tarihi ve alınan paranın miktarına ilişkin bilgilere ait yerler bulunacaktır.

2- Giriş ve Yolcu Taşıma Biletlerinde, işletmenin ticaret unvanı veya mükellefin adı soyadı, vergi dairesi adı ve hesap numarası yazılacak veya aynı bilgiler teslimden önce matbaa işletmesince firma kaşesi ile basılacaktır. Seri ve müteselsil sıra numarası mutlaka baskı anında yazılmış olacak, düzenleme tarihi ve alınan paranın miktarına ilişkin hususlar için yer ayrılacaktır.

3- "3100 sayılı Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun'a göre, gerekli şartları taşımayan ödeme kaydedici cihazlarda kullanılacak rulolarda; mükellefe verilecek olan kısmın ön yüzünde görülecek tarzda müteselsil sıra ve seri numarası bulunacaktır. Müşteriye verilecek her bir satış fişinin ön veya arka yüzüne gelecek şekilde "Satış Fişi" ibaresi, mükellefin adı, vergi dairesi ve hesap numarası ile ruloyu basan matbaanın adı ve adresi ve vergi dairesi hesap numarası, rulonun basıldığı tarih bulunacaktır. Ayrıca fişin düzenleme tarihine ait boş yer ayrılacaktır.

F- Sevk İrsaliyesinde;

1- İrsaliyeyi düzenleyenin adı soyadı, varsa ticaret unvanı, iş adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası, seri ve müteselsil sıra numarası yazılacaktır.

2- İrsaliyenin düzenleme tarihi, müşterinin, komisyoncunun veya aracının adı soyadı ticaret unvanı, adresi, varsa vergi dairesi ve hesap numarasının yazılacağı boş yerler olacak malın nevi ve miktarına ilişkin sütunlar bulunacaktır.

G- Taşıma İrsaliyesinde;

İrsaliyeyi düzenleyenin adı soyadı, irsaliyenin seri ve müteselsil sıra numarası yazılı olacak, malın ambara giriş tarihi, malın cinsi, malın miktarı, alınan nakliye ücreti tutarına ilişkin sütunlar ile malın kimin tarafından tevdi edildiği, tevdi edenin vergi dairesi ve hesap numarası, malın nereye ve kime gönderildiği, sürücünün adı ve soyadı, vergi dairesi ve hesap numarası, aracın plaka numarasının yazılacağı boş yerler bulunacaktır.

H- Yolcu listesinde;

1- Yolcu listesini düzenleyenin adı soyadı veya unvanı, adresi ile taşıtı işleten mükellefin adı soyadı, unvanı, adresi, vergi dairesi ve hesap numarası ve listenin seri ve müteselsil sıra numarası yazılacaktır.

2- Taşıtın plaka numarası, sefer tarihi ve hareket saati ile bilet numaraları işaretleme suretiyle yolcu sayısı ve toplam hasılat tutarının yazılacağı sütunlar yer alacaktır.

1- Günlük Müşteri Listesinde;

Listenin seri ve müteselsil sıra numarası, mükellefin adı soyadı, varsa unvanı ve adresi yazılacak, oda numaraları, müşterinin adı soyadı ve oda ücreti ile düzenleme tarihine ait sütunlar bulunacaktır.

Diğer Belgelerde;

J- ((Ek: RG-26/01/1989-20061) Bakanlıkça vergi mükellefleri tarafından kullanılması zorunlu hale getirilen belgelerde belirlenen usul ve esaslara uyulacaktır”.

Yukarıda belirtilen belgeler elektronik belge olarak da düzenlenebilmektedir (e-fatura, e-irsaliye, e-serbest meslek makbuzu, e-müstahsil makbuzu, e-gider gibi). Elektronik belge, “şekil hükümlerinden bağımsız olarak Vergi Usul Kanununa göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünü” ifade etmektedir (509 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, II). VUK mükerrer madde 242’ye göre, “Maliye ve Gümrük Bakanlığı; mükelleflere, niteliklerini belirlediği elektronik cihazları kullanırmak suretiyle belge düzenletmeye ve kullanılacak özel cihazlardan çıkarılan pulları belgelere eklemeye yetkilidir. Elektronik cihazlarla düzenlenen belgeler ile özel cihazlardan çıkarılan pulları ihtiva eden belgeler bu Kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş belge hükmündedir”. Dolayısıyla e-belge olarak düzenlenen hallerde farklı bir belge olmayıp kâğıt olarak düzenlenen belgeyle aynı hukuki niteliğe sahip bir elektronik belge bulunmaktadır (VUK Genel Tebliği). Dolayısıyla bu belgeler, gerçek muamele veya duruma dayanmakla beraber mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı düzenlenmişse VUK m. 359/a-2’deki suç oluşacaktır. Zira VUK mükerrer madde 242’ye göre, “Bu Kanunda ve diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümler elektronik defter, kayıt ve belgeler için de geçerlidir”. E-belgede bulunması gereken hususlar 509 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde gösterilmiştir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun konusunu oluşturan belgelerin yukarıda belirtilen şekil ve içeriğe sahip olması gerekir. Aksi halde suçun konusunu oluşturan belge bulunmayacak ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçu oluşmayacaktır. Zira VUK m. 227/3 gereğince, “Elektronik belge olarak

düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş” sayılmaktadır. Ayrıca ortada gerçek bir belge değil sahte bir belge bulunacaktır.

Belge suretleri veya nüshaları, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun konusunu oluşturabilecektir. Her ne kadar VUK m. 359/a-2’de, VUK m. 359/b’deki gibi suçun belgenin sureti üzerinde de işleneceğine ilişkin bir belirleme yer almamaktaysa da nitelik itibarıyla suçun işlenmesi mümkündür. Yargıtay⁴¹ ve doktrinde de aynı şekilde belirleme yapılmaktadır. Bu görüşe göre, suç belgenin suretleri üzerinde de işlenebilecek olup, yanıltıcılığın

⁴¹ “Şeker toptan ticareti yapmak üzere şahıs mükellefiyeti tesis ettiren sanık hakkında 2013 takvim yılında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında; 03.09.2013 tarihinde... plakalı kamyonun durdurulduğu, araçta 9420 kg şeker olduğunun tespit edildiği, araçtaki malların, sanık tarafından tarihsiz olarak, ... Oto Gıda Ltd. Şti. adına, 140 torba şekerle ilişkin düzenlenmiş, 030055 sayılı sevk irsaliyesine dayanarak taşındığının ve kaçak şeker olduğunun belirlenmesi üzerine vergi dairesine yapılan ihbar nedeniyle vergi incelemesi başlatıldığına anlaşıldığı; vergi tekniği raporunda, ... Oto Gıda Ltd. Şti adına düzenlenen...,..., ve ... sayılı sevk irsaliyelerinin sanıkta kalan 2. nüshalarında başlangıçta yüksek miktarda yazılan torba sayısının sonradan silinerek daha düşük miktarda yazıldığına ve söz konusu sevk irsaliyelerine dayanılarak hazırlanan faturaların, değiştirilen düşük miktardaki torba sayısına göre düzenlendiklerinin belirtilmesi karşısında, maddi gerçeğin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi bakımından; suç konusu faturaları kullanan ... Oto Gıda Ltd. Şti ile Ah... isimli mükellef hakkında karşıt inceleme raporları düzenlenip düzenlenmediği ilgili vergi dairelerinden araştırılarak, söz konusu şirket yetkilileri ve mükellef hakkında dava açılıp açılmadığı sorulup, açıldığına tespiti halinde dava dosyaları getirilip incelenerek bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dava dosyasına intikal ettirilmesi; suç konusu faturalar ile sevk irsaliyelerinin, sanık ile kullanıcılar arasında gerçekleşen mal alım satımının mahiyetine, miktarına, tarihine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğinin belirlenmesi için; mal ve para akışını gösteren sevk ve taşıma irsaliyelerinin, teslim ve tesellüm belgelerinin, bedelinin ödendiğine ilişkin ticari teamüle uygun ve kanıtlama yeterliliği olan banka hesaplarının ve kasa mevcuduyla uyumlu geçerli belgelerin; faturaları kullananlara ait belgelerin getirilmesi ve sanığın defter ve belgeleri ile kullanıcıların ticari defterleri ve belgeleri üzerinde karşılıklı bilirkişi incelemesi yaptırılması; muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme suçunun konusunun, 213 sayılı VUK’nin 229-240 maddelerinde sayılan, mal ve hizmet alım satımına ilişkin olarak düzenlenmesi öngörülen belgeler olduğu, söz konusu maddelerde sevk irsaliyelerinin, de belirtildiği; suçun, alış verişe konu mal veya hizmeti temsil eden belgede, işin mahiyeti, miktarı veya tarihi gibi unsurlarda gerçeğe aykırı bilgilere yer verilmesi ya da gerçek bilgilerin değiştirilmesi ile işlenebileceği, belgenin, alt ve üst nüshaları ile birlikte yanıltıcı şekilde düzenlenebileceği gibi sadece alt veya üst nüshasının da yanıltıcı biçimde düzenlenebileceği veya bunlardan birinin sonradan yanıltıcı hale getirilmiş olabileceği göz önünde bulundurulurken, toplanan delillerin sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, sevk irsaliyelerinin kayda esas belge olmadığı ve vergi kaybına sebebiyet vermediği şeklindeki yanılgılı değerlendirme ile hüküm kurulması, yasaya aykırı”, Yargıtay 11 CD, 12879/9920, 23.12.2019.

belgenin aslında veya suretinde olmasının önemi bulunmamaktadır⁴². Yargıtay'ın sahte belge düzenleme suçunun bulunduğunu kabul ettiği kararları da bulunmaktadır⁴³. Ceza hukuku doktrininde ise, TCK'da düzenlenen belgede sahtecilik suçlarında belgenin suretinin, kopyasının içerdikleri irade beyanını bir kişiye izafe etmeye elverişli olmadıkları, belge olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁴.

3. Fiil

a. Genel Olarak

VUK m. 359/a-2'de düzenlenen suçun oluşması için vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmesi veya yanıltıcı olarak düzenlenen bu belgelerin kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle de suçun fiil unsuru belgelerin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenmesi veya bu belgelerin kullanılması oluşturmaktadır.

VUK m. 359/a-2'de düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suçtur. VUK m. 359/a-2 düzenlemesi "Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar" hükmüyle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme ile bu belgeyi kullanmayı seçimlik hareketli suç olarak düzenlemektedir. Seçimlik hareketlerden biri muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek diğeri de düzenlenen bu belgeyi kullanmaktır. Söz konusu hareketlerden birinin yapılması suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Seçimlik hareketli suçlarda, seçimlik hareketlerden birinin veya hepsinin gerçekleştirilmesinde de konu aynı olmak şartıyla suç bir defa işlenmiş kabul edilmektedir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun oluşması için düzenlemede bir neticenin gerçekleşmesi aranmamıştır. Hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Dolayısıyla VUK m. 359/a-2'de düzenlenen suç, sırf hareket suçu niteliği taşımaktadır.

⁴² Taştan (n 19) 265, 266.

⁴³ "Sağın OYAK Genel Müdürlüğü'ne düzenlediği 02.12.2003 tarihli faturanın kendisinde kalan dip koçanında, bedelin eksik ve muhatabın farklı yazıldığına anlaşılmasına göre, faturanın sahte olduğunun kabulü gerektiği gözetilmeden, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması", Yargıtay 11 CD, 7512/5975, 12.05.2012.

⁴⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin 2022) 838; Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları* (5237 s.lı TCK. m. 204-212) (2. Baskı, Turhan Kitapevi 2010) 50.

Bu suç aynı zamanda soyut tehlike suçu niteliğindedir. Suçun oluşması için bir zararın gerçekleşmesi, vergi kaybının oluşması veya somut tehlikenin varlığı aranmamaktadır⁴⁵. Ancak somut olayda fail tarafından vergi kaçırılmışsa bu husus TCK m. 61 gereğince cezanın tespitinde ve vergi ziyasına ilişkin idari para cezasının tespitinde göz önüne alınacaktır. VUK'da 4369 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik önce, inceleme konumuz olan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun cezası belirlenirken hem 345. maddede yazılı ceza uygulanmakta hem de ayrıca üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilmekteydi. 345. maddeye göre ceza ise, kaçırıkları verginin üç katı tutarında uygulanmaktaydı. Dolayısıyla 4369 sayılı Kanun değişikliğinden önce muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeleri kullanma suçunun cezası açısından kaçırılan vergi, bir başka ifadeyle vergi kaybı önem taşıdığından bir zarar suçunun söz konusu olduğu belirtilmelidir.

b. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlemek

Arapça kökenli bir kavram olan muhteviyat, bir şeyin içeriğini oluşturan unsurlar, içerik, kapsam, mahiyet anlamında kullanılmaktadır⁴⁶. Yanıltıcı ise, yanıltma özelliği olan, sofistike olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Ancak kanun koyucu muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin ne olduğunu belirleme işini uygulamaya ve doktrine bırakmamış, kendisi tanımlamıştır. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin ne anlama geldiği m. 359/a-2'nin son cümlesinde ifade edilmiştir. Buna göre, "*Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir*". Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi bu hükmün uygulanması için gerçek muamele veya duruma⁴⁸ ilişkin bir belge olacak, ancak bu belgenin söz konusu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtması gerekecektir. Belge, gerçek muamele veya duruma dayanmıyorsa ortada sahte belge olacağından VUK m. 359/a-2 kapsamına giren bir fiil söz konusu değildir.

Gerçek bir muamelenin miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde belgeye yansıtılması, "belge konusunun adet, miktar, fiyat veya tutar yönlerinden eksik

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 04/11/2021, E. 2019/4 K. 2021/78, § 16.

⁴⁶ <<https://www.milliyet.com.tr/egitim/sozluk/muhteviyat-ne-demek-muhteviyat-tdk-sozluk-anlami-nedir-6566275>>.

⁴⁷ <<https://sozluk.gov.tr>>.

⁴⁸ Muamele veya durum kavramları için bkz.: Akbulut (n 29) 667.

veya fazla gösterilmesidir. Örneğin 50 adet satılan gömleğin 30 adet, 100 liradan satılan bir malın 20 liradan satılmış gibi” veya 5 ton alınan buğdayın 2 ton gibi gösterilmesi halinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge bulunmaktadır. **Gerçek bir muamelenin mahiyet itibariyle gerçeğe aykırı şekilde belgeye yansıtılmasında ise**, “satılan mal veya hizmetin cinsinin ve muamele tarihinin farklı gösterilmesi söz konusudur. Örneğin deri ceket satıldığı halde faturada kumaş ceket satıldığına veya mal yeni mali yılda satıldığı halde kapanan mali yılda satıldığına gösterilmesi” bu niteliktedir⁴⁹. Ya da baz yağ satın alındığı halde madeni yağ almış gibi düzenlenen fatura VUK m. 359/2-a kapsamındadır⁵⁰.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemede, yukarıda belirtilen şekillerde davranılmak suretiyle bir kısım faaliyet belgelendirilmemekte, vergi dairesinin bilgisinden kaçırılmakta veya faaliyetin mahiyeti değiştirilerek beklenen yarar sağlanmakta, vergi dairesi hataya düşürülerek kandırılmakta, dolayısıyla vergi kaçırılmaktadır⁵¹. Doktrinde yanıltıcı belge düzenlemenin, yalnızca mal veya hizmet değerinin gerçeğinden daha az veya daha çok gösterilmesinde söz konusu olmayıp, aynı zamanda alıcısı, satıcısı, tarihi ve seri numarası tahrif edilmiş belgeler şeklinde de gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁵². Gerçek bir ilişkiyi yansıtan belgelerin üzerindeki bilgilerin doğru olmaması halinde de yanıltıcı belgeden söz edilebileceği ifade edilmektedir⁵³. Ancak bunun doğru ol-

⁴⁹ Yargıtay CGK, 1512/366, 11.07.2014; Yargıtay CGK, 1382/124, 11.03.2014; Yargıtay 11 CD, 4870/667, 14.02.2023 (satın alınmayan mal veya hizmet için alınmış gibi fatura düzenlenmesi halinde belgelerin sahte olarak kabul edilmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, mükellef şirketin sentetik tiner imalatında kullanmak üzere ithal ettiği ham maddeleri sentetik tiner imalatında kullanmadan, başka mükelleflere belgesiz olarak teslim edip, tiner üretip satıyormuş gibi sahte fatura düzenleyicisi oldukları yönünde raporlar bulunan mükelleflere sentetik tiner satışına ilişkin fatura düzenlediklerinin iddia olunması sebebiyle, sanığın eylemlerinin 213 sayılı Kanun’un 359 uncu maddesinin (b) fıkrasında düzenlenen zincirleme şekilde sahte belge düzenleme suçunu oluşturacağı. gözetilmeden, 2011 takvim yılı için sahte fatura düzenleme ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulması, 2012 takvim yılı için de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçundan mahkumiyet hükmü kurulması nedeniyle temyize konu kararlar hukuka aykırı bulunmuştur, 11. CD, 4870/667, 14.02.2023).

⁵⁰ Yargıtay 11 CD, 8004/7496, 29.09.2021.

⁵¹ Yargıtay CGK, 1382/124, 11.03.2014; Yargıtay CGK, 1512/366, 11.07.2014.

⁵² Yüce (n 24) 158, 159.

⁵³ Hatice Yurtsever, ‘Kritik Kontrol Noktası Analiziyle Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge Ayırımı’, Maliye Dergisi, (2009) (156) 141, 144; Seda Yağmur Sümer, ‘Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarında Manevi Unsur’, Ankara Barosu Dergisi, (2023) (1) 149, 159; Taştan (n 19) 266; Karakoç (n 1) 288. Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Yargıtay CGK, 1382/124, 11.03.2014 kararındaki belirlemesi.

madığı belirtilmelidir. Zira belirtilen hallerde gerçek bir muamele veya duruma dayanmaktan bahsedilemeyecektir. Yanıltıcı belge düzenlemek için gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte mahiyet ve miktarın gerçeği yansıtmadığı bir belge olması gerekir. Bir başka ifadeyle gerçek bir muamele veya durumun muhteviyatının yanıltıcı hale getirilmesi, üzerindeki bilgilerin doğru olmamasıyla değil ancak muamele veya durumun mahiyet veya miktarının gerçeğinden daha az veya daha çok gösterilmesiyle mümkün olabilir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme açısından kanun koyucu fikri sahteciliği cezalandırmak istemiştir. Fikri sahtecilikte belge sahit olmakla beraber içeriği doğru değildir⁵⁴. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemeye ilişkin Yargıtay'ın kabulü de bu yöndedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararına göre, yanıltıcı belgede, gerçek bir muamele veya durum olmakla beraber, bunların mahiyet ve miktarında gerçeğe aykırılık vardır. Dolayısıyla belgesiz yapılan alım ve hizmetlerin başka bir mükellefin belgesiyle veya sahte belgeyle belgelendirilmesi halinde gerçek bir muamele veya duruma dayanan belge bulunmamaktadır⁵⁵. Belgenin gerçek muamele veya duruma dayanması, ancak şekil eksikliğinin bulunması halinde VUK m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme suçu oluşmayıp, TCK'daki belgede sahtecilik suçları açısından değerlendirme yapılmalıdır. Zira VUK m. 359/b'de yer alan suçun oluşması için belgenin içerdiği işlemin veya durumun gerçek olmaması, yani sahte olması gerekmektedir. VUK m. 359/b'de içerik sahteciliği esas alınmakta olup şekil denetim zorunluluğu aranmamaktadır⁵⁶. Yargıtay Ceza Dairesi de "*Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, 213 sayılı VUK'nun 359/a-2. maddesinde düzenlenmiş olup, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir şeklinde tanımlanmış, dairemiz kararlarında da VUK'nun 359/a-2. maddesi, gerçek bir muamelenin miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde belgeye yansıtılması, belge konusunun adet, miktar, fiyat ve tutar yönlerinden eksik veya fazla gösterilmesidir şeklinde*"⁵⁷ belirleme yapmaktadır. Dolayısıyla adet, miktar, fiyat ve tutar yönlerinden herhangi bir problem olmayan bir belge muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge suçunu oluşturmayacaktır. "*Alıcının adı, unvanı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, vergi kimlik numarası ve ad-*

⁵⁴ Hasan Tahsin Gökcan, 'Resmî Belgede Sahtecilik Suçu', Ankara Barosu Dergisi, (2009) (67)(3) 107.

⁵⁵ Yargıtay CGK, 433/575, 22.09.2022. Aynı yönde Yargıtay CGK, 1382/124, 11.03.2014.

⁵⁶ Aksine düşünce için bkz.: Yurtsever (n 53) 143, 144.

⁵⁷ Yargıtay 11 CD, 6862/2143.

resi gibi bilgilerin gerçeğe aykırı olması”, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme suçu teşkil etmeyecektir. Yanıltıcı belge için gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte mahiyet ve miktarın gerçeği yansıtması gerekmektedir. VUK m. 359/a-2 düzenlemesi açık olup, taraflarla ilgili farklı belirlemelerin yapıldığı belgenin 359/a-2 kapsamında nitelendirilip, hükmün kapsamına girmeyen hususlarının hükmün kapsamına sokulmaya çalışılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Zira kanunilik ilkesi gereğince suç ve ceza içeren hükümlerde dar yorum yapılması gerekli olup, kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılması kabul edilmemektedir. Taraflarla ilgili bilgilerin yanlış yazılması, ortada gerçek bir belgenin olmadığı, aksine sahte bir belgenin bulunduğu sonucunu doğurur.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı gibi VUK m. 359/b’de düzenlenen sahte belge düzenlemek ile muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek fiili birbirinden farklıdır. Sahte belgede, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge söz konusudur. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede ise, gerçek muamele veya durum mevcut olmakla birlikte bunların mahiyet veya miktarında gerçeğe aykırılık bulunmaktadır⁵⁸.

⁵⁸ Yargıtay 11 CD, 575/2053, 10.02.2022; Yargıtay 11 CD, 9937/7891, 06.10.2021. “213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde; “Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge” şeklinde tanımlanmış olduğu, gerçek bir muamelenin miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde belgeye yansıtılması ya da belge konusunun adet, miktar, fiyat veya tutar yönlerinden eksik veya fazla gösterilmesi halinde “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin” söz konusu olacağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde tanımlanan sahte belgenin “gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen” belgeler olduğu, satın alınmayan mal veya hizmet için alınmış gibi fatura düzenlenmesi halinde belgelerin kabul edilmesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, 2010 ve 2011 takvim yıllarında temin edilen white spirit ve toluen maddesini sentetik tiner imalatında kullanılmadığı halde tiner üretip satıyormuş gibi görünmek için 2010 yılında KDV hariç 51.044,59 TL tutarında muhteviyatı itibariyle 11 adet yanıltıcı belge, 2011 yılında KDV hariç 8.419,34 TL tutarında muhteviyatı itibariyle 2 adet yanıltıcı belgeyi gerçek bir ticari ilişkiye dayanarak düzenlendiğinin tespit edilmesi halinde, sanıkların eylemlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359/a-2 maddesi uyarınca “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme” suçunu oluşturabileceğinin gözetilmemesi”, Yargıtay 11 CD, 16213/8667, 17.05.2022; “a) Sanık hakkında, ... (II) No.lu Değerlendirme Komisyonu’nun mütalaası ve ekindeki vergi inceleme raporuna uygun olarak “2008 takvim yılında sahte belge kullanma” suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açıldığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 359/b. maddesinde düzenlenen “sahte belge kullanma” ile 359/a-2. maddesinde düzenlenen “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma” suçlarının birbirinden farklı ve bağımsız suçlar olduğu, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunun oluşabilmesi için taraflar arasında gerçek bir mal veya hizmet alışverişinin bulunması, ancak alışveriş miktar veya mahiyetinin gerçekte olduğundan farklı gösterilmesinin gerektiği, somut olayda ise hakkında sahte fatura düzenlemekten. dolaylı vergi inceleme raporu düzenlendiği belirtilen ... Metal San. ve Tic. Ltd. Şti.

Kısmen sahte belge ile muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge de aynı anlama gelmemektedir. Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgede, gerçek muamele veya durum mevcut olmakla birlikte bunların mahiyet veya miktarında gerçeğe aykırılık söz konusuysen, kısmen sahte belgede gerçek muamele veya durum yanında gerçek olmayan muamele veya durum da bulunmaktadır⁵⁹. Düzenlenen belgede satın alınmış kozmetik ürünle birlikte satın alınmayan kozmetik ürünlere de yer verilmesi söz konusudur.

E-belgede yapılacak olan gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeği yansıtmayan düzenlemeler VUK m. 359/a-2 de yer alan suç oluşturacaktır. Bu halde TCK m. 244 uygulanmayacak, özel norm olan VUK m. 359/a-2'un uygulanması gerekecektir.

Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek suçunun oluşması için mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı olarak düzenlenme yeterlidir. Herhangi bir vergi kaybının yaşanması gerekmemektedir⁶⁰. Ayrıca suçun oluşması için TCK m. 207'deki gibi düzenlenen belgenin kullanılması da aranmamış⁶¹, kullanmak seçimlik hareket olarak hükme bağlanmıştır. Bu şekilde vergi

ile sanığın yetkilisi olduğu şirket arasında bu şekilde gerçek bir alışverişin bulunmadığının iddia olunması sebebiyle, sanığın eyleminin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığa düşülerek sanık hakkında VUK'nin 359/a-2. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulması", Yargıtay 11. CD, 90922/2800, 08.06.2020; "2-Sanık hakkında, Trabzon Vergi Dairesi Başkanlığı'nın mütalaası ve ekindeki vergi inceleme raporuna uygun olarak "2011 takvim yılında muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma" suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açıldığı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b. maddesinde düzenlenen "sahte belge kullanmak" ile 359/a-2. maddesinde düzenlenen "muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma" suçlarının birbirinden farklı ve bağımsız suçlar olduğu, muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanma suçunun oluşabilmesi için taraflar arasında gerçek bir mal veya hizmet alışverişinin bulunması, ancak alışveriş miktar veya mahiyetinin gerçekte olduğundan farklı gösterilmesinin gerektiği, somut olayda ise hakkında sahte fatura düzenlemekten dolayı vergi inceleme raporu düzenlendiği belirtilen Mega Grup Petrol Nakliyat İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Arifağaoğulları Petrol Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti. ile sanığın yetkilisi olduğu şirket arasında bu şekilde gerçek bir alışverişin bulunmadığının iddia olunması, sebebiyle, sanığın eyleminin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359/b. maddesinde düzenlenen sahte belge kullanmak suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, suç vasfında yanılığın sonucu "muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı fatura kullanma" suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 11 CD, 9685/2811, 22.03.2021.

⁵⁹ Yargıtay CGK, 11-153/641, 18.10.2022; Yargıtay CGK, 192/606, 4.10.2022; Yargıtay CGK, 334/576, 22.09.2022.

⁶⁰ Yargıtay 11. CD, 27371/12257, 20.06.2014.

⁶¹ Özel belgede sahtecilik suçu için bkz.: Hasan Tahsin Gökcan, 'Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)', Ankara Barosu Dergisi, (2010) (68)(1), 209 vd.

kaçırılması fiillerinin önemi vurgulanmış, ayrı cezalandırma kabul edilmiştir. Özel belgede sahtecilik açısından sahte belgenin düzenlenmesini gerçekleştiren kişinin bunu kullanması suçun oluşması için aranırken, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede suçun oluşması için yanıltıcı belgenin yalnızca düzenlenmesi yeterlidir. Ayrıca yanıltıcı belgeyi düzenleyen bunu kullanması gerekmemektedir. Kullanmışsa da ayrı bir suç oluşmamaktadır. Özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği TCK m. 207’de düzenleyen kişi dışında başka birinin kullanması ayrı fıkrada hükme bağlanmış (f. 2) iken VUK m. 359/a-2’de seçimlik hareket kapsamında cezalandırılan bir fiil niteliği taşımaktadır.

c. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Olarak Düzenlenen Belgeyi Kullanmak

VUK m. 359/a-2’de diğer seçimlik hareket, “bu belgeleri kullananlar” şeklinde belirtilmiştir. Bu belgeleri kullanmak, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı olarak düzenlenen belgenin kullanması anlamına gelmektedir.

Belgenin kullanılması, belgeden belli amaçla yararlanılması anlamına gelmektedir⁶². Kullanmak için belgenin hukuki sonuç doğurmasına yönelik hareket etmek gerekmektedir⁶³. Sahte belgenin bir hukuki işlem tesisine dayanak olarak gösterilmesi gerekmektedir⁶⁴. VUK açısından belgenin kullanılması, vergilendirmeye ilişkin olarak ve/veya vergi idaresine karşı kullanılmış olmasını ifade etmektedir. Vergi idaresi dışında başka makama sunulması VUK m. 3559/a-2 kapsamında olmayıp, TCK anlamında belgede sahtecilik suçu kapsamındadır⁶⁵. Belgenin kullanılmış sayılması için deftere kaydedilmesinin yeterli olup olmadığı, ayrıca belgenin vergi dairesine verilmesinin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, kullanmanın söz konusu olması için belgenin VUK gereğince tutulması ve muhafazası zorunlu defterlere kaydedilmesinin yeterli olduğunu belirtmektedirler. Bu yazarlara göre, suçun oluşması için vergi kaybı aranmadığından, deftere kaydedilmesiyle tehlike ortaya çıkacağından kullanma gerçekleşmiş sayılır⁶⁶. Bazı yazarlar ise, belgenin kullanılmış sayılması için deftere kaydedilmesinin yeterli olmadığını, ayrıca dahil edildiği beyannamenin vergi

⁶² <<https://sozluk.gov.tr>>.

⁶³ Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu Güvenine Karşı Suçlar*, (Alfa Yayınları 1996) 526.

⁶⁴ Gökçen (n 44) 128.

⁶⁵ Yargıtay 11. CD, 11723/246, 26.01.2006.

⁶⁶ Onur Özcan, *Vergi Suçları*, (Seçkin 2015) 192; İbrahim Bayar, *Vergi Kaçakçılığı*, (Mali Akademi 2013) 151.

daairesine verilmesi gerektiğini de ileri sürmektedirler⁶⁷. Kanaatimizce kullanmak için, belgenin hukuki sonuç doğuracak şekilde hareket etmek gerektiğinden belgenin yalnızca deftere kaydedilmesi yeterli olmayıp, dahil edildiği beyannamenin vergi dairesine verilmiş olması da gerekmektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi seçimlik hareketli suçlarda, aynı kişi tarafından seçimlik hareketlerden sadece birinin yapılmasında da hepsinin gerçekleştirilmesinde de konu aynı olmak şartıyla tek suç işlenmiş kabul edilmektedir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenleyen kişi tarafından düzenlenen aynı belgenin kullanılması halinde belge aynı olduğundan ayrı suç oluşmaz, tek suç işlenmiş kabul edilir⁶⁸. Hem düzenleyen hem kullanan aynı kişi ise tek bir VUK m. 359/a-2 gerçekleşir. Aynı kişi tarafından aynı konuda seçimlik hareketin birkaçının veya hepsinin gerçekleştirilmesi sadece TCK m. 61 gereğince cezanın tespitinde göz önüne alınacaktır. Aynı kişinin farklı muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeleri kullanmasında ise tek suç söz konusu olmayıp, ayrı suçlar gerçekleştirilmiş olacaktır.

Seçimlik hareketli suçlarda kullanma hareketinin ayrıca cezalandırılması için kullanma hareketinin başka bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenleyen ile bu belgeyi kullanan farklı ise düzenleyen ve kullanan kişinin her ikisi de VUK m. 359/a-2'den ayrı ayrı sorumlu olur. Örneğin X işletmesi Y işletmesine 300 metre kumaş satmasına rağmen faturayı 600 metre olarak düzenlemesi durumunda X işletmesi muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme, Y işletmesi ise kullanması şartıyla muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma suçunu işlemiş olacaktır⁶⁹.

Seçimlik hareketli suçlarda hareketlerden biri gerçekleştirilmek suretiyle haksızlık oluşturulmuşsa (VUK m. 359/a-2 işlenmişse), bu hareketin yapıldığı zaman suçun işlendiği zamandır. Hareketin yapılmaya başlanmasıyla tamamlanması arasında geçen zaman fiilin işlendiği zamandır. Eğer seçimlik hareketlerden birkaçı gerçekleştirilmiş ve bu hareketler aynı suçu oluşturuyorsa suçun işlendiği zaman ilk hareketin yapılması ile en son hareketin tamamlanması arasında geçen zamandır. Sadece en son hareketin yapıldığı zamanın dikkate alınması doğru değildir.

⁶⁷ Taştan (n 19) 264.

⁶⁸ Bkz.: Süheyl Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, (Beta 2008) 138; Taştan (n 19) 71.

⁶⁹ Yüce (n 24) 158.

B. Manevi Unsur

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli şekline yer verilmemiştir. Suç tipinde amaç veya saike, hukuka aykırılığa ve bilmeye ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kasta da işlenebilir.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme fiili açısından kişinin kastından bahsedebilmek için gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge düzenlediğini veya bu şekilde düzenlenen belgeyi kullandığını bilmesi gerekmektedir. Bilmediği durumda hata hükümleri (TCK m. 30/1) uygulanacak ve kişinin kastından bahsedilemeyecektir. Suçun manevi unsuru sübjektif bir unsur olmakla birlikte kişinin kastının bulunduğu somut olaydaki tüm objektif ve sübjektif unsurların değerlendirilerek ortaya konması gerekir. Doktrinde, sahte belge/muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgede kastın tespiti bakımından, “belgeyi düzenleyen faaliyetinin konusu, ödemenin şekli, mükellefin vergi ödeme gayretleri, sattığı mal/hizmet bakımından organizasyonu ve sahip olduğu ekipmanlar, yapılan alımların analizi, yapılan üretim ve iş hacmi, belgenin toplam alışlar içerisindeki yeri, belgenin kullanım sıklığı, belgenin değer olarak yüksekliği, kredi kullanıp kullanılmadığı, vergi ödevlerinin yerine getirilmesindeki özen, alım/satım ilişkisinde olunan kişiler nezdinde yapılan karşıt inceleme ve tutanaklar, sermaye miktarı ve çalışan sayısı gibi birçok hususun” dikkate alındığı belirtilmektedir⁷⁰.

Kullanmanın ayrıca cezalandırılması için hem kullanılan belgenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge olması hem de düzenleyen dışında başka bir kişi tarafından kullanması gerektiğinden kullanan kişinin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı bir belgeyi kullandığını bilmesi gerekmektedir. Bilmediği durumda ise hata hükümleri (TCK m. 30/1) uygulanacak ve kişinin kastından bahsedilemeyecektir. Kanun koyucu suç tipinde bilerek ifadesine yer vermediğinde olası kasta da işlenebilmesi mümkündür. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma fiilinde, 4369 sayılı Kanun değişikliğinden önce kullanmanın bilerek gerçekleştirilmesi aranmaktaydı⁷¹. 4369 sayılı Kanunla bilerek

⁷⁰ Sümer (n 53) 170, 171; Akdeniz (n 20) 101.

⁷¹ Bilerek kavramının metinden çıkarılması değişik tartışmaların yaşanması sonucunu doğurmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akdeniz (n 20) 98, 99.

ifadesi çıkarıldığı için suçun olası kastla işlenmesi de mümkün hale getirilmiştir. Ancak doktrinde bilerek kavramının metinden çıkarılmasıyla, bu suç açısından kast unsurunun aranmamasının hedeflendiği belirtilmiştir⁷².

VUK m. 359/2-a'da düzenlenen fiilin taksirli şekline Kanunda yer verilmediğinden hata halinde failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

Bir kimsenin açık veya örtülü rızası üzerine onun adına belge düzenlendiğinde TCK hükümleri gereğince suçtan cezalandırılma kabul edilmemektedir. Ancak cezalandırma nedeninin ne olduğu konusunda doktrinde farklı belirlemeler bulunmaktadır. Bazı yazarlar tarafından fail sahtecilik kastıyla hareket etmediği için suçun oluşmadığı ileri sürülmektedir⁷³. Bazı yazarlar tarafından ise, bu halde hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın bulunduğu ifade edilmektedir⁷⁴. Yargıtay tarafından ise ilgisinin bilgisi ve rızası çerçevesinde hareket edilen hallerde zarar verme bilinci ile hareket edilmediğinden sahtecilik kastının bulunmadığı kabul etmektedir⁷⁵. Bu belirlemelerin muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemede anlam ifade etmeyeceği belirtilmelidir. Zira bu suç, kişilerin haksız kazanç sağlamasını, hazinenin zarara uğratılmasını engellemek, devletin vergilendirme hak ve yetkisini korumak, vergi kaybını önlemek için kabul edildiğinden ilgili kişi rıza gösterse bile VUK m. 359/a-2 oluşacaktır. VUK m. 359/a-2 gereğince, düzenlenen belge gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde gösterdiği için, belirtilen durumlarda da yanıltıcı belgenin varlığı söz konusu olacaktır.

C. Hukuka Aykırılık

VUK m. 359/a-2'de yer alan muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçu açısından hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. TCK'da düzenlenen meşru savunma ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin uygulanması, bu suç bireysel değerleri korumadığı için mümkün değildir. Diğer iki nedenin de (hakkın kullanılması ve kanun hükmünün yerine getirilmesi) VUK m. 359/2-a açısından uygulanması söz konusu olmayacaktır.

⁷² Bu görüşler için bkz.: Sümer (n 53) 163-166.

⁷³ Koca ve Üzülmöz (n 44) 890, 891.

⁷⁴ Gökçen (n 44) 465, 466.

⁷⁵ Yargıtay 11 CD, 7078/4923, 08.06.2021; Yargıtay 11 CD, 8425/617, 06.02.2008.

V. Teşebbüs, İştirak, İçtima

A. Teşebbüs

Doktrinde muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedirler⁷⁶. Bazı yazarlar düzenleme fiili açısından teşebbüsün mümkün olmadığını kabul ederken, kullanma fiili açısından teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmektedirler⁷⁷.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunda hem düzenlemek hem de kullanmak fiili açısından teşebbüsün mümkün olduğunu düşünüyoruz. Suç, sırf hareket suçu olmakla beraber teşebbüs gerçekleşebilir. Muhteviyatı itibariyle sahte belge düzenlemekle birlikte suç tamamlanmakla birlikte düzenlemek için icra hareketlerine başlayan kişinin icra hareketlerini tamamlayamaması halinde suç teşebbüs halinde kalacaktır. Örneğin müstahsil makbuzu düzenleyen alıcının fiilinin satıcı tarafından fark edilmesi ve müdahale edilmesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Aynı şekilde kullanma hareketi açısından da teşebbüs söz konusu olabilecektir. Örneğin beyanname satıcı tarafından vergi dairesi yetkilisine verilmek üzereyken engel olunduğunda suç teşebbüs aşamasında kalmıştır.

B. İştirak

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun iştirak halinde işlenmesi mümkündür. TCK'nin m. 37-40 maddelerinde düzenlenen iştirak hükümleri muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçu açısından da uygulanabilecektir. Müşterek failliğin, dolaylı failliğin gerçekleşmesi mümkündür. Tüzel kişinin kanuni temsilcisi olan iki ortağın birlikte suç işleme iradesiyle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemesi halinde müşterek faillik söz konusu olacaktır⁷⁸. Bir

⁷⁶ Özcan (n 66) 244.

⁷⁷ Hasan Hüseyin Bayraklı, 'Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs', TAAD, (2019) (10)(37) 1, 18; Tahsin Torunoğlu, 'Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu', AkdHFD, (2023) 13 (2) 877, 897.

⁷⁸ "Tüzel kişilerde vergi kanunları yönünden sorumluluğun 213 sayılı VUK'nin 10. ve 333. maddelerinde düzenlenerek aynı Kanun'un 359. ve 360. maddelerinde öngörülen cezaların bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağına öngörüldüğü, tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilci bulunup da suç, eylem ve fikir birliği içinde işlenmemiş ise sorumluluğun, cezanın

şirket sahibi mükellefin şirket çalışanını tehdit etmek suretiyle 20 tane aldığı şeyi 1000 tane göstermesini sağlaması durumunda dolaylı faillik gerçekleşecektir. Şerikliğin gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin vergi mükellefi olan kişiye muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgeyi düzenlemesi için çalışanının araç bulması yardım etme niteliğindedir. Yine faturanın yanıltıcı olarak düzenlenmesi için muhasebecinin azmettirilmesi şeriklik kapsamındadır⁷⁹. Bir kimse mükellefin hem düzenleme hem de kullanma fiiline katılmışsa ve kendisi mükellef değilse fail olamayacak, yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 40). Ancak kişinin iki seçimlik hareketi gerçekleştirilmesi cezanın tespitinde göz önüne alınacaktır.

VUK'nin 360. maddesinde, TCK'dan farklı olarak vergi kaçakçılığı suçlarının iştirak halinde işlenmesinde cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden kabul edilmiştir. VUK'nin 360. maddesine göre, "359 uncu maddede yazılı suçların işlenişine iştirak eden suç ortaklarının bu suçların işlenmesinde menfaatinin bulunmaması halinde, Türk Ceza Kanununun suça iştirak hükümlerine göre hakkında verilecek cezanın yarısı indirilir". Dolayısıyla bu hüküm VUK m. 359/2-a için de uygulanacaktır.

VUK'nin 360. maddesindeki düzenlemesinde vergi kaçakçılığı suçlarına iştirak açısından TCK'nın suça iştirake ilişkin 37-41. maddelerinin uygulanması kabul edilmiştir. Dolayısıyla da vergi kaçakçılığı suçlarında ve bu kapsamda muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunda TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri uygulanacak ve her bir iştirak edenin cezası TCK hükümleri gereğince belirlenecek ve 360. madde uygulanacaktır. Ancak doktrinde suça iştirakin hangi katkı şeklinde olursa olsun iştirak edene verilecek cezanın asıl failin cezası kadar olduğu belirtilmektedir⁸⁰.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçu iştirak halinde işlenmek şartıyla hem müşterek failler, doğrudan fail ve şerikler için uygulanma niteliğine sahiptir. VUK m. 360, iştirak halinde işle-

şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlara göre suçun şekli sorumlusuna değil, ayrıntısını bilen ve oluşumunda rolü olan temsilciye ait olacağı gözetilerek, varsa iş bölümüne dair şirket esas sözleşmesi ve iş bölümüne ait kararlar getirtilip, olay tarihinde sanıkların şirketteki görev ve sorumluluklarının tespit edilmesi", Yargıtay 11 CD, 12692/3806, 08.03.2022.

⁷⁹ Bkz.: Adnan Çavuş, *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, (Beta 2016) 201, 203.

⁸⁰ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, (13. Baskı, Ekin 2022) 296. Aynı yönde Fevzi Rifat Ortaç ve Hilmi Ünsal, *Genel Vergi Hukuku*, (Gazi 2019) 171.

nen suçlarda uygulanabileceğinden tek bir kişinin işlediği suçta uygulanması söz konusu değildir. Dolaylı faillikte ise hükmün uygulanmayacağını düşünüyoruz⁸¹.

VUK'nin 360. maddesinin uygulanabilmesi için, düzenlemeden de anlaşıldığı gibi suçun işlenmesine iştirak eden kişilerin suçun işlenmesinde menfaatlerinin bulunmaması gerekmektedir. Hükümde menfaatin niteliğine ilişkin bir belirleme yapılmadığı için menfaatin maddi olup olmaması hususu tartışmalıdır. Bizim de görüşlerine katıldığımız bazı yazarlar menfaatin maddi olması gerektiğini belirtirken⁸² bazı yazarlar menfaatin maddi olmasına gerek olmadığını ifade etmektedirler⁸³. Yargıtay da 360. maddedeki menfaat sağlamayı maddi menfaat sağlamak olarak nitelendirmektedir⁸⁴. VUK'nin 360. maddesinin uygulanması açısından

⁸¹ Akbulut (n 29) 680, 681.

⁸² Mehmet Batun, 'Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür', Yaklaşım Dergisi, (2010) (18)(213), <<http://www.yaklasim.com>>, 135; 'Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür', <<https://www.ozdogrular.com.tr/v1/fla-haberler-gizli-245/13314>> Erişim Tarihi 22 Mayıs 2019.

⁸³ Emre Burak Onat, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda İştirak', TBB Dergisi, (2018) (137) 332; Hüsamettin Uğur, Mert Elibol, *Vergi Suçları*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) s. 266; Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku*, (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 10. Baskı, Bursa 2017, s. 463; Torunoğlu (n 77) 897.

⁸⁴ "Sanıkların sahte fatura düzenlemek eylemlerinden dolayı maddi çıkar sağlayıp sağlamadıkları araştırılıp, tartışılmaksızın suçun işlenmesinden doğrudan menfaatleri bulunmadığı gerekçesiyle 213 Sayılı VUK'nin 360. maddesi gereğince indirim yapılmak suretiyle eksik ceza tayini", 21. CD, 14.11.2016, E. 2016/3939, K. 2016/6791; "Sanıkların 2010 ve 2011 takvim yıllarında sahte fatura düzenlemek suçunu işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasında; sanık ...'ın savunmasında Has Sembol şirketinin Adana'da faaliyet gösterdiği dönemde bu şirket ile ciddi manada ticaret alışverişlerinin olduğunu, bunun dışında herhangi bir bağlantısının olmadığını, yapmış oldukları ticari alışverişlerin gerçek olduğunu, bu şirketin Antalya'ya gitmesinden sonra herhangi bir bağlantısının kalmadığını belirterek suçlamayı kabul etmemesine karşılık vergi tekniği raporunda ...'un sahte fatura organizasyonunu gerçekleştiren kişinin sanık ... olduğuna dair beyanına yer verilmiş olması, sanık ...'nin savunmasında arkadaşı olan şirket müdürü sanık ...'in kızının 2009 yılı şubat ayında kaza geçirdiğini, bundan dolayı kızının sağlığı ile ilgilenmek için kendisine vekalet verdiğini, kendisinin bu vekalet ile iki kez şirket yoklamasını tuttuğunu, bir de ticaret sicilinde işlemlerini yaptığını, bunun dışında kendisinin şirketin herhangi bir işi ile ilgilenmediğini sahte fatura düzenlemediğini belirtmesi, sanık ...'in savunmasında şirketi devrettiğini, kendisinin sanık ... ile matbaa işleri yapmak için şirket kurduğunu, uzun süredir de kendisinin matbaa işleriyle uğraştığını beyan etmesi karşısında, maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; ... isimli şahsın açık kimlik ve adres bilgilerinin araştırılarak tanık sıfatıyla dinlenilmesi gerekirse sanıklarla yüzleştirilmesi, sanık ...'in sanık ... Halil'e verdiği vekaletnamenin onaylı suretinin dosya arasına alınarak sanık ... Halil'in sanık ...'in vekilliğini üstlendiği dönemde şirket işleri ile ilgilenip ilgilenmediğinin araştırılması, suçta konu faturalar üzerindeki imza ve yazıların sanıklara ait olup olmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmasından sonra 213 Sayılı VUK'nin 360. maddesinde yer alan iştirak hükümleri de gözetilerek toplanan tüm delillere göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması", Yargıtay 11 CD, 5053/7665, 04.10.2018.

menfaatin elde edilip edilmemesinin ise herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Suça iştirak eden kişilerin suçun işlenmesinde menfaatleri yoksa ceza indirimi uygulanacaktır. Ceza indirimi zorunlu olup hâkimin cezayı indirip indirmeme konusunda takdir yetkisi yoktur. Hâkim cezayı yarı oranında indirecektir.

VUK'nin 360. maddesinde öngörülen indirimın uygulanabilmesi için önce suça katılan kişilerin katkısının faillik mi yoksa şeriklik mi niteliğinde olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonra cezanın belirlenmesi aşamasına geçilecektir. TCK'da cezanın belirlenmesi belirli sıralamaya tabi tutulmak suretiyle yapılmaktadır. Bu sıralamanın değiştirilmesi söz konusu değildir. Örneğin suçun işlenmesinde menfaati bulunmayan kişi yardım eden konumunda ise 39. maddenin uygulanması suretiyle yardım edenin cezası 61. maddedeki sıralama çerçevesinde tespit edilecek, daha sonra VUK'nin 360. maddesi gereğince cezanın yarısı indirilecektir. Yani önce 61. maddenin ilk dört fıkrasına göre belirlenen ceza üzerinden 39. maddenin uygulanması yapılacak ve ceza yarı oranında indirilecek, daha sonra indirilen ceza üzerinden VUK'nin 360. maddesi gereğince tekrar ceza yarı oranında indirilecektir. Daha sonra zincirleme suç ve diğer müesseseler uygulanacak ve sonuç ceza tespit edilecektir⁸⁵.

⁸⁵ Yargıtay belirtilen şekilde değerlendirme yapmakla beraber, zincirleme suç kuralının uygulanmasında hatalı tespit yapmış, önce zincirleme suçu daha sonra iştiraki uygulamıştır. Ancak önce iştirak hükümlerini uygulaması daha sonra zincirleme suç kuralı gereğince artırım yapması gerekmektedir: *“Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 21.03.2012 tarihli iddianamesi ile sahte fatura düzenleme eylemine iştirak etme suçundan açılan kamu davasında sanığın, ... Reklam Temizlik Med. Koz. San. Tic. Ltd. Şti. Adına komisyon karşılığı sahte fatura düzenlenmesi eylemine herhangi bir maddi menfaati olmadan iştirak ettiği kabul edildiği halde, sanık hakkında TCK'nın 39. maddesi de uygulanmayarak fazla ceza tayin edilmesi, Yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı, 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. Maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nın 321. Maddesi uyarınca bozulmasına, ancak yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususun aynı Kanun'un 322. Maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, 2006 ve 2007 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme eylemine iştirak suçlarından kurulan hüküm fıkralarında ayrı ayrı olmak üzere; TCK 43/1. Maddesi uygulamasından sonraki “Sanığın atılı suçu iştirak etmek suretiyle işlediği ve suçun işlenmesinde menfaatinin bulunmaması sebebiyle 213 Sayılı VUK'nun 360. Maddesi gereğince suçun işleniş biçimi de dikkate alınarak cezası yarı oranında indirilerek 11 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCK'nın 62. Maddesi gereğince cezasından taktiren 1/6 oranında indirim yapılarak 9 ay, 10 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına” kısımlarının tamamen çıkarılarak yerlerine “sanığın atılı suçu iştirak etmek suretiyle işlemesi sebebiyle TCK 39. Maddesi gereğince cezasının 1/2 oranında indirilerek 11 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, suçun işlenmesinde sanığın maddi menfaatinin bulunmaması sebebiyle VUK'nin 360. Maddesi gereğince cezası yarı oranında indirilerek 5 ay 18 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, TCK 62. Maddesi gereğince cezasının 1/6 oranında indirilerek 4 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına” cümleleri eklenmek suretiyle, sair yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükümlerin düzeltilerek onanmasına, 13.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”, Yargıtay 11 CD, 5618/1185, 13.02.2018.*

TCK'da, VUK'nin 360. maddesindeki gibi bir indirim nedenine yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda failin belirli amaçla hareket etmesi suçun ya temel şeklini oluşturmakta ya da nitelikli halini teşkil etmektedir. Bu hallerde belirli amaca sahip olunması yeterli olup, sorumluluk için amacın gerçekleşmesi gerekmemektedir. Suç tipinde yer verilen amacın gerçekleşmesi ayrıca suç teşkil ediyorsa faile ondan da sorumluluk tayin edilmesi yoluna gidilmektedir. Ceza hukukunda suç tipinde yer verilen amaca failin sahip olması aranmakta, şeriklerin suç tipinde yer verilen amaçla hareket etmesi gerekmeyip bilmeleri yeterli kabul edilmektedir⁸⁶. VUK'nin 359. maddesinde yer verilen kaçakçılık suçlarında ise failin belirli amaçla hareket etmesi aranmamıştır. Ancak vergi kaçakçılığı suçlarının vergi vermemek veya az vergi vermek için işlendiği de açıktır. TCK'da suç tipinde amaca yer verilen suçlarda bile bu amaca sahip olmayan kişinin cezasında indirim uygulanmasını kabul etmeyen kanun koyucunun amaca yer vermeyen vergi suçlarında böyle bir indirimi kabul etmiştir. Ancak kanun koyucunun amaca yer verilen suç tiplerinde, amaçla hareket etmeyen kişilerle amaçla hareket eden kişilere aynı cezayı vermemek açısından amaçla hareket etmeyen kişilerin cezasında indirim gitmeyi kabul etmesi gerekir. Ama bunu genel hüküm olarak TCK'da yapması gerekir. Bu şekilde uygulama suçlara (örneğin biri vergi kaçakçılığı suçu, diğeri kültür ve tabiat varlıklarının kaçakçılığı suçu) katılan ortaklara eşit uygulama yapılmaması, birinin diğere oranla farklı cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca suç tipinde amaca yer verilen suçlarda bu amaca sahip olmayan kişide indirim yapmazken hiç amaca yer vermeyen bir suçta indirim yapma imkânı getirilmektedir. Bu şekilde bir uygulama doğru değildir. Eğer kanun koyucu düzenleme yapmak istiyorsa TCK'nın genel hükümlerinde düzenleme yapma yoluna gitmeli ve suçlar arasında fark yaratmamalıdır. Olması gereken açısından yapılması lüzumlu olan şey, kanun koyucunun suç ortaklarının sorumluluğuyla ve nitelikli hallerin ortaklara geçişiyle ilgili TCK'da genel nitelikte düzenlemeye gitmesidir.

⁸⁶ Kanaatimizce nitelikli hal olan amaç veya saik kendisinde olmayan kişi için uygulanmamalıdır. Örneğin, TCK m. 82 açısından töre saikiyle hareket etmeyen yardım edene nitelikli hal uygulanmamalıdır. Yardım edende töre saiki varsa ona da 82. madde uygulanmalıdır. Töre saikiyle hareket eden kişi bu saikin olmadığı bir kişiyi öldürme suçuna azmettirdiğinde ise görüşümüze göre fail 81. maddeden sorumlu olurken azmettiren 82. maddeden sorumlu olmalıdır. Ancak amaç veya saikin suçun temel şeklinde yer verildiği hallerde de sorun bulunmaktadır. Dolayısıyla, amaç veya saike sahip olmayan kişi için Ceza Kanunumuzda indirim yapma imkânı getirilmelidir. Bkz.: Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Adalet 2023) 963, 964.

C. İçtima

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun işlenmesiyle birlikte vergi ziyayı veya usulsüzlük kabahati de gerçekleştiğinde her birinden ayrı ayrı yaptırım uygulanacaktır. VUK'nin 340. maddesi suçlar ile kabahatler arasında fikri içtima hükmünün (Kabahatler Kanununun m. 15/3) uygulanmasını kabul etmemiş, her birinden ayrı ayrı yaptırım uygulanmasını benimsemiştir. Üstelik 344. madde, vergi ziyasına 359. maddede yazılı kaçakçılık fiilleriyle sebebiyet verilmesi halinde kabahatten dolayı öngörülen cezanın üç kat uygulanacağını düzenlemiştir. VUK m. 359/son fıkrada da hüküm bulunmakta ve kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanmasının 344. maddede yazılı vergi ziyayı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmektedir. Yine VUK m. 367 gereğince, 359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun aynı zamanda vergi kabahati teşkil etmesi halinde ayrı ayrı sorumluluk tayin edilecektir. VUK m. 340 ve 367'deki düzenlemelerinin aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama (ne bis in idem) ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasaya Mahkemesine başvurulmuşsa da Mahkeme düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁸⁷.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun zincirleme suç şeklinde gerçekleştirilmesi mümkündür. Zincirleme suçla ilişkin VUK m. 359'da özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, vergi kaçakçılığı suçlarının birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi uygulanacaktır. Kanun koyucu zincirleme suçun şartlarını fıkrada belirtmiş, ceza açısından ise TCK'nin 43. maddesine yollama yapmıştır. Düzenlemeye göre zincirleme suçun uygulanması için birden fazla takvim yılı

⁸⁷ "Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama" ilkesi belirli şartların sağlanması hâlinde ikili bir yargılama/cezalandırma sürecini, dolayısıyla birden fazla cezanın uygulanmasını dışlamamaktadır. Süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması hâlinde birden fazla cezanın uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Buna göre, cezalandırmaya ilişkin süreçlerin bağlantılı yürütülmesini dışlamayıp sadece birden fazla cezanın uygulanmasını ve bunların birleştirilmesine izin verilmemesini öngören kuralların aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır", Anayasa Mahkemesi, E. 2019/4 K. 2021/78, 04.11.2021, § 58.

veya vergilendirme döneminde aynı suç işleme kararıyla birden fazla muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun işlenmesi halinde zincirleme suç kuralı uygulanacak ve bir cezaya hükmedilecektir. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme fiillerinin aynı takvim yılı veya aynı vergilendirme döneminde işlenmesi halinde, birden fazla fiil ve zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suç oluşacaktır. VUK m. 359/a-2'ye kullanma açısından bakıldığında kullanma için beyannamenin vergi dairesine verilmesi gerektiğinden, aynı beyannamede kullanılan belgeler açısından zincirleme suç değil, tek fiil ve tek suç söz konusu olacaktır. Beyannamenin verilmesinden sonraki dönemlerde kullanılan belgelerde ise artık yeni fiiller söz konusu olacak ve bir suç işleme kararı varsa zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir⁸⁸.

Aynı takvim yılında veya vergilendirme döneminde olsa bile yetkili kişi tarafından temsilciliğini yaptığı farklı firmalar için muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlenmişse tek fiil (tek suç) veya bir suç işleme kararı (zincirleme suç) söz konusu olmayacaktır. Ancak aynı mükellefe düzenlenen belgeler arasında şartlar gerçekleşmişse, örneğin farklı beyannamelerde kullanılan belgeler açısından zincirleme suç kuralları uygulanabilecektir⁸⁹.

Kişinin hem sahte belge düzenlemesi hem de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemesi halinde farklı suçlar gerçekleştirildiğinden gerçek içtima uygulanacaktır. Kanun koyucu TCK m. 204'teki gibi sahte belge düzenleme ile gerçeğe aykırı belge düzenlemeyi seçimlik hareket olarak öngörmemiş, farklı suçlar olarak hükme bağlamıştır. Kanun koyucu farklı maddelerde farklı suçlar olarak düzenlemesi gereken fiilleri aynı bentte hükme bağlamıştır. Örneğin m. 359/a ve b bentlerinde düzenlenen bazı hareketler TCK'da m. 204 ve 205, m. 207 ve 208'de ayrı suçlar olarak⁹⁰, TCK'da seçimlik olarak düzenlenen hareketler de (TCK m. 204/2) VUK m. 359'da (b. a-2) ayrı suçlar olarak hüküm altına alınmıştır. Ancak aynı belgede hem sahte düzenleme yapılmış hem de muhteviyatı itibariyle yanıltıcı düzenleme söz konusu olmuşsa ortada sahte olarak düzenlenmiş belge olduğu için fail VUK m. 359/b gereğince sorumlu tutulacaktır.

⁸⁸ "Saniğin aynı takvim yılında birden fazla muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlediği ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin farklı beyanname dönemlerinde kullanıldığı kabul edilmesine rağmen zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması", Yargıtay 11 CD, 4943/2005, 21.02.2024.

⁸⁹ Bkz.: Akbulut (n 29) 688.

⁹⁰ Bkz.: Akbulut (n 29) 654, 655.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme fiili suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama (TCK m. 282) için de kullanılabilir. Bu halde iki suçun fiilleri arasında aynıyet bulunduğundan fikri içtima uygulanacaktır (TCK m. 44). Kullanma fiiliyle m. 282 arasında da fikri içtima gerçekleşebilecektir.

VUK m. 359/a-2'de farklı suçlar, seçimlik hareket olarak düzenlendiğinden failin hem muhteviyatı itibariyle belge düzenlemesi hem de bu belgeyi gizlemesi halinde tek suç oluşacaktır. Ancak farklı belgeler üzerinde seçimlik hareketler gerçekleştirilmişse birden fazla suç işlenmiş olacak ve içtima kuralları çerçevesinde sorumluluk belirlenecektir. Eğer bir suç işleme kararıyla fiiller gerçekleştirilmişse zincirleme suç kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

VI. Etkin Pişmanlık

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçuyla ilgili iki etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Bilindiği gibi kanun koyucu etkin pişmanlığı genel hükümlerde düzenlememiş, ilgili suç tiplerinde yer vermiştir. Dolayısıyla belirtilen suç tiplerinde şartların gerçekleşmesiyle hüküm ifade eden bir kurumdur. Vergi kaçakçılığı suçunda da etkin pişmanlık hükümlerine yer verilerek etkin pişmanlığın uygulanması sağlanmak istenmiştir.

İlk etkin pişmanlık hükmü VUK'nin 359. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, *"371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz"*. Dolayısıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya kullananlar 371. maddedeki şartlara uygun olarak durumu ilgili makama haber verdiklerinde VUK m. 359/a-2'den cezalandırma söz konusu olmayacaktır.

VUK'nin 371. maddesi "Pişmanlık ve Islah" başlığını taşımakta ve aslında vergi ziyayı kabahati ile ilgili olarak uygulanmaktadır. Ancak kanun koyucunun 359. maddesindeki düzenlemesi sonucunda vergi kaçakçılığı suçlarında da uygulanmaktadır. Hükmün uygulanması için muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeyi kullanma fiillerini işleyen mükelleflerle bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermeleri hâlinde, aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi kaydıyla haklarında VUK m. 359/a-2'den ceza verilmemektedir. Bu şartlar 371. maddede:

“1. Mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından herhangi resmi bir makama dilekçe ile veya şifahi beyanı tutanakla tevsik edilmek suretiyle haber verilen husus hakkında ihbarda bulunulmamış olması (Dilekçe veya tutanağın resmi kayıtlara geçirilmiş olması şarttır).

2. Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde haber verilen olayın ilgili olduğu vergi türüne ilişkin bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın ve ilgili olduğu vergi türünün takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (Kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmi kayıtlara geçirilmiş olması.

3. Hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde tevdi olunması.

4. Eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının mükellefin keyfiyeti haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi.

5. Mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanunun 51. maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamla birlikte haber verme tarihinden başlayarak onbeş gün içinde ödenmesi”

şeklinde ifade edilmiştir.

Kendiliğinden haber verme, olayın ilgili olduğu vergi türüne yönelik vergi incelemesine başlanmadan veya vergi türünün takdir komisyonuna sevk edilmeden önce yetkili makamlara başvurulmasını ifade etmektedir. Beyanda bulunma, mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak onbeş gün içinde beyan etmemiş veya eksik beyan etmiş olduğu vergilerini tamamlaması ve düzeltmesi için beyanda bulunmasını belirtmektedir. Ayrıca ödemenin geciktiği her ay ve kesri için gecikme zammı oranında zamla birlikte haber verme tarihinden başlayarak 15 gün içinde ödenmesi gerekir⁹¹.

Etkin pişmanlığa ilişkin ikinci hüküm VUK m. 359/3 ve 4’te düzenlenmiştir. Bu hükümler 8/4/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 359. maddeye ilave edilmiştir. Etkin pişmanlığın soruşturma ve kovuşturma aşamasında da uygulanması sağlanmak istenmiştir. 3. fıkraya göre, *“Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin,*

⁹¹ Bkz.: Şenyüz, Yüce ve Gerçek (n 80) 287-289.

gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir". Düzenlemeden de anlaşıldığı gibi, etkin pişmanlık ceza verilmesini engellemekte, ceza indirimi yapılmasını sağlamaktadır. 3. fıkra hükmüne göre, vergi kaybına uğratıldığı gerekçesiyle tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilmektedir. Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda ise verilecek ceza yarı oranında indirilmektedir (VUK m. 359/4). İdarenin denetimi sonucunda vergi kaybı bulunmadığı sonucuna varılması hâlinde 4. fıkra gereğince herhangi bir şarta bağlı olmaksızın ceza yarı oranında indirilerek uygulanacaktır. İdarenin hatalı olarak vergi kaybı bulunduğu sonucuna varması hâlinde ise 3. fıkradaki şartların yerine getirilmesiyle ceza indiriminden yararlanılabilecektir⁹². Anayasa Mahkemesi tarafından hüküm iptal edilmeden önce ceza indirimlerinden (3. ve 4. fıkra gereğince) faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartı aranmaktaydı (VUK m. 359/5)⁹³. Ancak Anayasa Mahkemesi 13/9/2023 tarihli ve E. 2022/81, K. 2023/153 sayılı kararı ile 5. fıkra hükmünü iptal etmiştir⁹⁴.

⁹² Anayasa Mahkemesi, E. 2022/59 K. 2022/111, 28.09.2022, § 32.

⁹³ "Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; bahse konu hükmün, "... oluşan vergi ziyayı nedeniyle sanığa etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi hususu hatırlatılarak ve sanığın ödeme yapması için gereken sürenin son günü olan 15/04/2023 tarihine kadar beklenilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi..." gerekçesiyle kanun yararına bozulması talep olunmuş ise de, Mahkemece yazılan 14.05.2022 tarihli müzekkereye istinaden ... Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından gönderilen 17.05.2022 tarihli cevabi yazıda; "... dairemizin 0460348968 vergi numaralı mükellefi ...'ın yazımız tarihi itibarıyla suça konu olan 2008 ve 2009 yılları bilerek sahte belge kullanma suçundan dolayı adına düzenlenen tarhiyatlara ilişkin vergi mahkemesinde dava açılmadığı ve tarhiyatların ihtilafsız kesinleştiği görülmüş olup bahse konu olan incelemeden doğan tüm tarhiyatların ödendiği görülmüştür." denildiğinin anlaşılması karşısında; kanun yararına bozma isteminin reddine karar vermek gerekmiştir", Yargıtay 11 CD, 3834/7118, 16.10.2023.

⁹⁴ "9. Vergi incelemesinde vergi kaybının tespit edilmesi hâlinde ise anılan maddede yazılı cezalar uygulanacaktır. Ancak bu durumda da maddenin üçüncü fıkrasında cezayı hafifletici nedenlere yer verilmiştir. Buna göre tarh edilen verginin gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının soruşturma evresinde ödenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilince-

Üçüncü etkin pişmanlık hükmü geçici madde 34'te düzenlenmiştir. Bu madde 8.4.2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanunun 6. maddesiyle VUK'a eklenmiştir. Bu hükümlerle etkin pişmanlığın Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte infaz aşamasında⁹⁵ veya kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma aşamasında olan uyumsuzluklar için de uygulanması kabul edilmiştir⁹⁶. Hem 359. mad-

ye kadar ödenmesi hâlinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilecektir. 10. Dava konusu beşinci fıkrayla ise cezayı hafifleten nedenlerin uygulanması vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartlarına bağlanmıştır. 11. Benzer nitelikteki hükümlere Kanun'un geçici 34. maddesinde de yer verilmiştir. Anılan maddeye göre soruşturma, kovuşturma veya infaz evresinde olan dosyalar bakımından vergi ve diğer kalemlerin ödenmesi, bunların dava konusu yapılmaması hâlinde cezaların yarısı oranında indirim yapılacaktır. Hem 359. hem de geçici 34. maddede soruşturma ve kovuşturma evreleri için benzer düzenlemeler yapılmış olup söz konusu düzenlemeler arasında zaman bakımından uygulanma itibarıyla farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki geçici 34. maddede yer alan "... bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde..." ibaresi dolayısıyla anılan maddeyi ihdas eden 7394 sayılı Kanun'un yayımlandığı 15/4/2022 tarihinde soruşturma veya kovuşturma evresinde bulunan dosyalar bakımından geçici 34. madde uygulanacak, bu tarihten sonra soruşturma evresi başlayan dosyalar bakımından ise 359. madde uygulanacaktır", Anayasa Mahkemesi, E. 2022/81, K. 2023/153, 13.09.2023, § 9, 10, 11.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi düzenlemenin infaz aşaması açısından özel af niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine göre, "7394 sayılı Kanun'un yayımı tarihinde soruşturma, kovuşturma veya infaz evresinde bulunan dosyalara uygulanmak üzere benzer düzenlemelere de geçici 34. maddede yer verilmiştir. Kovuşturma evresindeki dosyalar bakımından etkin pişmanlık kurumundan yararlanabilmek için geçici 34. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre vergi ve diğer borçların ödenmesi ve bunların dava konusu yapılmaması gerekmektedir. Infaz aşamasındaki dosyalar bakımından öngörülen ceza indirimi ile hükmedilen cezanın miktarının azaltılmasına yönelik bir düzenleme yapılarak bu dosyalar bakımından özel af imkânı getirilmiştir. Geçici 34. madde gereğince özel aftan yararlanılabilmesi için de vergi ve diğer kalemlerin ödenmesi ve bunların dava konusu yapılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla aftan yararlanılabilmesi koşula bağlanmış olup anayasa koyucu, Anayasa'nın 87. maddesinde yer verilen TBMM'nin genel ve özel af ilanına karar verme yetkisini bu af türlerinin koşullu veya koşulsuz olması yönünden sınırlandırmamıştır. Bu itibarla TBMM'nin aftan yararlanmayı koşula bağlamasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır (AYM, E. 2020/44, K. 2020/41, 17/7/2020, § 21)", Anayasa Mahkemesi, E. 2022/59 K. 2022/111, 28.09.2022, § 24.

⁹⁶ "Hükümden sonra 15.04.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 7394 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddeleriyle, 213 sayılı Kanun'un 359 ve 367. maddelerinde değişiklik yapılmış olup aynı Kanun'un 6. maddesiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na eklenen geçici 34. maddenin 3. fıkrasındaki "Bu maddeyi ihdas eden Kanun'un yayımı tarihinde 359. madde kapsamına giren suçlardan dolayı temyiz veya istinaf kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verilir" hükmü uyarınca, 5237 sayılı TCK'nin 7/2. maddesi de gözetilerek 7394 sayılı yasanın 4. maddesi ile getirilen etkin pişmanlık hükümlerine göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması", Yargıtay 11 CD, 13855/7910, 10.05.2022.

dede hem de geçici 34. maddede soruşturma ve kovuşturma evreleri için benzer düzenlemeler yapılmışsa da hükümler arasında zaman bakımından uygulanma farklılığı bulunmaktadır. Zira 7394 sayılı Kanun'un yayımı tarihi olan 15/4/2022 tarihi itibarıyla soruşturma veya kovuşturma evresinde bulunan dosyalar bakımından geçici 34. madde uygulanacak, bu tarihten sonra soruşturma evresi başlayan dosyalar bakımından ise 359. madde uygulanacaktır⁹⁷. 34. maddeye göre,

“Haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir. Bu fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.

Birinci fıkra hükümleri bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde soruşturma ve kovuşturma evresinde bulunan dosyalar hakkında da uygulanır. Bu takdirde, ödemenin hüküm verilinceye kadar yapılması şarttır.

Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yayımı tarihinde 359 uncu madde kapsamına giren suçlardan dolayı temyiz veya istinaf kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verilir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir.

359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemelerde yer alan zincirleme suça ilişkin koşulların belirlenmesi, duruşma açılmak suretiyle yapılır”.

Geçici 34. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesine baş-

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/81 K. 2023/153, 13.09.2023, § 11.

vurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 28/9/2022 tarihli ve E. 2022/59, K. 2022/111 sayılı Kararı ile Geçici 34. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin; birinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan "... infaz..." ibaresi yönünden ve ikinci cümlesinin ikinci fıkrada yer alan "... kovuşturma..." ibaresi yönünden iptaline karar vermiştir. Mahkeme kararında "muhatabın katlanmak durumunda kaldığı aşırı külfeti azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik idari ve/veya yargısal başvuru yolu biçiminde bir telafi mekanizması öngörülmediği" ni belirtmiştir. Dolayısıyla ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şartı infaz ve kovuşturma aşamalarında olan dosyalar açısından uygulanamayacaktır⁹⁸.

VII. Yaptırım ve Muhakeme

VUK m. 359/a-2 hükmünde yer alan muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeyi kullanmak suçunun cezası on sekiz aydan beş yıla kadar haptir. *Bu ceza 7394 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Söz konusu Kanunun 4. maddesiyle suçun cezasının alt sınırı değiştirilmemiş, ancak üst sınır üç yıldan beş yıla çıkarılmıştır.*

⁹⁸ Mahkemeye göre, "dava konusu kuralı da içeren geçici 34. madde ve etkin pişmanlıkla ilgili esas düzenlemeyi yapan 359. maddede muhatabın katlanmak durumunda kaldığı aşırı külfeti azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik idari ve/veya yargısal başvuru yolu biçiminde bir telafi mekanizmasının öngörülmediği anlaşılmaktadır. 52. Öte yandan dava konusu kuralın içinde yer aldığı geçici 34. madde ödemelerin kaynağını vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin fiillere bağladığından bu suça ilişkin yargılamada ceza mahkemesinin yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması gerekçesiyle verdiği beraat kararının kamu makamları tarafından şüphesiz dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durum Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesi ile çelişecektir. Zira bir suçun işlenmediğinin kesinleşmiş ceza mahkemesi kararıyla sabit bulunmasına rağmen bu tespitin kamu makamlarınca vergi ile ilgili meselelerde dikkate alınmayıp geçici 34. maddede ödemenin kaynağı olarak belirtilen "359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığı"nın sabit görülmesi Anayasa'nın 38. maddesinin "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." hükmüyle bağdaşmaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında "Disiplin suçuna ve ceza yargılamasına konu eylemlerin aynı olduğu hâllerde disiplin soruşturmasıyla ilgili uyumsuzluklara bakan idari mahkemelerin fiilin sübutuyla ilgili olarak ceza mahkemesinin ulaştığı kanaate saygı göstermesi, bunu sorgulayacak ifadeler kullanmaması beklenir. Aksi takdirde kişinin ceza mahkemesinde beraat etmiş olmasının bir anlamı kalmaz. Bu bakımdan idari mahkemeler dâhil devletin diğer otoritelerinin beraat kararından şüphe duyulmasına yol açacak biçimde hareket etmekte kaçınmaları gerekir" değerlendirmesiyle bu hususa işaret edilmiştir. 53. Açıklanan nedenlerle kural, kovuşturma ve infaz ibareleri yönünden Anayasa'nın 13., 35. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir", Anayasa Mahkemesi, E. 2022/59 K. 2022/111, 28/09/2022, § 51, 52.

VUK'nin 367. maddesinde bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul başlığıyla muhakemeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. 367. maddeye göre vergi kaçakçılığı suçu hakkında kovuşturma yapılması mütalaa şartına⁹⁹ bağlıdır¹⁰⁰. VUK m. 367'ye göre¹⁰¹,

“(Değişik birinci fıkra: 23/7/2010-6009/13 md.) Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur.

(Ek dördüncü fıkra: 29/4/2021-7318/5 md.) 359 uncu maddenin (ç) ve (d) fıkralarında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.

⁹⁹ Yargıtay, mütalaa şartını kovuşturma/yargılama şartı olarak kabul etmektedir: Yargıtay CGK, 1512/366, 11.07.2014.

¹⁰⁰ Mütalaa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğan Şenyüz, ‘Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş’, İzmir Barosu Dergisi, (2016) 81 (2) 13, 17 vd.; Mümin Güngör, ‘Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü’, TAAD, (2020) (11) (44) 269, 276 vd.

¹⁰¹ Madde gerekçesinde, “Hileli vergi suçları kamu davasına tahrik yetkisi vatandaşın mali emniyet mülahazası ile bazı kayıtlara bağlanmıştır. Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları ve muavinleri ile Defterdarlar haricinde kalan inceleme yetkisine haiz memurların tetkik neticelerine bağlı buldukları Defterdarın mütalaa ile birlikte savcılığa bildirmeleri ve savcının muttali olacağı belli hileli vergi suçları için, alakalı Defterdarlıktan inceleme istemesi bu sebep ve mülahaza ile yerinde görülmüştür. Diğer taraftan adalet cihazının tetkikine ve yetkisine tevdi olunan hileli vergi suçları için mali cezaların tatbiki gerekli olduğu da bir fıkra halinde belirtilmiştir” şeklinde belirleme yapılmaktadır.

(Ek beşinci fıkra: 8/4/2022-7394/5 md.) 359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaaaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmaz”.

Kaçakçılık suçlarının kovuşturulması vergi incelemesinin yapılmasını gerektirmektedir. Vergi incelemesi sonucunda 359. maddede yazılı suçların işlendiği kanaatine varılmışsa idare tarafından düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaa Cumhuriyet başsavcılığına iletilmektedir. 213 sayılı Kanun’un 367. maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi kaçakçılığı suçunda mütalaa alınması kovuşturma şartı olduğundan Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılabilmesi için vergi idaresinden mütalaa alınması gerekmektedir. Mütalaa Cumhuriyet savcısı için bağlayıcı olmayıp soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebileceği gibi iddianame de düzenlenebilir¹⁰². Aynı şey kovuşturma aşaması açısından da geçerlidir. Mahkeme beraat kararı verebileceği gibi, vasıf değişikliği nedeniyle başka bir suçtan da mahkûmiyet kararı (CMK m.226 gereğince ek savunma vermek şartıyla) verebilir¹⁰³. Yargıtay’a göre, “Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.03.2014 tarih, 2012/11-1382 esas, 2014/124, 11.07.2014 tarih, 2012/11-1512 esas, 2014/366 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere, CMK’nin 225/2. Maddesi gereğince, mahkeme fiilin nitelendirmesinde iddia ile bağlı olmadığından, fiilin nitelendirmesini serbestçe yapabilecek olup, nitelendirilmede mütalaa ve iddianame ile bağlı olmadığı, “sahte belge düzenleme” ve “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme” suçlarının vasıflarının farklı olduğu, ancak mahkemenin bu suçlar yönünden vasıf değişikliğinde yeniden mütalaa alınması gerektiği, bu suçların birbirine dönüşebileceği göz önünde bulundurulduğunda, sanığın, nakit ihtiyacını karşılamak için kredi kartı ile işlem yapan kişiler adına, kontör satışı yapmamasına rağmen kontör satmış gibi fatura düzenlendiğinin iddia edildiği olayda; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında “sahte belgenin” ve “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgenin” tanımlanış şekline ve yerleşik uygulamaya göre eylemin “sahte fatura düzenleme” suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılıgı sonucu “muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura düzenleme” suçundan hüküm kurulması” gerekir¹⁰⁴.

¹⁰² Anayasa Mahkemesi, E. 2019/4 K. 2021/78, 04.11.2021.

¹⁰³ CMK m. 225/2 gereğince mahkeme fiilin nitelendirilmesinde mütalaa ya da iddia ile bağlı olmadığından fiilin nitelendirilmesini serbestçe yapabilmektedir.

¹⁰⁴ Yargıtay 11 CD, 2078/5169, 29.09.2020.

367'nci maddeye göre, yaptıkları inceleme sırasında 359'uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.

359. maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sahte belge düzenlendiğini veya sahte belgenin kullanıldığını öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesinden inceleme yapılmasını talep edecektir.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine kadar ertelenir.

VUK'nin 367. maddesinin 5. fıkrasına göre, mütalaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmamaktadır. Fiilin başka bir kişi tarafından işlendiği ortaya çıktığında daha önce alınmış mütalaa yeterli sayılmakta, ayrıca bu kişi hakkında rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması gerekmemektedir. Yine sahte belge düzenleme suçunun başka bir kişiyle birlikte işlendiğinin ortaya çıkması halinde, bu kişi hakkında da dava açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması gerekmeyp daha önce alınan rapor ve mütalaa gereğince iddianame düzenlenecektir.

Mütalaa şartı gerçekleşmeden iddianame düzenlenmesi halinde iddianemenin iade edilmesi gerekir. Her nasılsa kovuşturma evresi başlamışsa mahkemenin CMK m. 223/8 gereğince durma kararı vermesi ve mütalayaı bekleme si gerekir. Şart gerçekleşmezse de düşme kararı vermelidir (CMK m. 223/8)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ "1) Sanıklar ..., ..., ... hakkında "2010 takvim yılında muhteviyatı itibarıyla sahte belge düzenleme" suçundan kurulan mahkumiyet hükümleri yönünden; 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi ne göre dava şartı olan Edirne Rapor Değerlendirme Komisyonunun 06.01.2013 tarihli mütalaası ile dayanağı olan 25.12.2012 tarih ve 2012-A-968/37 sayılı vergi suçu raporunun sanık ... hakkında "2010 takvim yılında muhteviyatı itibarıyla sahte belge düzenleme" suçuna ilişkin olduğu, Babaeski Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 03.04.2013 tarih ve 2013/321 Esas sayılı iddianamesi ile mütalaya aykırı olarak sanıklar ..., ..., ... hakkında "2010 takvim yılında muhteviyatı itibarıyla yanılıcı belge düzenleme" suçundan kamu davası açıldığı; ancak sanıklar hak-

Mahkeme de mütalaa ile bağlı olmayıp sanık hakkında beraat kararı verebileceği gibi mahkûmiyete de hükmedebilir.

Mütalaa hangi fiile ilişkin olarak düzenlenmişse o fiile ilişkin davanın açılması ve yargılamanın yapılması gerekir. Mütalaa şartı yerine getirilmeyen fiile ilişkin olarak mahkûmiyet kararı verilmesi söz konusu değildir¹⁰⁶.

Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

VUK 142-147. maddeler arasında, arama başlığını taşıyan üçüncü bölümde CMK (m. 116 vd.) hükümlerinden ayrılmış kaçakçılık suçlarına ilişkin ayrıca arama hükümlerine yer verilmiştir.

Sonuç

VUK'nin 359. maddesinde düzenlenen muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme veya bu belgeyi kullanma suçu farklı açılardan tartışılan bir düzenle-

kında "2010 takvim yılında muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme" suçuna ilişkin olarak 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaa'nın bulunmadığı dikkate alınarak; iddianameye konu olan "2010 takvim yılında muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme" suçu yönünden 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaa'nın verilip verilmeyeceğinin Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması, verilmeyeceğinin anlaşılması halinde sanıklar hakkında "2010 takvim yılında muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme" suçundan açılan kamu davası hakkında düşme kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve araştırma ile mahkûmiyet hükümleri kurulması", Yargıtay 11. CD, 13.01.2022, E. 2021/39230, K. 2022/446; "Sanık hakkında Bursa Cumhuriyet Başsavcılığının 10.09.2015 tarih ve 2015/17203 Esas sayılı iddianamesiyle açılan "2011 ve 2012 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme" suçundan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan mütalaa bulunmadığından kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerektiği Mahkemece gerekçeleri gösterilerek kabul ve takdir kılınmış olmakla; katılan vekilinin temyiz nedenleri yerinde görülmediğinden, 5271 sayılı CMK'nin 302/1. maddesi uyarınca temyiz isteminin ESASTAN REDDİNE", Yargıtay 11 CD, 7013/16652, 20.10.2022.

¹⁰⁶ "5271 sayılı CMK'nin 225. maddesi uyarınca hükmün konusu duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiil ve failden ibaret olup, iddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin dışına çıkılarak açılmayan davadan yargılama yapıp hüküm kurulmasının mümkün bulunmadığı; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan mütalaya uygun olarak sanık hakkında, "2009 takvim yılında sahte belge (müstahsil makbuzu ve fatura) düzenleme" suçundan kamu davası açıldığı; "sahte belge düzenleme", "sahte belge kullanma" ve "muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma" suçları birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olup, "sahte belge kullanma" ve "muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma" suçlarından açılmış bir dava bulunmadığı gibi "sahte belge düzenleme" suçunun "sahte belge kullanma" ve "muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma" suçlarına dönüşmeyeceği gözetilmeden, iddianame dışına çıkılarak ve hangi suçtan hüküm kurulduğu anlaşılamayacak şekilde "sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kullanma" suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı", Yargıtay 11 CD, 6982/5438, 17.06.2021.

medir. Öncelikle belge kavramı tartışmalıdır. Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge kapsamına belgede miktar ve mahiyet dışında diğer bilgilerdeki değişikliğinin girip girmediği sorun oluşturmaktadır. Biz belirtilen hallerde gerçek bir muamele veya duruma dayanmaktan bahsedilemeyeceğinden bu görüşe katılmamaktayız. Yanıltıcı belge için gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte mahiyet ve miktarın gerçeği yansıtmaması gerekmektedir. Belgenin gerçek muamele veya duruma dayanması, ancak şekil eksikliğinin bulunması halinde VUK m. 359/b'de yer alan sahte belge düzenleme suçu oluşmayıp, TCK'daki belgede sahtecilik suçları açısından değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede belgede yapılan değişikliğin veya düzenlemenin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge mi yoksa sahte belge mi olduğu da gerek doktrin gerekse yargı kararlarında belirlenmeye çalışılmaktadır. Belgenin kullanılmasının da neyi ifade ettiği tartışmalı olup doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kullanmak için belgenin hukuki sonuç doğuracak şekilde kullanılması gerektiğini benimsediğimizden belgenin yalnızca deftere kaydedilmesinin yeterli olmadığını, dahil edildiği beyannamenin vergi dairesine verilmiş olması da gerektiğini düşünüyoruz.

VUK'da 7394 sayılı Kanunla inceleme konumuzu da ilgilendiren hükümlerde değişiklik yapılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 2 yıllık bir sürede iki iptal kararı vermiştir. İptal kararının biri VUK m. 359/f. 5 ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi VUK m. 359/5 ile VUK geçici 34. madde hükümleri arasında zaman bakımından uygulanma farklılığı bulunduğunu kabul ederek hükmü iptal etmiştir. Diğeri de VUK geçici 34. madde hükmüyle ilgilidir. Bu hükmü de "muhatapın katlanmak durumunda kaldığı aşırı külfeti azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik idari ve/veya yargısal başvuru yolu biçiminde bir telafi mekanizması öngörülmediği" gerekçesiyle infaz ve kovuşturma ibareleri yönünden iptal etmiştir. Dolayısıyla iptal kararlarından düzenleme yapılırken gereken özenin gösterilmediği anlaşılmaktadır.

VUK'nin kapsamında yer aldığı vergi kaçakçılığı suçlarının düzenleme şekli de Ceza Hukukunun kabul ettiği sistem açısından sorun teşkil etmektedir. TCK'da ayrı suçlar olarak düzenlenen sahtecilik ile ilgili fiiller VUK m. 359'da aynı bentte seçimlik hareket olarak düzenlenmiş, özel iştirak belirlemesi yapılmış, iştirakte TCK'da kabul edilmeyen ceza indirimine yer verilmiştir. Bu belirlemelerin doğru olmadığı belirtilmelidir.

Sonuç olarak kanunlarda düzenlemeye gidilirken daha dikkatli hareket edilmesi ve TCK hükümleri de gözden geçirilerek gereken değişikliklerin VUK da dahil ilgili kanunlarda yapılması gerektiği ifade edilmelidir.

Kaynakça

- Ağar S, 'Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçları', TBB Dergisi, Sayı 58, 2005, s. 273-301.
- Akbulut B, 'Sahte Belge Düzenlemek veya Kullanmak Suretiyle Vergi Kaçakçılığı Suçu (VUK m. 359/b)', AD, 2023, S. 71, s. 653-702.
- , *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Ankara 2023.
- Akdeniz D, 'Sahte ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçunda Manevi Unsur', Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 1, s. 90-105.
- Batun M, 'Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür', Yaklaşım Dergisi, 2010, Y. 18, S. 213, <<http://www.yaklasim.com>>, s. 135.
- Bayar İ, *Vergi Kaçakçılığı*, Ankara 2013.
- Bayraklı HH, 'Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs', TAAD, 2019, Y. 10, S. 37, s. 1-18.
- Biyan Ö, 'Türk Vergi Hukukunda Belge Düzeni ve İspat: "Eleştiriler ve Öneriler"', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel S., 2010 (Bası Yılı 2012), s. 27-55.
- Bülbul D ve Özay N, 'Vergi Kaçakçılığı ve Boyutunun Türkiye ve AB Ekseninde Değerlendirilmesi', Gümrük & Ticaret Dergisi, S. 7, Y. 2016, s. 52-62.
- Çavuş A, *Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılığı Suçları*, İstanbul 2016.
- Donay S, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, İstanbul 2008.
- Erman S, *Ekonomik Suçların Tespitinde Suç Siyaseti*, İstanbul 1984.
- Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı Suçlar*, İstanbul 1996.
- Gökcan HT, 'Resmî Belgede Sahtecilik Suçu', Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 3, 2009, s. 93-126.
- , 'Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK M.207)', Ankara Barosu Dergisi, 2010, Y. 68, S. 1, s. 209-236.
- Gökcan A, *Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m. 204-212)*, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Güngör M, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü', TAAD, 2020, Y. 11, S. 44, s. 269-299.
- 'Kaçakçılık Suçlarında İştirak, Birleşme ve Tekerrür', <<https://www.ozdogrular.com.tr/v1/fla-haberler-gizli-245/13314>>.
- Karaarslan M, 'Ceza Mevzuatında Yapılan Değişikliklerin Vergi Kaçakçılığı Suçuna Etkileri', TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s. 115-150.
- Karakoç Y, *Vergi Ceza Hukuku, Genel Kısım, Vergi Kabahatleri, Vergi Suçları*, Ankara 2016.
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, C.H.Beck, München, 2006 (KKOWiG).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2022.

- Mahmutoğlu FS, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar*, Ankara 2003.
- Onat EB, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda İştirak', TBB Dergisi, 2018 (137), s. 311-335.
- Ortaç FR ve Ünsal H, *Genel Vergi Hukuku*, Ankara 2019.
- Özcan O, *Vergi Suçları*, Ankara 2015.
- Özen M, *213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri*, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Polat İ, Vergi Hukukunda Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi ve Kullanılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004.
- Sümer SY, 'Kanunilik İlkesi Bağlamında Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme ve Kullanma Suçlarında Manevi Unsur', Ankara Barosu Dergisi, 2023/1, s. 149-212.
- Şenyüz, Doğan, *Vergi Ceza Hukuku, (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, 10. Baskı, Bursa 2017.
- Şenyüz D, 'Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş', İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2016, C. 81, S. 2, s. 13-50.
- Şenyüz D, Yüce M ve Gerçek A, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)*, 13. Baskı, Bursa 2022.
- Taştan M, *Açıklamalı-İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları*, 3. Baskı, Ankara 2022.
- Tiedemann K, 'Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung', ZStW, 1976, Band 88, s. 233-260.
- , 'Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht', NJW, 1979, Heft 37, s. s. 1849-1856.
- Torunoğlu T, 'Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu Maddesinde Düzenlenen Sahte veya Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suretiyle Kaçakçılık Suçu', AkdHFD, 2023, C. 13, S. 2, s. 877-911.
- Türkal HM, Ekici S ve İnan M, 'Vergi Suç ve Kabahati Kavramı, 4369 Sayılı Yasa Öncesi-den Günümüze Yürürlükteki Vergi Suçları - Kabahatleri ve Cezaları', SÜHFD, 2010, C. 18, S. 1, s. 45-83.
- Uğur H ve Elibol M, *Vergi Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2016.
- Yetik ET, Vergi Ceza Hukukunda Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlenmesi ve Kullanılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Yıldız F, 'Belgede Sahtecilik İle VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması', TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 12, S. 48, Ekim 2021, s. 547-582.
- Yurtsever H, 'Kritik Kontrol Noktası Analiziyle Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge Ayırımı', Maliye Dergisi, S. 156, Ocak-Haziran 2009, s. 141-151.
- Yüce M, *Vergi Kaçakçılığı Suçu (Sahte Belge ve Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleme veya Kullanma Suçu) ve Yargılama Usulü*, 2. Baskı, Ankara 2021.

Israrlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme^(*)

Doç. Dr. M. Emre TULAY^(**)

Öz

Ülkemiz ve dünyadaki istatistiki veriler ile uluslararası hukukta atılan yasal adımlara bakıldığında kamuoyunda oluşan haklı beklentiyi karşılamak ve nihayetinde kişilerin huzurlu bir hayat sürme hakkını korumak adına, 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanunla birlikte TCK m. 123/A altında ısrarlı takip suçu, Türk hukuk sisteminde yerini almıştır. TCK'da hürriyete karşı suçlar altında konumlandırılan bu yeni düzenleme, suçun yapısal unsurları bakımından değerlendirmeye muhtaçtır. Bu noktada fail ve mağdurun kimler olabileceği, seçimlik hareketlerin yorumu, kastın kapsamı, onunla bağlantılı şekilde hata kurumunun yansımaları ve suçun özel görünüş şekilleri ayrı ayrı incelenmelidir. Konu analizinde Alman Ceza Kanunu 238. maddesinde yer alan düzenleme ve ilgili norm hakkındaki doktrin görüşlerinden de istifade edilmiştir. TCK m. 123/A hükmünün henüz 2022 tarihinde hukuk sistemine giren yeni bir norm olması ve ısrarlı takibin sözlü davranışın tipik hareketin parçası olduğu cinsel taciz, tehdit, hakaret gibi suçlarla birlikte işlenebilme olasılığı karşısında, maddi ceza hukuku perspektifinden yaptığımız huku-ki analizlerin Türk hukuk doktrinine katkı sunması ve uygulamaya yol göstermesi umut edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Tehlike Suçu, İsrar, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, Araç Kişi, İçtima.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.02.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.02.2024.

Atıf Şekli: M. Emre Tulay, 'Israrlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 94.

DOI: 10.52273/sduhfd..1436465.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: emre_tulay@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7828-8302>.

An Evaluation on the Compatibility of Crime of Stalking with Crime Theory

Abstract

Considering the criminal statistics and the legal steps taken in international law, the crime of stalking has entered our legal life under Article 123/A of the Turkish Penal Code (TPC) in order to meet the rightful expectation of the public and ultimately to protect the right of individuals to lead a peaceful life. This new regulation in the TPC needs to be evaluated in terms of the structural elements of the crime. At this point, who the perpetrator and the victim might be, the interpretation of the alternative acts, the reflections of the institution of error in connection with it, and the special appearances of the crime should be examined separately. In the analysis of the subject, doctrinal views about the regulation and the relevant norm in Article 238 of the German Penal Code were also utilized. In the face of the fact that stalking crime is a new norm, and that crime can be committed together with sexual harassment, threats and insults, it is hoped that our analyzes from the perspective of substantive criminal law will contribute to the doctrine and guide the practice.

Keywords

Danger Crimes, Persistency, Objective Conditions of Criminality, Use a Person as a Means, Joinder.

Extended Summary

The crime of stalking is regulated in TPC Article 123/A under the seventh chapter titled “Crimes Against Freedom” in the second chapter of the second book of the TPC. Stalking crime is entered into force with the Law No. 7406, which was adopted on 12.5.2022 in the Türkiye Grand National Assembly. Statistical data published in our country and foreign countries reveal that people suffer from uneasiness or anxiety due to unauthorized and persistent follow-up, and even psychological and/or physiological disorders arise as a result of this. In fact, crimes such as sexual harassment, insults, threats, and acts such as bodily injury, molestation, sexual assault or abuse included in the TPC include persistent action, and in this respect, the victim’s persistent pursuit is not left unpunished. However, stalking does not in all cases meet the typical behavior envisaged in the aforementioned crime or other similar norm. Especially considering the speed of technological developments, it is rightly expected that the legislator will take a legal step.

The need for the crime of stalking has been revealed in many statistical data dating back to 2022 and revealing the intensity of committing the act. Our study includes the examination of the crime in Article 123/A of the TPC, which has now entered our legal life, in terms of crime theory. The main purpose of our work is to examine the compatibility of the existing norm with the structural elements of the crime and to draw attention to the issues that seem deficient or problematic, by taking into account the regulation in the German Criminal Law. Also in our study, solutions have been offered where relevant points.

There is no need to argue over the legal value protected in the crime of stalking. However, when we enter the field of typicality, the question of who the perpetrator and victim are in the first place awaits an answer. Although it is a common situation to see men as the perpetrator and women as the victim, there is no legal difference between the perpetrator and/or victim being a woman or a man. In this section, the consequences related to the situations in which the victim has the ability to perceive or not is an issue that needs to be considered.

TPC art. 123/A can be committed with alternative acts. The common point in terms of typical movement is, following up must be committed persistently. Then first, the notion of “persistency” must be examined. In this examination, the doctrinal views and judicial decisions about TPC art. 123 are guiding. The legal nature of the notions of serious uneasiness or anxiety in the TPC article 123/A is another issue that needs to be determined in the material elements of typicality. After these evaluations, whether the crime is a harm crime or a danger crime should also be answered satisfactorily. It should also be explained separately how the elective movements listed in the text of the law should be understood in concrete terms.

The crime of stalking only can be committed intentionally. Eventual intent (*dolus eventualis*) is enough for this crime. But the scope of intention is takes form with legal nature of serious uneasiness or anxiety. Also in this section, the determination of the crime, which is aggravated due to the qualified state of the crime and its result, and the results related to the error institution are another important research area.

The direct effect of the legal determinations made over the definition of TPC 123/A/1 undoubtedly manifests itself in the criminal attempt. The issue of complicity should not be overlooked with general explanations. Especially, using of someone else as a means in the crime is defined as an alternative act, which makes the examination of accomplice ship also important.

German Penal Code Article 238 is one of the similar regulations with TPC article 123/A. German Penal Code Article 238 has been on effect since 2007. The legal amendments on German Penal Code Article 238 (dated 2017 and 2021), and doctrinal views about that regulation has also been utilized in relevant sections of our study. In particular, the evolution of the crime into a danger crime, keeping the optional range of action very wide, and the preferences for qualified form that increase the penalty are the points that stand out in terms of comparison.

TPC article 123/A includes a wider scope of action compared to TPC article 123. After the evaluations regarding TPC article 123/A within the framework of crime theory, our thoughts on the steps expected to be taken by the legislator are shared in the conclusion part.

Giriş

Türk Ceza Hukukunda, 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte, 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitap ikinci kısmında “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölüm altında ve TCK m. 123/A hükmünde ısrarlı takip suçu ihdas edilmiştir. TCK m. 123/A hükmü şu şekildedir:

“(1) Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Suçun;

a) Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi,

b) Mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması,

c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi, hâlinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Bu maddede düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır”.

Gerekçedeki açıklamalara bakıldığında bu suçun düzenlenmesindeki ana amaç, kişilerin huzurlu bir hayat sürmesini sağlamaktır¹. Gerçekten bir başkası-

¹ Düzenlenen suç ile ulaşılmak istenen amaç bakımından değerlendirmeler için ayrıca bkz. Murat Balcı ve Kerim Çakır, ‘Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 326; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022) 500; Murat Volkan Dülger, ‘Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32; Şaban Cankat Taşkın, ‘Israrlı Takip Suçu’ (2023) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 110. Uluslararası literatürde stalking olarak adlandırılan bu fiilin suç olarak öngörülmesindeki tercihin cezalandırma ihtiyacı ve uygunluk yönünden sorgulanmaya açık olduğu söylenebilir. Bu yönüyle de hukuk uygulaması, icra edilen fiilin sosyal yaşamın sınırlarında kalıp kalmadığını ayrı bir titizlikle irdelemelidir, bkz. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen ve Frank Saliger, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar (6. Bs., Nomos Yayıncılık 2023) § 238 Rn. 3; Frank Neubacher ve Gerhard Seher, ‘Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)’ (2007) JZ 1031.

TCK m. 123/A’nın ihdası, failin esasen kanuni tipte tam karşılanmayan fiiller dolayısıyla (cinsel taciz gibi) cezalandırılmasının önlenmesi bakımından da önemli bir adım olarak görülmelidir, bkz. Süleyman Özar, ‘Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) AÜHF 1404.

nın rızasız ya da yetkisiz takibinde olan mağdurun; korku, endişe gibi olumsuz durumlara dayanan psikolojik bunalım ve tramvaya kapılması, yine sosyal çevreden uzaklaşarak yalnızlaşması, kısacası rutin hayat konforunu kaybetmesi söz konusu olabilmektedir².

Türk Ceza Hukuku doktrininde daha önceki tarihlerde yasallaşması yönünde beklentilerin dile getirildiği³ ısrarlı takip suçu, henüz 2022 tarihinde hukuk sistemimize girmiştir. Dolayısıyla söz konusu suç tipinin, korunan hukuki değer başta olmak üzere fail ve mağdura ilişkin açıklamalar eşliğinde haksızlığı oluşturulan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları bakımından değerlendirilmesi ayrı bir önem kazanmaktadır. Yine suçun özel görünüş şekillerinin suç tipine ne şekilde yansıtacağı ayrıca analiz edilmelidir.

Israrlı takip suçu, Alman Ceza Hukukunda da karşılaştığımız bir suç tipidir. Nitekim § 238 StGB hükmünde ısrarlı takip suçu (*Nachstellung*) düzenlenmiştir. Suç, korunan hukuki değer ve düzenleme yeri itibarıyla TCK ile paralellik göstermektedir. Alman Hukukunda da ısrarlı takip, kişi özgürlüğüne karşı suçlar (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*) bölümünde yer almakta ve korunan hukuki yarar olarak bireyin özel yaşam alanı öne çıkmaktadır⁴. Alman Ceza Hukukunda benimsenen suç teorisine ilişkin esasların hukukumuz açısından somut bir karşılığı olması, Alman Ceza Kanunundaki düzenlemenin Türk Ceza Kanununa kıyasla daha eski bir tarihe uzan-

² Bkz. Andreas Mosbacher, 'Nachstellung - § 238 StGB' (2007) NStZ 665; Brian Valerius, 'Stalking: Der neue Tatbestand der Nachstellung in § 238 StGB' (2007) JR 320; Wolfgang Mitsch, 'Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch' (2007) NJW 1238. Almanya'da sonuçlandırılan 2010 tarihli bir araştırma; halkın %11'i, hayatlarının herhangi bir döneminde *stalking*'e maruz kaldığını ve bu kesimin üçte biri için fiilin bir yıldan fazla sürdüğünü ortaya koymuştur, bkz. Schöch Heinz, 'Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand' (2013) NStZ 222; Doğan Recep, 'Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu' (2014) Ankara Barosu Dergisi 140 vd.

Israrlı takipte ceza normuna duyulan ihtiyacı ortaya koyan istatistiki araştırma ve veriler için bkz. Mert H. Akgün, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Yükseltelen Cezalar ve İsrarlı Takip Suçu (Seta 2022) 8 vd.

³ Genel olarak bkz. Doğan (n 2) 137 vd.

⁴ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Auflage, C H Beck 2021) § 238 Rn. 1; Jörg Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar (Adolf Schönke ve Horst Schröder) (30. Auflage, C H Beck 2019) § 238 Rn. 4; Karl Lackner, Kristian Kühl ve Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2023) § 238 Rn. 1; Beck'sche Online-Kommentare (57. Ed., 1.5.2023) § 238 Rn. 1; Nikolaos Gazeas, 'Der Stalking-Tatbestand - § 238 StGB (Nachstellung)' (2007) JR 498; Neubacher ve Seher (n 1)1030; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (66. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2019) § 238 Rn. 2.

ması⁵ ve fakat 2017 ile 2021 tarihli değişikliklerle revize edilmesi karşısında, ilgili kanundaki somut norm üzerine yapılacak analiz, Türk Ceza Hukuku açısından da faydalı olacaktır. Bu nedenle çalışmamızın ilgili kısımlarında, anlatımı bölmeyecek ölçüde metin içinde ya da dipnotta irtibatlı kısımlara yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen temel ölçütler çerçevesinde eserin ana gayesi, ısrarlı takip suçunu suçun yapısal unsurları çerçevesinde kavramak ve bu bağlamda suçla ilişkin tespit edilen sorunlara çözüm üretmektir. Çalışmada öncelikle tipikliğin maddi unsurlarına değinilmiş, ilgili kısımda özellikle “ısrar” olgusu ve seçimlik hareketlerden ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Yine bu kısımda, TCK m. 123/A’da tanımlanan hareketin hukuki niteliği ve netice ile objektif cezalandırılabilme şartı arasındaki farkın kast ve teşebbüs kurumları nezdinde hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur. Akabinde tipikliğin manevi unsuru başlığı altında, kast ile hatanın kast üzerindeki etkisine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Tipiklikten sonra, ısrarlı takip suçuyla özdeşleştirilecek biçimde hukuka aykırılık unsuruna ayrı bir inceleme sahası bırakılmıştır. Sonrasında, ısrarlı takip suçunda ceza-ya etki eden nedenler ve hukuki nitelikleri ele alınmıştır. Takip eden bölümde suçun özel görünüş şekilleri irdelenmiştir. Bu kısımda, özellikle TCK m. 123/A/1’deki tipik hareketin iştirak ilişkisine yansımalarına ayrı bir önem verilmiştir. Eser, muhakeme usulüyle alakalı tespitlerle noktalanmıştır.

I. Haksızlık Bakımından İnceleme

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail ve Mağdur

TCK m. 123/A’da tanımlanan suçta kanun koyucu, fail bakımından özel bir statü belirlememiştir. Dolayısıyla ısrarlı takip suçu, herkes tarafından işlenebilir⁶.

TCK m. 123/A hükmü gerekçesinde “*Düzenlemeyle, özellikle kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunması hedeflenmektedir*” ifadesine yer verilmiştir.

⁵ *Stalking* fiili Alman Ceza Kanunundaki başka suçlar altında yorumlanırken, 31.3.2007 tarihi itibarıyla bağımsız bir norm olarak § 238 StGB’de yer bulmuştur; yasalama süreci hakkında bkz. Valerius (n 2) 320. Böylelikle Alman Hukukunda, yaralama ve hürriyete karşı suçlar içinde oluşan boşluğun doldurulmak istendiği ifade edilmektedir, bkz. Mitsch (n 2) 1238 (1242).

⁶ § 238 StGB için de aynı durum geçerlidir, bkz. Mitsch (n 2) 1238.

İstatistiki verilere göre *stalking* ve benzeri fiillerin mağdurunun çoğunlukla kadın, failin ise çoğunlukla erkek olduğu bilinse de⁷ ısrarlı takip suçunda failin/mağdurun kadın ya da erkek olmasının, tipik hareket veya suçun nitelikli hali üzerinde etkisi yoktur.

Mağdur bakımından analize muhtaç bir konu, mağdurun algılama yeteneğine sahip olup olmamasının kanuni tipe etkisidir. Gerçekten, tipik hareketin tanımına bağlı olarak bazı suçlarda mağdur, ancak algılama yeteneğini haiz kişi olabilir. Mesela, TCK m. 84/4'teki düzenleme gereği, intihara yönlendirme suçunun mağduru konumdaki kişiler sınırlandırılmıştır. TCK m. 123/A'da ise buna benzer bir sınırlama tercih edilmemiştir⁸.

TCK m. 123/A'da açık bir sınırlama olmamasına karşın, mağdur konusunda şu husus açıklığa kavuşturulmalıdır: İsrarlı takibe maruz kalan ve algılama yeteneğine sahip olmayan kişi, acaba bu suçun mağduru olarak kabul edilecek midir? Mesela bir gün önce arabasını çizdiği için kin duyduğu beş yaşındaki çocuğu kendi evine dönerken ısrarla takip eden fail, ısrarlı takip suçunun faili olarak değerlendirilecek midir? Buradaki sorunun öncelikli odak noktası, mağdurun sıfatında kendini gösterir. Şayet algılama yeteneği olmayan kişiyi bu suçta mağdur olarak kabul etmezsek, suçun da oluşmadığını söylemek gerekir.

Kanaatimizce; ısrarlı takip suçunda mağdur herkes olabileceği için suç, algılama yeteneğini haiz olmayan kişiye karşı da işlenebilir⁹. Ancak mağdur konusunda yer alan kişinin ısrarlı takipten dolayı endişe ya da huzursuzluk duyması, suçun hukuki niteliğine ilişkin yoruma göre ayrıca değerlendirilmelidir. Gerçekten, bu sonucun netice unsuru içinde görülmesi halinde, tipik hareketin somut olaydaki elverişliliği üzerinden teşebbüs değerlendirilmelidir. Buna karşın ilgili sonuç objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, algılama yeteneğinden yoksun kişiye karşı işlenen fiille birlikte suç tamamlanacak ve fakat cezalandırma şartı gerçekleşmeyecektir. Her durumda şikayet hakkının kanuni temsilde olduğu unutulmamalıdır. Hemen belirtelim ki, tartıştığımız durumlarda

⁷ Suçun mağdurunun ekseriyetle kadın, failinin ise çoğunlukla erkek olduğunu söylemek gerekir, bkz. Doğan (n 2) 142 vd. Geniş istatistiki veriler ve değerlendirme için ayrıca bkz. Dülger (n 1) 23 vd. Almanya'da da henüz 2006 yılındaki istatistiki verilerde, *stalking* fiilinde mağdurun %90 oranında kadınlar olduğu ifade edilmiştir, bkz. Valerius (n 2) 319.

⁸ Hatta mağdurun çocuk olması, TCK m. 123/A/1'e göre cezayı artıran nitelikli haldir.

⁹ Aksi görüşte Taşkın (n 1) 111. TCK m. 123 özelinde, suçun mağdurunun ancak algılama yeteneğini haiz kişiler olabileceği görüşünde Muharrem Özen ve Köksal Atacan, 'Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu' (2019) AÜHFD 484.

kanuni temsilciye ayrıca mağdur sıfatı yüklenemez. Çünkü suç fiili, bizzat suçun mağduruna yönelecek şekilde tanımlanmıştır.

Tüzel kişilerin mağdur olabilmeleri noktasında ise; kanımızca tüzel kişiler mağdur sıfatını haiz olabilese de¹⁰ TCK m. 123/A'da tanımlı fiil bakımından tüzel kişilerin mağdur olmaları mümkün değildir.

Sonuç olarak; TCK m. 123/A'da tanımlanan suç, fail ve mağdur bakımından bir özellik göstermez. Herkes, ısrarlı takip suçunda fail ya da mağdur olabilir.

2. Kanuni Tipte Tanımlanan Hareket

Israrlı takip suçunda tipik hareket, TCK m. 123/A/1 hükmünde *ısrarlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* şeklinde tanımlanmıştır¹¹.

Kanuni tanıma bakıldığında ilk dikkat çeken husus, suçun seçimlik hareketli suç olarak düzenlendiğidir¹². Böylece Kanun metninde yer alan hareket tiplerinden birinin gerçekleştirilmesi, icra edilen fiil bakımından yeterlidir.

a. "Israr" Kavramı

Seçimlik hareketleri irdelemeden önce, bu hareketlerin tipik sayılabilmesi için öngörülen "ısrar" sözcüğü üzerinde durulmalıdır. *Israr*, *direnme*, *ayak direme*, *üsteleme*, *üstünde durma* anlamına gelmektedir. Kanunda öngörülen seçimlik hareket-

¹⁰ Ayrıca bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bs. Yetkin Yayıncılık 2018) 250; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bs., Savaş Yayıncılık 2019) 115; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 Bs. US-A Yayıncılık 2019) 209. Karş. Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2020) 201; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Beta Yayıncılık 2019) 191. Buna karşın Türk Ceza Hukukunda, tüzel kişilerin mağdur sıfatını haiz olamayacağı görüşü ağırlıktadır, bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Bs. Adalet Yayıncılık 2022) 124; M. Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bs. Adalet Yayıncılık 2022) 384; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bs. Seçkin Yayıncılık 2021) 117; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022) 225.

¹¹ Israrlı takip suçunun Alman Hukukundaki karşılığı olan §238/1 StGB hükmü, seçimlik hareketler yönünden TCK ile birtakım benzerlikler gösterse de özellikle 2012 tarihli değişiklikten sonra daha ayrıntılı bir norm halini almıştır.

¹² Balcı ve Çakır (n 1) 328; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 1) 501. Suçun ayrıca bağlı hareketli suç olarak kabulü yönünde Dülger (1) 34; Özar (n 1) 1407.

lerin ısrarlı bir şekilde icra edilmemesi halinde artık tamamlanmış bir suçtan bahsedilemez. Henüz ısrara dönüşmemiş davranışların teşebbüs kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise aşağıda ilgili başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

Failin davranışının ısrar seviyesine ulaşıp ulaşmadığı her bir olay için münhasıran incelenmelidir¹³. Bir defalık ya da birden fazla olmasına rağmen geçici, kesintili davranışlar ısrar olarak görülemez¹⁴. Diğer yandan ısrarın tespitinde objektif ölçüt-

¹³ Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçuyla ilgili olarak da Yargıtay, ısrar unsurunun somut olayda ne şekilde gerçekleştiğinin tespitinin gerekliliğini vurgulamıştır, örnek olarak bkz. “Sanığın, müşteki ...’in telefonuna müşteki ve katılana yönelik mesaj olarak gönderdiği sözlerle hakaret ettiğinin kabul edilmesi ve bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulması karşısında, sanığın hangi eylemlerinin TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen genel ve tamamlayıcı nitelikte olan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu ve suçun unsuru olan ısrar ögesinin ne şekilde gerçekleştiği, sanığın kastının ne şekilde sırf huzur ve sükunu bozma saiki olarak kabul edildiği yöntemince açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 15198/25714, 20.12.2022; ayrıca bkz. Yargıtay 12 Ceza Dairesi, 9404/9964, 13.12.2022.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de ısrar olgusunun (*Beharrlichkeit*) asgari tekrar sayısına bağlanamayacağı, farklı davranışların bütüncül değerlendirilmesiyle birlikte ısrarın tespit edilebileceğini söylemektedir, bkz. BGHSt 54 189 (NJW 2010 1680).

¹⁴ 1.20.2021 tarihli yasa değişikliği öncesinde Alman Ceza Hukukunda, ısrarlı takip suçunda tipik hareket konusunda genel olarak; takibin bir seferlik hareket olarak algılanamayacağı, bir devamlılık içerdiği, kanun koyucunun “ısrarlı-beharrlich” vurgusuyla bunu kanun metninde ayrıca ve açıkça öngördüğü dile getirilmiştir, bkz. Fischer (n 4) § 238 Rn. 8; Mitsch (n 2) 1240; Mosbacher (n 2) 666; Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 6. Oysa bu kavramın, aynı zamanda failin iç dünyasına ilişkin bir değerlendirme içermesi sebebiyle ceza hukuku açısından çok isabetli bir tercih olmadığı vurgulanmıştır, bkz. Heger (n 4) Rn. 3. Alman kanun koyucu, 2021 tarihli yasal değişiklikle ısrar/*beharrlich* unsuru yerine tekrar/*wiederholt* sözcüğünü tercih etmiştir. Bu tercihle birlikte 2021 öncesindeki “ısrar” olgusu geride kalmıştır ve artık § 238 StGB’deki fiilin gerçekleştirilmesi için seçimlik hareketlerin tekrarlanması yeterlidir, bkz. Sönke Florian Gerhold, ‘Entgrenzung des Nachstellungstatbestands’ (2021) ZRP 120; BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 13. Ama “tekrar” olgusunun tespiti açısından asgari bir yasal kriter benimsenmemiştir. Keza mesela, beş ay içinde iki kez yetkisiz takibin tipik hareketi oluşturup oluşturmayacağını söylemek de kolay değildir, bkz. Heger (n 4) Rn. 3. Nitekim 2008 tarihli bir kararda Lübeck Ceza Mahkemesi, beş ay içerisinde tekrarlanan takibin ısrarlı takip niteliğinde olduğuna hükmetmiştir, karar için bkz. LG Lübeck v 14.2.2008, JuS 2008 553; karar hakkında ayrıca bkz. NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 43. Buna karşın doktrinde *Nachstellung* açısından tekrarın tek başına yeterli olmayacağı, ısrar olgusunun yasa metninde yer alan sekiz seçimlik hareket için de aranması gerektiği de savunulmaktadır, bkz. NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 31 (42). Doktrinde *Kretschmer*, mağdurun daha iyi şekilde korunması için 2021 yılında atılan adımın hukukun çok doğru olmadığı; çünkü belirsiz bir kavramın (ısrar) başka bir belirsiz kavramla (tekrar) ikame edildiğini söylemektedir, bkz. Kretschmer Joachim, ‘Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen’ (2022) JA 42. Belirtelim ki; her ne kadar Alman hukukunda halen *Nachstellung* (§ 238 StGB) için evrensel terim olan *Stalking* kullanılmaya devam etse de Alman Kanunundaki güncel normatif düzenleme karşısında (1.10.2021 sonrası) § 238 StGB’yi dilimize “yetkisiz takip” şeklinde tercüme etmek bizce daha doğru olacaktır.

ler benimsemek tek başına yeterli değildir. Gerçekten, TCK m. 123/A/1 hükmünde ısrarlı davranışın tipik hareket oluşturabilmesi eylemin mağdur üzerindeki etkisine bağlanmıştır. Yine bu yorumu destekler mahiyette, ısrarlı takip suçunun kişilerin huzur ve sükununu bozmanın aksine somut tehlike suçu olarak düzenlendiği göz ardı edilmemelidir¹⁵. O ki TCK m. 123/A/1 altında eylemin mağdur üzerindeki somut etkilerine bir sonuç bağlanmıştır, o halde ısrarın yorumlanmasında mağdurun subjektif durumu da dikkate alınmalıdır. Fakat hukuki değerlendirme yalnızca failin subjektif durumuna terk edilirse; telefonu üç gün üst üste aranan bir kişi bakımından kesintili ya da geçici olarak görülen davranış, bir başka mağdur tarafından ısrarlı eylem olarak görülebilir. Öyleyse ısrar olgusu, mağdurun subjektif durumunun objektif veriler ışığında değerlendirilmesiyle tespit edilmelidir.

Önemle belirtelim ki tipikliğin unsuru olan ısrar eylemi, suçu kesintisiz suç haline getirmez¹⁶. Başka deyişle aynı mağdurun farklı zamanlarda takibi, - elbette makul süre içinde- tek bir (ısrarlı) hareket olarak değerlendirilir¹⁷.

Israr kelimesinin hukuki yorumunda, TCK m. 123'ün yol gösterici olduğu söylenebilir¹⁸. TCK m. 123/A, TCK m. 123 hükmünde öngörülen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile benzetmektedir. Nitekim ısrarlı takip suçunun, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun özel bir şeklini oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁹. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun tipik hareketinde de fiilin ısrarla icra

¹⁵ Alman Ceza Hukukunda da 2017 tarihli kanun değişikliğinde suç tanımında “*hayat tarzını önemli derecede etkilemeye elverişli şekilde*” ibaresine yer verilmesiyle birlikte suç, netice suçu (*Erfolgsdelikt*) olmaktan çıkarılmış ve potansiyel tehlike suçu olarak vasıflandırılmıştır (*potentielles Gefährdungsdelikt*), bkz. Fischer (n 4) § 238 Rn. 21; Heger (n 4) Rn. 1; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 2; Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 29. Önceki düzenleme açısından, normun netice suçu olarak düzenlenmesinin suçtan beklenen hukuki yararı karşılamakta yetersiz kalacağı, öngörülen hukuki amaca ulaşabilmek için çözümün, fiilin tehlike suçu olarak vasıflandırılması ile mümkün olacağı görüşünde Schöch (n 2) 221; aynı yönde eleştiri için ayrıca bkz. Neubacher ve Seher (n 1) 1034 vd. Suçun oluşabilmesi için mağdurun hayat tarzının önemli derecede etkilenmesi gerektiği ve bu bakımdan suçun netice suçu olduğu görüşünde NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 45. Gerçekten, TCK m. 123'te tanımlı suç bakımından kişilerin (mağdurun) failin hareketinden dolayı rahatsız olmaları şart değildir, bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 499. Bu yönüyle kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu soyut tehlike suçudur.

¹⁶ BGH NStZ 2010 513. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 34; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60; Gazetas (n 4) 504; Kretschmer (n 13) 46; Holger Matt ve Joachim Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar (2. Bs. Franz Vahlen Yayıncılık 2020) 1917. Aksi görüşte Özar (n. 1) 1413; Taşkın (n 1) 124.

¹⁷ BGH NStZ 2010 513. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 34; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60.

¹⁸ Ayrıca bkz. Özar (n 1) 1409.

¹⁹ Bkz. TCK m. 123/A gerekçesi.

edilmesi şarttır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihinden bugüne yürürlükte olan bu suç hakkındaki içtihatlar, ısrar kelimesi üzerine yerleşik içtihatları görmemize katkı sunacaktır. Buna göre ısrar; icra edilen davranışta bir kez ile yetinilmemesi, eylemin tekrarlanması ve süreklilik teşkil etmesi şeklinde yorumlanmalıdır²⁰.

b. Seçimlik Hareketlerin Değerlendirilmesinde Ortak Hususlar

TCK m. 123/A/1'e göre²¹; ısrarlı bir şekilde, fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir²².

²⁰ “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ile korunan hukuki yarar kişi özgürlüğünün korunması ve bireyin, psikolojik ve ruhsal bakımdan rahatsız edilmemesi ve yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için, kanun metninde yazılı bulunan telefon etme, gürültü yapma ya da aynı maksatla, hukuka aykırı bir davranışta bulunması eylemlerinin bir kez yapılmasının yeterli olmadığı, eylemlerin ısrarla tekrarlanması, süreklilik arz etmesi ve sırf kişilerin huzur ve sükûnunu bozma saiki ile işlenmesi gerekmektedir”, bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 12030/20848, 25.10.2022; aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 3217/10262, 24.5.2022; Yargıtay 1 Ceza Dairesi, 857/1068, 11.2.2021. “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunda, suçun maddi unsurunu oluşturan eylemlerin ısrarla, huzur ve sükunu bozma saiki ile gerçekleştirilmesinin gerektiği, yargılamaya konu somut olayda, sanığın müştekinden alacağı için bir kaç kez aradığını ve sadece iki adet hakaret içerikli mesaj gönderdiğini belirtmesi karşısında; TIB'den suç tarihindeki HTS kayıtlarının getirtilip sanığın müştekiyi kaç kez aradığının tespit edilerek sonucuna göre sanığın ne şekilde ‘sırf huzur ve sükunu bozma’ saiki ile hareket ettiği ve ısrar unsurunun olayda nasıl gerçekleştiği tartışılıp açıklanmadan yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi”, bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 14709/12756, 18.5.2022. TCK m. 123 altında ısrar kavramı hakkında ayrıca bkz. Özen ve Atacan (n 9) 485 vd.

²¹ Uluslararası hukukta karşılık bulan *Stalking* fiilinin hukukumuzdaki normatif karşılığı olan TCK m. 123/A, emsal normlar arasında yer alan § 238 StGB'ye nazaran sınırlı bir içeriğe sahiptir. Çalışmamızda yer yer detaylarını sunduğumuz § 238 StGB hükmünde tanımlı seçimlik hareketlere, siber suçlarla mücadele gerekçesiyle (bkz. Heger (n 4) Rn. 3) 2021 tarihinde üç yeni varyasyon eklenmiştir (bkz. § 238/1-Nr. 5-7 StGB). Diğer yandan kanun koyucu, § 238/1 StGB'de yer alan “benzer bir başka davranış” ibaresini sekizinci bende taşıyarak tipik hareket sahasını son derece genişlemiş görünmektedir, bkz. Heger (n 4) Rn. 5. 2021 tarihli değişikliklerle güdülen amaç; teknolojik gelişmelerin etkisi altında mağdurun daha iyi şekilde korunması, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği olduğu söylenmelidir. Son fıkradaki “benzer bir başka davranış” ibaresine rağmen kanun koyucunun attığı adım da kanunilik ilkesine uyumluluk çabasının bir göstergesidir, bkz. Kretschmer (n 13) 41 vd.

²² § 238/1-n. 4 StGB'de “Mağduru veya onunla yakın ilişkide olan bir başka kişiyi hayat, vücut dokunulmazlığı, sağlık veya özgürlüğünü ihlal etmekle tehdit eder” şeklinde tanımlanan seçimlik hareketin benzeri bir tercihe TCK'da yer verilmemiştir. Anılan hükmün tehdit suçuyla bir içtima ilişkisi göstermediği, § 238'deki fiilin § 240 StGB'ye göre daha dar bir çerçeveye sahip olduğu dile getirilmektedir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 31. § 238 StGB'nin özel

Israrlı takip suçunda öngörülen seçimlik hareketlerin ortak koşulu, eylemin süreklilik arz etmesi, failin tipikliğe ait olan aynı veya farklı davranışı ısrarlı biçimde icra etmesidir. Isrardan ne anlaşılması gerektiğine dair açıklamalarımızdan sonra her bir hareket hipotezini ayrı ayrı ele alacağız. Fakat bu detaylı analize başlamadan önce, ısrarlı takibin ancak icrai davranışla işlenebileceğini vurgulayalım. Gerçekten, seçimlik hareketlerle ihmalî davranışı bağdaştırmak güçtür. Diğer yandan, garantörsel ihmalî suç değerlendirmesi yapılabilmesi için kanunen açık belirlemeye ihtiyaç vardır²³. O halde ısrarlı takibin görünüşte ihmalî suç olarak vasıflandırılması da olanaksızdır. Böylece; mesela, herhangi bir iştirak iradesi olmaksızın kızını ısrarla takip ederek endişeye sevk eden failin davranışına sessiz kalarak faile müdahale etmeyen babanın TCK m. 123/A özeinde cezai sorumluluğu yoktur²⁴.

Yine seçimlik hareketler bakımından ortak nitelikte bir diğer önemli husus, failin ısrarlı takibin farkında olmasının aranıp aranmayacağıdır. Mağdurun icra edilen fiilden haberdar olmalıdır²⁵. Aksi halde, kanunda yer alan huzursuzluk ve endişe şartının da fonksiyonel bir anlamı kalmayacaktır²⁶. O halde TCK m. 123/A açısından mağdurun kendisine karşı icra edilen ısrarlı takibin farkında olmasını aramak daha doğru bir yaklaşım görünümündedir²⁷. Hemen bu noktada, takipten haberdar olmak ile takibi algılamayı ayırmanın gerekliliğine işaret etmek isteriz. Çünkü biz, algılama yeteneği olmayan kişinin de suçta mağdur olabileceğini kabul ediyoruz. Huzursuzluk ve endişe halinin hukuki niteliği üzerine ilerleyen kısımda yer verdiğimiz değerlendirmeler, bu husustaki açıklamalarımızı da aydınlatacaktır.

norm olduğu ve meselenin prensip olarak bu kapsamda çözümlenmesi gerektiği görüşünde Kretschmer (n 13) 46. Bu hallerde § 238/1-n. 4 StGB'de anılan fiillerin münhasıran düzenlendiği normlar ile § 238 StGB arasında görünüşte içtima hükümlerine göre cezalandırmaya gidilmesi görüşünde NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60. TCK'da ise benzer bir seçimlik hareketin tanımlanmaması son derece olumludur. Çünkü emsal normatif düzenlemeyi tehdit suçundan ayırmanın zorluğu bir yana, halihazırda tehdidin cezalandırıldığı bir sistemde ayrıca bir düzenleme yapılmasının hukuki gereksinim bakımından karşılığı yoktur.

²³ Genel olarak bkz. Koca ve Üzülmüş (n 10) 396.

²⁴ Elbette bu ihmalî davranışın Kanunda tanımlı bir başka normu ihlal etmesi ayrıca değerlendirilmelidir (bkz. TCK m. 98).

²⁵ Alman Hukukunda bir görüş, § 238 StGB'de tanımlanan suç için mağdurun takipten haberdar olmasını/takibin farkında olmasını aramamaktadır, bkz. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 5.

²⁶ Benzer bir yoruma cinsel taciz suçu üzerinden yapılacak yorumla da ulaşmak mümkündür, karşı. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, (10.9.2013), E 2012/7618, K 2013/8902.

²⁷ Benzer yönde Özar (n. 1) 1410. Alman Hukukunda da özellikle 2017 değişikliğiyle birlikte açıkça zikredilen "elverişli şekilde" ibaresinden sonra, mağdurun fiilin farkında olması, tipik hareketin parçası olarak değerlendirilmektedir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 2.

c. Fiziki Takip

TCK m. 123/A/1'deki tanımında yer alan tipik hareketlerden ilki, mağdurun fiziken takip edilmesidir. Anılan eylem bakımından ilk akla gelen, ısrarlı şekilde mağdurun peşinden gidilmesidir. Ama Kanun gerekçesinde de paylaşıldığı gibi, suç işleme kastı kapsamında olmak kaydıyla, değişik zamanlarda aynı veya farklı yerlerde mağdurun karşısına çıkılması da fiziki takip olarak görülmektedir. Bunun yanında, fiilin bedensel temas içermesine gerek yoktur²⁸. Tabii bu noktada, eylemin bedensel temas içermesi durumunda farklı suçlar tartışmaya açılabilir. Çünkü vücut teması şeklindeki eylemde failin saiki ve eylemin yoğunluğuna göre yaralama, sarkıntılık, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlar da gündeme gelir.

Mağdurun teknolojik bir imkânın araç kılınması suretiyle takibi halinde fiziken takibin kabul edilebilirliği de tartışılmalıdır. Mesela, mağdurun haberdar olacağı şekilde fail tarafından ısrarlı biçimde kamera üzerinden izlenmesi fiziki takip niteliğinde midir? Bu soru olumsuz yanıtlanırsa eylemin TCK m. 123/A/1 kapsamında cezalandırılmayacağı söylenecektir. Çünkü takip amacıyla haberleşme, iletişim araçları ve bilişim sistemleriyle icra edilen davranış, mağdurla temas gayesi içerir (TCK m. 123/A/1). Kanaatimizce, fiziken takip fail ve mağdurun birbirlerini yüz yüze, karşılıklı görecekları şekille sınırlandırılmamalıdır. Mağdurun rahatsız olacağı biçimde herhangi bir teknik araçla izlenmesi durumunda da TCK m. 123/A/1'in gerçekleştiği söylenmelidir²⁹.

d. Haberleşme ve İletişim Araçlarını, Bilişim Sistemlerini Kullanarak Temas Kurmaya Çalışmak

TCK m. 123/A/1'de tanımlanan diğer seçimlik hareket, bir kimseyle haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmaktır³⁰. Teknolojik gelişmeler ışığında maddede yer veri-

²⁸ Balcı ve Çakır (n 1) 328; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 18 vd.

²⁹ Buna karşın, belirtilen seçimlik hareket açısından fail ve mağdur arasında fiziki bir yakınlığın aranması gerektiği de savunulmaktadır, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 20. TCK'da bu hususta bilinçsiz bir boşlukla ve yasal olarak giderilmesi gereken mühim bir eksiklikle karşılaşıldığı görüşünde Dülger (1) 38; ayrıca bkz. Özar (n 1) 1410.

³⁰ § 238/1 StGB'de "(2) Telekomünikasyon iletişim araçlarını veya başka bir iletişim aracını ya da üçüncü kişileri kullanarak onunla temasa geçmeye teşebbüs eder, (3) Ona ilişkin kişisel verileri kötüye kullanmak suretiyle onun adına mal veya hizmet sipariş eder veya üçüncü kişileri onunla irtibat kurmaya yönlendirir" şeklinde, birbirine benzer iki davranış iki ayrı seçimlik hareket altında öngörülmüştür. Bu yönüyle, TCK'da daha sade ve isabetli bir düzenleme tercih edildiği söylenmelidir.

len araçlarla bireylerin birbirini takibinin kolaylaşması, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir³¹. Burada haberleşme ve iletişim araçları ile bilişim sistemleri bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir. O halde bu seçimlik hareketin icrasında, anılan nitelikte olan³² ve bir başkasıyla temas kurmaya elverişli görünen araçlara başvurulabilir. Kişileri sabit ya da cep telefonundan arama veya onlara mesaj gönderme; faks, mektup gibi araçlarla rahatsız etme sosyal medya hesapları üzerinden yazışmalar³³ TCK m. 123/A/1 kapsamında³⁴.

e. Üçüncü Kişileri Kullanarak Temas Kurmaya Çalışmak

TCK m. 123/A/1'e göre fail, üçüncü kişileri kullanarak da mağdurla temas kurmaya çalışabilir. Tipik hareket yönünden üçüncü kişinin³⁵ doğrudan, fiziken bir temas kurmasıyla haberleşme ve iletişim araçlarını ya da bilişim sistemlerini kullanması arasında fark yoktur³⁶.

TCK m. 123/A/1 yönünden irdelenmesi gereken bir sorun olarak, araç kişinin irade yeteneğine sahip olup olmaması durumu öne çıkmaktadır. Kanaati-

³¹ Bkz. TCK m. 123/A/1 gerekçesi.

Alman Hukukunda teknolojik gelişmelerin oluşturacağı boşluğu engellemek, yeni davranış modellerini de suç tipi içine alabilmek adına § 238 StGB/1-Nr. 8'de "benzer bir başka davranış" şeklinde bir tanımlamaya yer verilmiştir, genel olarak bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 34. Düzenleme, somut bir davranış biçimi içermediği için kanunilik ilkesi ve haliyle Anayasaya uygunluk açısından sorunlu görülmektedir. Ancak diğer olayda Nr. 8'de yer alan bu ibare, önceki yedi bendi işaret etmesi ve ceza hakimini olayda tespit edeceği belirli bir harekete yönlendirmesi nedeniyle anlaşılabilir olduğu yönünde yorumlar paylaşılmaktadır, Heger (n 4) Rn. 5; benzer yönde Neubacher ve Seher (n 1) 1033. Söz konusu düzenlemenin anayasal açıdan hukuken sorunlu görüldüğü, diğer yandan ilgili hükmün pratikte "ölü kanun" niteliğinde olduğu yönünde Schöch (n 2) 221. Belirtelim ki böyle bir düzenlemenin TCK'da yer almaması son derece isabetlidir. Çünkü söz konusu düzenleme, kanunilik ilkesi açısından sorunludur; TCK özelinde benzer yönde değerlendirme için ayrıca bkz. Dülger (1) 34.

³² Elektronik haberleşme araçlarından ne anlaşılması gerektiği hususunda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/1-h; bilişim sistemlerini anlamlandırmak için TCK m. 243 gerekçesinin yol gösterici olduğu söylenmelidir, bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 329.

³³ Heger (n 4) Rn. 4.

³⁴ Balcı ve Çakır (n 1) 329 vd. Ayrıca bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 23.

³⁵ Üçüncü kişinin mağdurun çevresinde bir kişi olmasıyla faile ve/veya mağdura yabancı bir kişi olması, fiil bakımından önemsizdir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 25.

³⁶ § 238 StGB'de üçüncü kişilerle ilgili düzenleme de bir bakıma benzer içeriktedir: "2. Telekomünikasyon iletişim araçlarını veya başka bir iletişim aracını ya da üçüncü kişileri kullanarak onunla temasa geçmeye teşebbüs eder, 3. Ona ilişkin kişisel verileri kötüye kullanmak suretiyle onun adına mal veya hizmet sipariş eder veya üçüncü kişileri onunla irtibat kurmaya yönlendirir." Fischer (n 4) § 238 Rn. 21.

TCK m. 123/A/1’de yazılı sonuçların hukuki niteliği yorumlanırken, kaleme alınışı itibarıyla benzerlik gösteren görevi kötüye kullanma suçunun yol gösterici olduğu söylenebilir. Nitekim TCK m. 257/1 ve m. 257/2’de yer alan *kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan* ifadesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır⁴⁰. Fail, görevin gereklerine aykırı davranış sergilediğinde tipik hareket gerçekleşmiş, suç tamamlanmıştır. Ne var ki failin cezalandırılabilmesi için kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı doğmalıdır. Bu nüans failin kastı ve teşebbüs hükümleri bakımından son derece önemlidir⁴¹.

TCK m. 123/A/1’de öngörülen huzursuzluk veya güvenlik endişesi netice unsuru içinde kabul edildiğinde tipikliğin maddi unsurunun parçası haline gelecek ve kast kapsamında olması aranacaktır. Haliyle TCK m. 123/A/hükmünde tanımlanan hareketi ısrarlı şekilde icra eden fail, mağdur üzerinde bir rahatsızlık oluşturma veya onu güvenlik endişesine sürüklemekle kastı taşıyamıyorsa, gerçekleşen fiilde tipikliğin oluştuğu da söylenemeyecektir.

TCK m. 123/A/1’in kaleme alınışı, TCK m. 257’ye benzemektedir. Kanun koyucu, hareketi tanımlarken *rahatsız eden, endişeye sevk eden* demek yerine, *neden olan* ifadesini tercih etmiştir. Diğer yandan kanun koyucu madde metninde takibi ayrı bir saike bağlamamıştır⁴². Mesela TCK m. 123 hükmünde sırf huzur ve sükunu bozma maksadı suçun oluşumu için şarttır. Oysa ısrarlı takip suçunda takip herhangi bir saike dayanabilir⁴³. Her ne kadar kanun gerekçesin-

⁴⁰ Anılan suç özelinde kapsamlı değerlendirme ve nihai olarak aynı kanaat için bkz. Uğur Ersoy, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları (Adalet Yayıncılık 2015) 239; karşı. Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Bs. Adalet Yayıncılık 2019) 567 vd. Farklı görüşte Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2022) 1251. Yargıtay’ın görüşü de TCK m. 257 hükmünde tanımlı suçun objektif cezalandırılabilme şartı içerdiğini düşünmektedir, “Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için objektif cezalandırma şartı olan “kişilerin mağduriyetine” veya “kamunun zararına neden olma” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlama” koşullarından birisinin de mevcut olması gerektiği nazara alınarak, objektif cezalandırma koşullarının ne şekilde gerçekleştiğinin denetime imkan verecek biçimde karar yerinde tartışılıp değerlendirilmesi sonrasında”, bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, (13.6.2023), E 2021/7469, K 2023/7435.

⁴¹ Hukuki kurumun etkileri bakımından genel olarak bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Bs. Adalet Yayıncılık 2020) 263. TCK m. 123/A’nın objektif cezalandırılabilme şartı içermediğinin açık ifadesi için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴² Nitekim bu hususun TCK m. 123 ile TCK m. 123/A arasındaki en önemli ayrım ölçütü olduğu vurgusu için bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336.

⁴³ TCK m. 123/A gerekçesi.

de ısrarlı takip suçunun zarar suçu olduğu söylene de TCK m. 123/A ile TCK m. 123 hükmünün benzerlik gösterdiği belirtilmiş ve TCK m. 123/A'da tanımlı fiilin olduğu durumda artık ısrarlı takip suçunun olduğu belirtilmiştir. Yine Gereğede, ısrarlı takip suçunun kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun özel bir görünümü olduğu belirtilmiştir. O halde sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla hareket eden ve bu davranışıyla mağdurun huzursuzluğuna veya güvenlik endişesine sebep olan fail, ısrarlı takip suçundan cezalandırılacaktır.

TCK m. 123/A'nın kaleme alınışı ve TCK m. 123 ile olan ilişkisi birlikte analiz edildiğinde, rahatsızlık ve endişe koşulunun hukuki niteliğini tespit etmek son derece güçtür. Çünkü rahatsızlık ve endişe *suçun unsuru* kabul edilirse; sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla hareket eden failin, mağdurun huzuru ve sükunu bozulduğunda hangi madde kapsamında sorumlu tutulacağı sorusu gündeme gelecektir. Aynı sorun, endişe ve huzursuzluğun objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmesi durumunda da söz konusudur. Geldiğimiz noktada her iki olasılık da hukuken izahı güç bir durum ortaya çıkarmaktadır.

TCK m. 123 ile TCK m. 123 arasında bir genel norm-özel norm ilişkisi olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda saik, kanun koyucu tarafından açıkça madde metninde düzenlenmiştir. Böylelikle suç ancak doğrudan kastla işlenebilir⁴⁵. Sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla mağduru rahatsız eden kişinin TCK m. 123 hükmüne göre cezalandırılması için bir zararın ve hatta somut tehlikenin doğmasına gerek yoktur. Peki, ancak doğrudan kastla işlenen bu suçta mağdur huzursuz olur yahut kendisi veya yakınlarının güvenliği için endişeye kapılırsa kişi, hangi norm altında cezalandırılacaktır? Kanuna bakıldığında fail, TCK m. 123 bakımından doğrudan kastla hareket etmiş olmasına rağmen TCK m. 123/A uyarınca cezalandırılacaktır. Bu olasılıkta fail açısından *başkasının huzursuzluğunu istemediği* şeklinde bir durumu değerlendirmeye lüzum yoktur; çünkü zaten failin davranışı buna yöneliktir. Peki, sırf neticenin meydana gelmesinin bizi farklı bir norma sevk etmesinin gerekçesi nedir? Başka ifadeyle; kanun koyucu, TCK m. 123'te neticenin doğmasını temel suçun unsuru ya da cezayı artıran hal şeklinde düzenleyebilecekken niçin ayrı bir norm öngörmüştür? Bu soruya maddi ceza hukuku boyutuyla tatmin edici bir yanıt bulamıyoruz.

⁴⁴ TCK m. 123 gerekçesi. Ayrıca bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴⁵ "... suçun unsuru olan 'sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadının' ne şekilde gerçekleştiği tartışılmadan yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi", Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 5040/6629, 10.4.2019; Özel kast vurgusu için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 499.

TCK m. 123/A'yı TCK m. 123 karşısında konumlandırmayı zor hale getiren diğer mesele şudur: TCK m. 123/A için failin herhangi bir saikle hareket etmesinin gerekmediği ve bu tespitin maddeyi TCK m. 123 hükmünden ayırdığı dile getirilmektedir⁴⁶. O halde şöyle bir örnek düşünelim.

Olay: F, sırf arkadaşları nezdinde dikkat çekmek adına, sınıfın en popülerleri olarak gösterilen A'yı bir hafta boyunca telefon numarasını gizleyerek ve rumuz kullanarak ısrarla aramış, kendisine sosyal medya hesabından mesajlar göndermiştir. Nihayet olağan yaşamını etkileyecek şekilde huzursuzluğa kapılan A, kendisiyle ısrarla iletişim kuran kişi (F) hakkında şikayetçi olmuştur.

Paylaştığımız örnekte failin (F) TCK m. 123/A'da sayılan seçimlik hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğinde şüphe yoktur. Ancak F, "*A'nın huzursuz olmasını istemedim. Arkadaşımız olduğu için rahatsız olabileceğini de düşünemedim*" şeklinde bir savunma yapsa, bu savunmanın maddi ceza hukuku boyutuyla karşılığı olacak mıdır? Bu savunma, TCK m. 123 bakımından etkili kabul edilebilir; çünkü tipik hareket, sırf huzur ve sükunu bozma amacı taşımalıdır. TCK m. 123/A açısından ise; saik önemsizse, bu savunmanın ilk etapta etkisiz olduğu söylenecektir. Ne var ki huzur ve sükunu bozma maksadı taşımayan ve dahi böyle bir sonucu göze almayan kişi, kastetmediği bir neticeden, yani TCK m. 123/A'dan hangi gerekçeyle cezalandırılabilir? İşte bu noktada, TCK m. 123/A'daki huzursuzluk ya da endişe hali objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, failin bu sonuçlar üzerinde kastı aranmayacak ve haliyle örnek olayımızdaki gibi bir savunma etkisiz kalacaktır.

Kanaatimizce; TCK m. 123/A'daki huzursuzluk ve endişe halinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü, failin farklı bir norm altında konumlandırılmasının maddi ceza hukuku yönünden anlamlandırılabilmesine katkı sunacaktır. Aksi halde, bir başkasının huzurunu bozma kastıyla hareket edip mağdur üzerinde herhangi bir etki bırakmayan fail cezalandırılırken (TCK m. 123), herhangi bir saik ve ısrarlı hareketlerle bir başkasını takip eden kişi, mağdurun huzursuzluk ya da endişeye kapılmaması durumunda "kast" değerlendirmesine bağlı olarak cezasız kalacaktır (maksat yönüyle bkz. TCK m. 123; netice yönüyle bkz. TCK m. 123/A). Böyle bir sonucu kabul etmek mümkün değildir. Bu çelişki, mevcut yasal şartlarda ancak TCK m. 123/A hükmünün objektif cezalandırılabilme şartı içerdiğinin kabulüyle aşılabılır. Benimsediğimiz yorum, yukarıda kıyasladığımız emsal suç tipleri bakımından da doğru ve tutarlı görünmektedir.

⁴⁶ TCK m. 123 gerekçesi. Ayrıca bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

Sonuç olarak biz, TCK m. 123/A'da öngörülen *bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* halini *objektif cezalandırılabilme şartı* olarak kabul ediyoruz. Aşağıda yer verdiğimiz kurumların analizinde de bu kabulümüz doğrultusunda ilerleyeceğiz.

B. Tipikliğin Manevi Unsuru

TCK m. 123/A'da tanımlanan suçta manevi unsur kasttır⁴⁷. TCK m. 123 hükmünden farklı olarak bu suçta olası kast yeterlidir⁴⁸. Madde metninde, ısrarlı takibin belirli bir saike dayanması aranmamıştır. Böylece seçimlik hareketlerden bir veya birden fazlası, herhangi bir saikle gerçekleştirilebilir.

Israrlı takibin sonucunda başkasının huzursuzluğu ya da endişe duyması failin kastı kapsamında olabilir. Fail, bu sonuçları göze almış olabilir (olası kast)⁴⁹. Ancak fail, ısrarlı takibi istemesine rağmen bu sonuçları istememişse ne olacaktır? Yukarıda netice bahsinde detaylı şekilde incelediğimiz üzere; bu sonuçların kanuni tipte neticeye dahil edilmesi halinde fail TCK m. 123/A açısından cezasız kalacaktır⁵⁰; çünkü kast, neticeyi de kapsamalıdır. Buna karşın TCK m. 123/A altında kanaatimizin, bu unsurların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü yönünde olduğunu ifade etmiştik. Öyleyse failin kastı, mağdurun huzursuzluk veya endişe duymasını kapsamak zorunda değildir.

Israrlı takip suçunda kast belirli bir maksat içermemektedir. Fakat TCK m. 123 ile birlikte düşünüldüğünde, failin sırf huzur ve sükunu bozma kastı taşıması halinde ne olacaktır? Yine netice kısmında yer verdiğimiz analizler doğrultusunda fail, mağdurun endişe veya huzursuzluğa kapılmaması halinde TCK m. 123, endişe ya da huzursuzluğun doğması halinde ise TCK m. 123/A'dan sorumlu tutulacaktır. Bu noktada TCK m. 123/A'da tanımlı fiilin TCK m. 123 hükmünü de (kısmen) kapsadığı ve kast yönünden bir engel bulunmadığı söylenmelidir. Ancak daha önce de vurguladığımız gibi, ayrı bir normatif düzenleme gereksinimini maddi ceza hukuku perspektifinden açıklamak güçtür.

⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Taşkın (n 1) 121.

⁴⁹ Alman hukukundaki düzenleme bakımından, ilgili suç için olası kast yeterli görülmektedir, genel olarak bkz. Heger (n 4) Rn. 7; Mosbacher (n 2) 669; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 49. § 238/1-Nr. 1 StGB bakımından *dolus directus*'un şart, diğer seçimlik hareketler bakımından ise *dolus eventualis*'in yeterli olduğu görüşünde Gazeas (n 4) 503.

⁵⁰ Kanun metninde yer alan sonuçların neticeye ve haliyle kasta dahil olduğu görüşünde Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

Israrlı takip suçunda failin herhangi bir saikle hareket edebilmesine dair dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta, failin saikinın Kanunda tanımlı bir başka tipik hareketi karşılaması olasılığıdır. Mesela, ısrarlı takip şayet cinsel amaçla gerçekleştirilmişse cinsel taciz suçu oluşacaktır (TCK m. 105)⁵¹. Yine mesela, mağdurun özellikle gece vakti sabit ya da mobil telefonundan ısrarlı şekilde aranarak rahatsız edilmesi, sadece ısrarlı takip altında değil, pek tabii yaralama suçu altında da değerlendirilmeye müsaittir⁵². Paylaşılan olasılıklarda sonuç cezanın nasıl belirlenmesi gerektiği içtima bahsinde ele alınmıştır.

1. Hatanın Etkilerine Dair İnceleme

a. Genel Olarak

Kişilere karşı suçlar arasında düzenlenen ısrarlı takip suçunda fail, tipik hareketi yöneltmek istediği şahısta hataya düşebilir. Bu hatanın failin kastına ve haliyle cezai sorumluluğuna etkisi incelenmelidir.

Fail, ısrarlı takip sonucu zarar vermek istediği kişide, yani suçun mağdurunda yanılabilir. TCK m. 123/A'da suçun mağduru ve konusu aynıdır. O halde failin, zarar vermek istediği kişide hataya düşmesi şahısta veya konuda hata altında değerlendirilmelidir (*error in persona vel obiecto*). Şahıs veya konuda hataya düşen failin cezai sorumluluğunda başvuru metodu, eşdeğerlik prensibidir⁵³. Eşdeğerlik prensibine göre; failin tasavvurundaki kişi ya da konu ile gerçekte etkilenen kişi ya da konu birbirine eşdeğer nitelikteyse hata önemsizdir ve kast ve haliyle cezai sorumluluk üzerinde etkisi yoktur (*unbeachtlicher Motivirrtum*)⁵⁴. Buna karşın, tasavvur edilen ile gerçekte oluşan durum birbirine eşdeğer değilse hata önemli sayılacak (*beachtlicher Motivirrtum*) ve failin kastı kalkacaktır (kastı kaldıran hata)⁵⁵. Suçun temel şekline yönelik kastın kalktığı söyleniyorsa unsur yanılığında bahsedilecek ve fail, eyleminden ötürü ancak taksirli olarak sorumlu tutulacaktır. Cezayı artıran veya azaltan nitelikli hal üzerinde kast kalkmışsa TCK m. 30/2 hükmü uygulanacak-

⁵¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 41) 1251; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Bs. Adalet Yayıncılık 2019) 381. Doktrinde failin tehdit kastıyla işlenmesi halinde TCK m. 106'nın gündeme geleceği ifade edilmektedir, bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502. Ancak kanaatimizce bu farklılık saik ve kastta değil, hareketin farklılığıyla açıklanabilir, karşı. Balcı ve Çakır (n 1) 336.

⁵² Ayrıca bkz. Matthias Krüger, 'Stalking in allen Instanzen - Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB' (2010) NSTZ 547.

⁵³ M. Emre Tulay, Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata (Adalet Yayıncılık 2022) 61 vd.

⁵⁴ Tulay (n 53) 62.

⁵⁵ Tulay (n 53) 65.

tır. Sonuç olarak; TCK m. 123/A bakımından şahısta veya konuda hata, temel olarak suçun basit şekli (TCK m. 123/A/1) ve nitelikli halleri (TCK m. 123/A/2) açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Israrlı takip suçunda mağdur/konu, kanun koyucu tarafından somutlaştırılmamıştır. Daha açık ifadeyle, tanımlı suç bakımından önemli olan, bir insanın huzur ve güvenliğinin bozulmasıdır. Burada hürriyeti saldırıya uğrayan kişinin kimliği temel suç açısından önemsizdir. O halde failin, ısrarlı takibiyle eski eşi E'yi rahatsız etmesi ve fakat E'ye benzettiği F'ye karşı eylemini gerçekleştirmesi durumunda failin TCK m. 123/A altında kasten hareket ettiğinde ve bu hükmeye göre sorumluluğunda şüphe yoktur. Çünkü TCK m. 123/A açısından mağdurun E ya da F olmasına ayrı bir sonuç bağlanmamıştır.

Suçun temel şekli üzerinde ulaştığımız sonuç, cezayı artıran nitelikli hallerde farklı şekilde kendini gösterebilir. Nitekim failin boşandığı eş, TCK m. 123/A/2-a'ya göre cezayı artıran nitelikli halin parçasıdır. O halde failin tasavvur ettiği kişi eski (boşandığı) eşi E iken, gerçekte zarar gören kişinin F olması arasında, nitelikli hal (TCK m. 123/A/2-a) yönünden eşdeğerlikten bahsedilemez. Ancak belirtelim ki paylaştığımız örnekte failin TCK m. 123/A/1'den cezalandırılıp TCK m. 123/A/2'den cezalandırılmamasının sebebi objektif duruma göre yorum yapılmasıdır. Objektif durumda failin eski eşi zarar görmediğinden, kişi ancak TCK m. 123/A/1'den sorumlu tutulabilir. Ters ihtimalde ise TCK m. 30/2 hükmü devreye girecektir. Buna göre; fail, F'yi ısrarlı takip isterken F'ye benzettiği E'yi (boşandığı eşi) takip etmiş ve E'nin huzursuzluğuna sebep olmuşsa, eşdeğerlik kapsamında esaslı hata tespiti yapılarak TCK m. 30/2 gereğince nitelikli halde kastının kalktığı söylenecek ve yalnızca suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır.

Israrlı takip suçunun seçimlik hareketlerinden olan *üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak*, faillik statüsünün tespitiyle bağlantılı olarak hata kurumu bakımından özel bir analiz gerektirir. Konu, iştirak başlığı altında incelenmiştir.

b. Telefonda İşlenen Suçlara Özgü Bir İnceleme

Şahısta veya konuda hata bahsinde özel olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, telefonda işlenen suçta hata meselesidir⁵⁶. TCK m. 123/A hükmünde, tipik hareketin haberleşme ve iletişim araçlarını ve bilişim sistemlerini kullana-

⁵⁶ “Telefonda işlenen suç” ibaresi, sadece “telefon” vasıtasıyla işlenen suçları karşılamaz. Literatürdeki genel kullanıma uygun olarak bu ibare tercih edilmiştir. Vaka, başka iletişim araçlarının kullanılmasıyla da var olabilir. Bu bağlamda; mesela, sosyal medya hesapları da telefonda işlenen suç tabiri içindedir.

rak icrası da mümkündür. Bu seçimlik harekette fail ile mağdur, genel haliyle yüz yüze değildir, aralarında fiziki bir mesafe vardır. Gerçekten, sözlü davranışla işlenmeye müsait olan tehdit, cinsel taciz, hakaret gibi suçlar ile ısrarlı takip suçunda karşılaşıldığı gibi tipik hareketin imkan verdiği suçlar, telefonda işlenmeye müsaittir. Böyle bir durumda failin şahısta yanılmasının sonuçları ayrıca incelenmeye değerdir.

Olay: F, kendisine ait telefonda ısrarlı bir şekilde A'nın telefonunu arar. Oysa A telefonunu kampa giden kardeşi B'ye vermiştir. B, sürekli aranıp telefonda sessiz kalınmasından dolayı endişeye kapılmıştır.

Anılan olay, doktrinde mesafe suçu (*Distanzfall*) olarak anılan durumun özel bir şeklidir. Bu noktada, mesafe suçlarındaki genel eğilime uygun olarak hedefte sapma (*aberratio ictus*) kurumu işletilirse fail (F), somut durumda etkilenen kişiye karşı (A) ancak taksirle sorumlu olacakken, tasavvur ettiği kişi bakımından -şartları dahilinde- suça teşebbüsten içtima hükümlerine göre cezalandırılır (farklı nev'iden fikri içtima). Bu yaklaşım doğrultusunda fail; ancak B'ye karşı teşebbüsten sorumlu olabilecektir. Çünkü TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bu suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı bir tarafa, olayımızda A bakımından somut bir tehlike gerçekleşmediğinden⁵⁷ fail cezasız kalacaktır.

Olayda paylaştığımız olasılığa dair görüşümüz şudur: Kastedilen suçun konusunun bireyselleştirilmediği/somutlaştırılmadığı durumda, tasavvur edilen ile gerçekte etkilenen konunun eşdeğer olduğuna anlam yüklenmeli ve failin kastet-

⁵⁷ Konuyla bağlantılı şekilde teşebbüs üzerine değerlendirme ve tarafımızca savunulan görüş için bkz. Tulay (n 53) 92 vd. Telefonda işlenen suçlarda cezai sorumluluk bakımından ayrıca bkz. Kübra Tunç, 'Karar Analizi - Telefonda İşlenen Suçlarda Şahısta Hata' (2019) 25 (1) MÜHF-HAD 472 vd. "Saniğin bir mağdureye yönelik eylemlerinin diğerini kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirilmesi halinde, suçun maddi unsurlarından olan mağdurdaki hata nedeniyle kastedilenin dışındaki mağdureye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati gerekir... Mağdure R.'ye yönelik eylemlerinin E.'yi kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirilmesi karşısında; TCK'nın 30/1. Maddesinde öngörülen failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurdaki hata nedeniyle saniğin, R.'ye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati yerine her mağdur için ayrı ayrı TCK'nın 105/1, ... maddeleri gereğince mahkumiyet hükümleri kurulması, kanuna aykırı olduğundan ... bozulmasına", bkz. Yargıtay 14 Ceza Dairesi 6444/8973, 25.9.2012. Paylaştığımız karar özelinde Yargıtay, telefonu açan kişide yanılan failin hatasını tipiklik hatası içinde değerlendirmiş ve hatanın kastı kaldırdığını, failin beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Oysa hatanın kastı kaldırabilmesi için esaslı bir hara olması ve bunun için de suç tipinde mağdurun bireyselleştirilmiş olması gerekir. Oysa cinsel taciz suçunda, yine ısrarlı takip suçunda mağdur, kanun koyucu tarafından bireyselleştirilmemiştir. Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin ulaştığı sonuç doğru değildir.

tiği suçtan sorumluluğuna gidilmelidir. TCK m. 123/A bakımından önemli olan husus bir başkasının huzursuzluk ve endişeye sevk edilmesidir. Buna dayanılarak fail, bir başkasını telekomünikasyon araçlarıyla ve ısrarla takip etmek istemiş ve bu fiili gerçekleştirmiştir. O halde telefonun diğer ucundaki kişinin kimliği önemsizdi ve fail, TCK m. 123/A'dan sorumludur. Failin “Benim kastım A’ya yönelikti. Telefonun B’de olduğunu bilseydim, yapmazdım!” gibi bir savunma yapması ise suçun oluşuma tesir etmeyecektir. Elbette ısrarlı takibin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olduğundan, bu kuruma ilişkin yetki B’ye aittir. Nihayet *error in persona*’yı kabul ettiğimiz durumda kast, fiilden somut olarak zarar gören kişi veya konu üzerinde tüketilmiş olduğundan, ayrıca tasavvur edilen kişiye yönelik teşebbüs değerlendirmesi yapılamayacaktır⁵⁸.

C. Hukuka Aykırılık

Görevi ifa kapsamında icra edilen ısrarlı takip, TCK m. 24/1 kapsamında hukuka uygun görülecektir⁵⁹. Bu bağlamda mesela, yürütülen soruşturma kapsamında kolluğun Cumhuriyet savcısı ya da sulh ceza hakiminin kararıyla şüpheliyi takibi, hukuka aykırılıktan yoksundur (bkz. CMK m. 160 vd.)⁶⁰.

Yasal şartları kapsamında meşru savunmanın da bu suç altında gündeme gelebileceğine işaret edilmelidir. Kişi, kendisine yönelik bir saldırıyı defetmek amacıyla, saldırganı ısrarlı takiple onu huzursuzluğa ve endişeye sevk edebilir. Bu fiilin orantılı olması halinde fiil hukuka uygun olacaktır.

İlgilinin rızası ise bu suçta tipiklik içinde ele alınmalıdır. Çünkü ısrarlı takip eyleminin tipik hareket teşkil edebilmesi için takibin rızaya aykırı yapılması hareketin doğası gereğidir⁶¹. Hukuki niteliğinden bağımsız olarak, huzursuzluk ve endişe halinin mağdurun rızasına uygun bir fiille gerçekleştirilmesi olanak dışıdır.

⁵⁸ Teşebbüse ilişkin bu son değerlendirmemiz, TCK m. 123/A’da tanımlı suçun teşebbüse elverişliliğinden bağımsız şekilde *error in persona*’ya ait genel uygulamalar çerçevesinde dile getirilmiştir.

⁵⁹ § 238 StGB hükmünde tipik hareket tanımlarken yer verilen “yetkisi olmaksızın-*unbefugt*” tabirine açık şekilde yer verilmiştir. TCK’da böyle bir ifadenin tercih edilmemesi ve seçimlik hareketin tanımına ilişkin yaptığımız değerlendirmeler ışığında, bir başka kişiyi ısrarlı takip hususunda yetkilendirilen kişi bakımından TCK m. 24/1 kapsamında sonuca ulaşmak gerekir.

⁶⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502; ayrıca bkz. Heger (n 4) Rn. 8. İlgilinin rızasının bu suçta hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünde Taşkın (n 1) 122.

⁶¹ § 238 StGB’de tanımlanan suçta Alman kanun koyucu, tipik hareketin yetkisiz olarak icrasını (*unbefugt*) yasa metninde açıkça öngörmüştür; mağdurun rızası tipikliğin maddi unsuruna dahildir. Bu sonucun yanı sıra kanun koyucu, söz konusu ibareyle birlikte sosyal açıdan uygun

D. Kusurluluk Değerlendirmesi

TCK'nın genel hükümlerinde yer alan ve kusurluluğu etkileyen nedenler, yasal şartları ölçüsünde ısrarlı takip suçunun faili hakkında da uygulanacaktır. Bu nedenle, başlığımız altında ayrı bir açıklamaya yer vermiyoruz.

TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan seçimlik hareketlerden biri olan *üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak*, araç kişinin kusurluluğuna göre birtakım özellikler gösterir. Konu, iştirak bahsinde ayrıntılı incelenmiştir⁶².

E. Cezayı Artıran Nitelikli Hal ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

TCK m. 123/A'da kanun koyucu, ısrarlı takip suçunda cezayı artıran halleri sıralamıştır. Suçun; çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesi; mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması; hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi durumlarında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmıştır⁶³.

TCK m. 123/A/2-a ve c bentleri, cezayı artıran nitelikli haldir ve böylece, anılan nedenlerden ötürü cezanın artırılabilmesi için failin kastının bu bentlerde yer alan ilişkiyi kapsamaması şarttır⁶⁴. Cezayı artıran nitelikli hal suçun unsurlarına dahil görülmeli ve kast kapsamında olmadıkları takdirde fail, yalnızca temel suçtan cezalandırılmalıdır. TCK m. 30/2 hükmü de bu yorumun dayanaklarındandır. Anılan nedenlerin hata kapsamında olması ihtimali yukarıda hata kapsamında değerlendirilmiştir.

davranışları tipikliğin dışında bırakmıştır. Mesela, aynı iş yerinde çalışan kişilerin mesai saatlerinde sıkça karşılaşmaları, üstün asta hediye göndermesi hallerinde ısrar söz konusu olsa da eylem sosyal açıdan uygundur. Tabii makul sınırların dışına çıkılması hallerinde fiil tipik hareketi karşılayacaktır (§ 238/1-Nr. 3-4), bkz. Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 26; ayrıca bkz. Valerius (n 2) 322; Heger (n 4) Rn. 6; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 50; BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 14 (20); Gazeas (n 4) 502; Kretschmer (n 13) 42. İlgilinin rızasının § 238/1/Nr. 1-2 bakımından tipiklik § 238/1-Nr 3-4 açısından ise hukuka uygunluk nedeni içinde mütalaa edilmesi gerektiği görüşünde Mitsch (n 2) 1240.

⁶² Bkz II B.

⁶³ Alman Hukukunda § 238/2 StGB hükmüne kısa bir parantez açmak isteriz. İlgili norm suçun cezayı artıran nitelikli hali iken (*Qualifikationsmerkmal*) yasal değişiklik sonrası cezanın belirlenmesinde dikkate alınan nedenlere (*Regelbeispiele*) dönüşmüştür. Suçun yapısı içinde tipiklik dışında kalan *Regelbeispiele* özelliğindeki nedenler, her ne kadar tipiklik dışında konumlanırsa da kast kapsamında mütalaa edilmektedir, bkz. Claus Roxin ve Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bs, C.H. Beck Yayıncılık 2020) § 12 Rn. 143; Kretschmer (n 13) 45.

⁶⁴ Aynı yönde Balcı ve Çakır (n 1) 332; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 1) 502.

Israrlı takip suçu sebebiyle mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması (TCK m. 123/A/2-b), neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç örneğidir⁶⁵. Çünkü öngörülen neden, kastedilen suçta ortaya çıkan daha ağır bir netice içermektedir. Dolayısıyla failin bu ağır neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksirli davranması beklenir (TCK m. 23). Elbette bu ağır netice bakımından fail, doğrudan ya da olası kastla da hareket edebilir.

Cezayı artıran hallerin hukuki niteliğini belirttiğimiz ölçüde ortaya koyduktan sonra, mevcut sıralamanın isabetsiz görüldüğünü söylemeliyiz. Bu minvalde, madde metninde TCK m. 123/A/2-b'nin ayrı bir fıkrada düzenlenmesi ya da en azından son bent olması, yani b ve c bentlerinin yer değiştirmesi teknik ve görsel açıdan tercih edilebilirdi.

II. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Suçun özel görünüş şekilleri altındaki incelemeye, teşebbüs kurumunun ısrarlı takip suçunda sonuçlarıyla başlayalım.

Doktrinde, ısrarlı takip suçuna teşebbüsün mümkün olduğu, ısrarlı takibe rağmen mağdurun huzursuz olmadığı veya endişeye kapılmadığı durumda artık suça teşebbüsün konuşulması gerektiği dile getirilmiştir⁶⁶.

Israrlı takip suçunda tipikliğin maddi unsurlarını ele aldığımız kısımda, TCK m. 123/A/1'de öngörülen koşulların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini söyledik. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara teşebbüs mümkün görülmediğinden⁶⁷, ısrarlı takip suçunun da teşebbüse elverişli olmadığı söylenmelidir. Gerçekten, failin mağduru kanuni tipte anılan araçlarla ve ısrarlı şekilde takip etmesi, hazırlık hareketi ya da icra hareketleri evresi değildir. Israr, ancak bütüncül değerlendirilmesi gereken hareketler bütünüdür. Israr olgusu oluştuğunda artık suç tamamlanmıştır. Ne var ki eylemin

⁶⁵ Aynı yönde Balcı ve Çakır (n 1) 333; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502. TCK m. 123/A altında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç emsali bir düzenleme yapılmadığı görüşünde Özar (n. 1) 1415. İlgili hükmün nitelikli hal niteliği taşıdığı görüşünde Dülger (1) 46.

⁶⁶ Bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 333; Dülger (1) 48; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502; Özar (n. 1) 1419.

⁶⁷ Bkz. Akbulut (n. 25) 263; Artuk ve diğerleri, (n 7) 724; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020) 504. Buna karşın TCK m. 161 üzerinden somut bir değerlendirme neticesinde farklı görüşte Hakeri (n 7) 482.

mağdur üzerinde etki doğurmaması halinde cezalandırma şartı (huzursuzluk veya endişe) gerçekleşmemiştir. Suç tamamlanmış ve fakat cezalandırma şartı eksik olduğunda kişi cezasız kalır. Görüldüğü gibi hiçbir evrede teşebbüs bahse açılmayacaktır. Israrlı takip suçunda teşebbüsü reddettiğimiz için gönüllü vazgeçme kurumu da gündeme gelmeyecektir.

TCK m. 123/A/1’de tanımlanan temel suça teşebbüsü olanaksız gördüğümüz için TCK m. 123/A/2’de yer alan nitelikli hollere teşebbüs de mümkün olmayacaktır⁶⁸.

B. İştirak

1. Genel Tespitler

Israrlı takip suçunda iştirakin mümkün olduğunu açıklayarak yetinmek çok sınırlı bir değerlendirme olacaktır. Suç tipinde yer alan seçimlik hareketler, iştirak bahsi üzerine detaylı bir analizi zorunlu kılmaktadır.

Genel hatlarıyla, iştirake ilişkin esasların ısrarlı takip suçunda uygulanmasına herhangi bir engel yoktur⁶⁹. Gerçekten, bu suça fail ya da şerik olarak katılmak pek tabii mümkündür. Fakat TCK m. 123/A/1’de yer alan “*üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle*” ibaresine iştirak altında özel olarak eğilmek gerekir. Bir başkasının suçta araç olarak kullanılması, kural olarak dolaylı faillik kurumunu akla getirir (TCK m. 37/2). Ama diğer yandan, azmettiren kurumuna ilişkin esaslar da düşünülmelidir. O halde TCK m. 123/A/1’deki bu ibareye bağlı faillik ilişkisi nasıl tanımlanmalıdır?⁷⁰

⁶⁸ Alman Ceza Hukukunda, § 238/1 StGB’de tanımlı temel suç *Vergehen* niteliğindedir. Kanun, bu suç için teşebbüsün cezalandırılabilirliğini açıkça düzenlemediğinden, ısrarlı takip suçuna teşebbüs mümkün değildir. Böylece suçun cezaı artıran nitelikli holleri de teşebbüsün uygulama sahası dışındadır, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 59.

§ 238/3 StGB’ye göre ise; fiil neticesinde mağdurun ölümüne neden olunması halinde bir yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür ve bu hüküm, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç örneğidir. Alman Ceza Hukukunda, § 238/1 StGB hükmü teşebbüs dışında bırakıldığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs (*erfolgsqualifizierter Versuch*) mümkün görünmemektedir. Çünkü aksine bir değerlendirmenin, anılan hali temel suçun unsuru haline dönüştüreceği ifade edilmektedir, bkz. Heger (n 4) Rn. 11; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 59; karşı. Mosbacher (n 2) 669.

⁶⁹ Balcı ve Çakır (n 1) 333; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁷⁰ Alman Hukukunda benzer varyasyon için failin kastını bilerek hareket eden araç (üçüncü) kişinin (*bösgläubig*) yardım eden; failin kastını bilmeden hareket eden araç kişi (*gutgläubig*) karşısında failin ise dolaylı fail olarak sorumlu olacağı yorumu için bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 58.

Başkasıyla temas kuran kişi, kendisini yönlendiren kişi gibi *kasten hareket ediyorsa*, ısrarlı takip suçunda fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak TCK m. 123/A/1'e bakıldığında, esas olarak bu araç kişi üzerinden arkadaki failin tanımlandığı görülmektedir. Peki, arkadaki kişi (*Hintermann*) ile araç kişi arasındaki hukuki bağ nedir? Bu noktada TCK m. 123/A/1'deki tanıma sadık kalarak gerek araç kişi gerekse arkadaki kişiyi müşterek fail olarak görmemiz gerekir. Çünkü her iki kişi de ortak bir suç işleme kararıyla birlikte hareket etmektedir. Mağdurun rahatsız edilmesi evresinde arkadaki kişinin icra hareketlerine katılmadığı söylenerek müşterek faillik reddedilebilir. Ancak Kanun, tipik hareket bakımından gerçek kişi ile bir teknik cihazın araç olarak kullanılması arasında fark görmemiştir. Öyleyse hem arkadaki faili hem de icracı konumdaki faili müşterek fail olarak sorumlu tutmamız en doğru yorumdur.

Şayet *araç kişi kasten hareket etmiyorsa*, kendisi fail olarak sorumlu olmayacakken, arkadaki kişi dolaylı faildir. Keza kusur yeteneğini haiz olmayan kişinin araç olarak kullanılmasında da arkadaki kişi, yine dolaylı faildir⁷¹.

2. Hataya İlişkin Özel İnceleme

Arkadaki kişinin müşterek fail mi, yoksa dolaylı fail mi olduğunu anlamlandırma çabamız, kural olarak sonuç ceza bakımından fark doğurmayabilir (bkz. TCK m. 37/1-2). Fakat bu hukuki çabamızın hata hükümleri açısından önemli sonuçları olduğunun altını çizmek isteriz. Bu olasılığı örnek olay üzerinden somutlaştıralım:

Olay: A, B'nin takip edilmesi için C ile anlaşır. Amaç, gece vakti pansiyona dönen B'yi huzursuz etmektir. Ancak olay günü B'nin okuldan çıkışını bekleyen C, B'ye benzettiği D'yi takip etmiştir. C'nin takibinden son derece rahatsız olan D, ertesi gün C hakkında şikayetçi olmuştur.

Anılan olay, şahısta veya konuda hata kurumunun iştirak altındaki yansımasını içerir. Fail konumunda olan C, şahısta hataya düşmüştür. Yukarıda yer verdiğimiz değerlendirmeler ışığında, failin hatasının esaslı bir hata olmadığı ve suç kastını kaldırmayacağı söylenmelidir. C'nin TCK m. 123/A/1 dolayısıyla fail olarak cezalandırılacağında tereddüt yoktur. Mesele, C'nin şahısta hatasının suç ortağı A'ya ne şekilde sirayet edeceği. İşte ısrarlı takip suçunda bir başkasının araç olarak kullanılması halinde öndeki (icracı) fail ile arkadaki failin hukuki statüsünün tespiti, şahısta hata durumunda ortaya çıkan cezai sorumluluğu

⁷¹ Aynı yönde bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 25.

şekillendirmesi bakımından belirleyicidir. İştirak bahsi altında hataya ayrı bir inceleme sahası açmamızın nedenini böylece bir kez daha vurgulamak isteriz.

Ortaya çıkan soruna ilişkin doktrinsel görüş farklılıklarını burada ayrıntılı ele almak, çalışmanın kapsamını ciddi ölçüde aşacaktır. Dolayısıyla bu kısımda, konuyla alakalı benimsediğimiz görüş çerçevesinde yanıtlarla yetineceğiz.

Örnek olaydaki şartlar dahilinde A ve C müşterek faildir. Kanımızca, icracı failin şahısta veya konuda hatasında müşterek fail konumundaki diğer suç ortağının katkısı yoksa bu hata diğer suç ortağı açısından hedefte sapma kapsamında değerlendirilmelidir⁷². Böylece fail (A), meydana gelen somut neticeden dolayı taksirle, tasavvur edilen şahıs veya konu bakımından ise teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. Israrlı takip suçu taksirle işlenemeyeceği gibi, bizce teşebbüse de elverişsizdir. Neticeten A, anılan olasılıkta cezasız kalacaktır.

A'nın dolaylı fail olması halinde ise C'nin şahısta hatasının A'nın cezai sorumluluğuna etkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bu hususta araç kişinin kasten hareket edip etmediğine göre ikili bir ayırım yapılmalıdır: Şayet araç kişi *kasten hareket ediyorsa* hareket hakimiyetini haizdir ve bu hatadan dolayı dolaylı fail de şahısta veya konuda hata kurumuna sadık kalınarak cezalandırılmalıdır⁷³. Örneğimizin bu şekilde bir ilişki içinde gerçekleştiğini düşünürsek; A da D'ye karşı TCK m. 123/A hükmüne göre sorumlu tutulacaktır. Araç kişi *kasten hareket etmiyorsa*, artık bu durum bir çeşit mesafe suçu örneği gösterir. Fail, kastettiği suça ilişkin icra hareketini bir başkasının eline terk etmiştir. Öyleyse araç kişinin şahıs veya konuda hatası, arkadaki fail bakımından hedefte sapma olarak nitelendirilmelidir⁷⁴. Bu son durumda A, TCK m. 123/A açısından cezasız kalacaktır.

⁷² Ayrıca bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II (C.H. Beck Yayıncılık 2003) § 25 Rn. 195; Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner 2. Teil* (8. Bs. C.F. Müller Yayıncılık 2014) § 49 Rn. 64; Tulay (n 53) 292 vd. Sorunun *error in persona* kapsamında çözümü yönünde görüş için bkz. İzzet Özgenç, 'Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik' 1994 4 (1-2) SÜHFD 181; Mustafa Ruhan Erdem, 'Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma' (2019) 21 DEÜHFD 59; Reşit Karaaslan, 'Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma' (2019) (2) GSÜHFD 306; Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Bs. Nomos Yayıncılık 2020) § 40 Rn. 21.

⁷³ Ayrıca bkz. Tulay (n 53) 307 vd.

⁷⁴ Sonuç itibarıyla aynı yönde Karaaslan (n 73) 300; Maurach, Gössel ve Zipf (n 73) § 48 Rn. 116; Roxin (n 73) § 25 Rn. 171; Meral Ekici Şahin, 'Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar' (2013) 8 (109-110) BUHFD 16; Tulay (n 53) 307 vd.; Sefa Eryıldız, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovač Yayıncılık 2016) 190.

Hata kurumuyla birlikte ele aldığımız iştirak bahsinde son değineceğimiz husus şudur: Fail, araç kişinin kusurluluğunda hataya düşebilir. Mesela olayımızda A, B'nin ısrarlı takibi için araç olarak kullandığı C'nin kusur ehliyetinin olmadığını düşünmüş ve fakat C bakımından kusurluluğu etkileyen halin yokluğu söz konusu olabilir. Bu durumda esasen A'nın artık şerik (azmettiren) olarak sorumluluğuna gidilmelidir. Fakat TCK m. 123/A/1'deki yasal tanım, bu sonuca engeldir. Her durumda A (arkadaki kişi), fail olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Bu noktada da müşterek faillik ile dolaylı faillik arasında bir sorgulama gerekir. Ama tipik hareketin tanımı gereği müşterek failliği öne çıkarmak daha doğru olacaktır.

Tespitlerimiz doğrultusunda TCK m. 123/A/1'de tipik hareketin "bir başkası" aracılığıyla icra edilmesinin mümkün kılınmasıyla ortaya çıkan hukuki durum şu şekilde özetlenebilir:

- Israrlı takip suçunda ısrarlı takibe kasteden ile takipte araç olarak kullanılan kişi yasal tanım gereği müşterek faildir.
- Araç kişi üzerinde iradi hakimiyet tesis edilmişse arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. İcracı fail ise TCK m. 123/A'dan kast ve kusurluluk durumuna göre cezalandırılmalıdır.
- Arkadaki kişi ile araç kişi her durumda fail olarak konumlandırıldığı için her bir failin kusurluluk değerlendirmesi kendisini bağlar.
- Arkadaki kişi ile araç kişi arasındaki iştirak ilişkisi, araç kişinin şahısta hatası halinde tespit edilecek cezai sorumluluğu şekillendirir. Araç kişinin şahısta hatası TCK m. 123/A/1 bakımından esaslı olmayan hatadır, kastı kaldırmaz ve böylece sorumluluk aynen devam eder. Bu hatanın dolaylı faile sirayeti noktasında ise ikili ayırım yapılmalıdır: Araç kişi kasten hareket ediyorsa hareket hakimiyetini haizdir ve dolaylı fail de gerçekleşen fiilden icracı fail gibi sorumludur. Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkartılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A yönünden cezasız kalacaktır.

C. İçtima

Israrlı takip suçu, görünüşte içtima kuralları bakımından bir özellik göstermez. Israrlı takip suçunun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi (zincirleme suç-TCK m. 43/1) ya da suçun birden fazla kişiye karşı aynı anda işlenmesi

(aynı neviden fikri içtima-TCK m. 43/2) mümkündür⁷⁵. Fakat “değişik zaman” olgusu ısrarın oluşmasını sağlayan bir durumsa, artık tek bir fiil ve tek suçtan bahsedileceği önemle vurgulanmalıdır⁷⁶.

Israrlı takip suçunun icrası sırasında, TCK m. 123/A içinde erimeyen bir başka tipik hareketin gerçekleşmesi ihtimalinde farklı neviden fikri içtima gündeme gelecektir⁷⁷. Mesela mağdura kısa zaman aralığında yüzlerce mesaj ya da çağrı yoluyla onun sağlığının bozulmasını isteyen veya gönderdiği mesajlarda mağdura söven kişi, aynı hareketle birden fazla normu ihlal etmiş olacak ve bu durumda TCK m. 44 devreye girecektir⁷⁸. Ancak önemle belirtelim ki, ısrarlı takip amaçlanan suçun bir ön evresiyse, artık birden fazla hareketin ve haliyle birden fazla suçtan ayrı ayrı cezalandırmanın kabul edilmesi gerekir. Mesela fail, cinsel taciz amacıyla ısrarlı takipte bulunur veya cinsel saldırıda bulunacağı yahut özgürlüğünden yoksun bırakacağı kişiyi ısrarla takip ederse hem ısrarlı takip suçu hem de anılan suçlardan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır⁷⁹. Bu son olasılık üzerinden, ısrarlı takip ile benzer diğer suçlar arasında bir bileşik suç ilişkisi olmadığını hatırlatmak gerekir.

Israrlı takipte bulunan fail, sonradan başka bir suçu işlemeye kastetmişse, eklenen kast nedeniyle her iki fiilden sorumlu olacağına kuşku yoktur. Mesela, herhangi bir saikle mağduru takip eden fail, mağdurun korktuğunu ve zayıf düştüğünü anlayıp sonradan cinsel saldırıda bulursa, hem TCK m. 123/A hem TCK m. 102’den ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Son olarak, ısrarlı takip sonucunda kişinin ölmesi, mesela oluşan psikolojik bunalım sebebiyle intihar etmesi, TCK m. 123/A’da münhasıran neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç formatında olmadığından⁸⁰, failin fiilinden ötürü TCK m. 123/A ve TCK m. 84 ile TCK m. 85 ayrı ayrı değerlendirilmeli, tespit edilen hükümler arasında içtima hükümlerine (tek hareket-iki farklı norm-TCK m. 44) başvurulmalıdır.

⁷⁵ Ayrıca bkz. Dülger (1) 50 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 503.

⁷⁶ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 503; Kretschmer (n 13) 46.

⁷⁷ Ayrıca bkz. Kretschmer (n 13) 46.

⁷⁸ Ayrıca bkz. Taşkın (n 1) 126. Karş. Özar (n. 1) 1422 vd. Hakaret suçunda da ayrı ayrı cezalandırma görüşünde Dülger (1) 51.

⁷⁹ Ayrıca bkz. TCK m. 123/A gerekçesi.

⁸⁰ Karş. § 238/2 ve § 238/3 StGB.

III. Muhakeme Usulüne İlişkin Başlıca Tespitler

TCK m. 123/A'da tanımlanan ısrarlı takip suçunun gerek temel hali gerek cezaı artıran hallerinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır⁸¹.

İsrarlı takip suçu şikayete tabi olmakla birlikte uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmıştır (CMK m. 253/3)⁸². Kanaatimizce, kişilere karşı işlenen ve saikten bağımsız olan bu suçun uzlaştırma kapsamında olmamasının maddi ceza huku-ku yönüyle tatmin edici bir gerekçesi yoktur. Özellikle CMK m. 253/3'teki istisnanın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun ısrarlı takip suçunu adeta cinsel saikle birlikte yorumlama eğiliminde olduğu söylenebilir. Diğer yandan, belirli bir saikle hareket ederek TCK m. 123 kapsamında sorumlu tutulan fail için uzlaştırma kapısı açıkken, TCK m. 123/A kapsamında bu alternatif yolun kapatılmasının tatmin edici bir gerekçesi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmasının isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz⁸³.

Sonuç

TCK m. 123/A'yı maddi ceza hukuku özelinde irdelediğimiz çalışmamızda, sorunlu ya da açıklanmaya muhtaç gördüğümüz meselelere ilişkin nihai sonuçları şu şekilde özetleyelim:

1. Kişilere karşı suçlar arasında hürriyete karşı suçlar altında düzenlenen, kişilerin huzurlu bir hayat sürebilme hakkını koruma altına alan ısrarlı takip suçu, belirli bir saike bağlanmamıştır. Bu suç, TCK m. 123 hükmünde yer alan "kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu" karşısında özel norm niteliğindedir. İsrarlı takip suçunda fail, herkes olabilir. Kanun, mağdur bakımından herhangi bir belirleme yapmamışken, algılama yeteneğinin mağdur sıfatına etkisi tartışmaya açılabilir. Kanaatimizce, algılama yeteneğine sahip olmayan kişiler de bu suçta mağdur olabilir. Kişinin somut olarak huzursuz olması ya da endişe duyması bizce objektif cezalandırılabilme şartı olduğu için kişinin algılama yeteneğini haiz olmaması suçun oluşumunu etkileme-

⁸¹ Alman hukukunda § 238/4 StGB'nin 1.10.2021 tarihinde ilga edilmesiyle birlikte suç, şikâyete tabi olmaktan çıkarılmıştır, ayrıca bkz. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 35.

⁸² CMK m. 253/3: "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez".

⁸³ Buna karşın doktrinde, ısrarlı takip suçunda mağdurun çoğunlukla kadın ve/veya çocuk olması karşısında kanun koyucunun tercihinin yerinde olduğu görüşünde Taşkın (n 1) 130.

yecektir. Keza algılama yeteneğini haiz olmayan kişinin veli ya da vasisi, mağdur adına şikâyet hakkını kullanabilecektir. Diğer yandan, ısrarlı takipte dolaylı mağdurun “mağdur” sıfatını taşıması TCK m. 123/A/1’deki tanım karşısında mümkün görünmemektedir.

2. TCK m. 123/A’da tanımlanan suçu kavrayabilmenin ön koşulu, “ısrar” kelimesini doğru anlamaktır. TCK m. 123’te de yer alan bu kavram, doktrin ve uygulamada yerleşik haliyle icra edilen davranışta bir kez ile yetinilmemesi, eylemin tekrarlanması ve süreklilik teşkil etmesi şeklinde yorumlanmaktadır. Aynı yorumun ısrarlı takip suçunda da benimsenmesi pekâlâ mümkündür. İsrarlı takip, ancak icrai davranışla işlenebilir. İsrarlı takibi tanımlayan seçimlik hareketler, ihmali davranışa uygun değildir. Öte yandan Kanun, bu suçta ihmali hareketi icrai harekete eş tutmamış, yani bir garantörlük tanımını yapmamıştır.
3. Seçimlik hareketlerden ilki olan fiziki takipte ilk akla gelen, mağdurun peşinden gidilmesidir. Değişik zamanlarda aynı veya farklı yerlerde mağdurun karşısına çıkılması da fiziki takiptir. Nihayet kişinin ısrarlı şekilde teknolojik bir araçla izlenmesi de fiziki takip olarak görülmelidir. Diğer yandan bu son durum temas kurma amacına dayanırsa, tipik hareketi karşılayan bir davranışın oluştuğunda zaten kuşku yoktur. Temasın sağlanması için üçüncü kişiler de araç olarak kullanılabilir. Böylelikle kanun koyucu, hareketin parçası olan araçları TCK m. 123 hükmüne nazaran daha geniş tutmuştur.
4. TCK m. 123/A/1 hükmünde tanımlanan temas kurma fiilinin üçüncü kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilmesi, üçüncü kişi (öndeki/icracı fail) ile temas isteyen kişi (arkadaki kişi) arasındaki ilişkinin faillik başlığında anlamlandırılmasını zorunlu kılar. Esasen buradaki bağ Genel Hükümler kapsamında bir analize terk edilebilir ve böylece icracı fail ile arkadaki fail arasındaki hukuki ilişki net şekilde ortaya konulabilirdi. Ne var ki kanun koyucu, TCK m. 123/A/1’deki tanımda arkadaki kişiyi de fail olarak gördüğü için artık hem icracı fail hem arkadaki kişi fail olacak ve kanaatimizce müşterek fail sıfatını taşıyacaklardır. İcracı failin arkadaki fail tarafından iradi olarak yönlendirilmesi halinde ise TCK m. 37/2’deki anlamıyla araç kullanma durumu oluşacak ve artık dolaylı failliğin kabulü zorunlu hale gelecektir. Bu tasnif ışığında taraflara yüklenen faillik statüsü, araç kişinin şahıs veya konuda hatasının arkadaki faile sirayeti noktasında önem taşımaktadır.
5. İsrarlı takip sonucunda mağdurun endişeye kapılması ya da huzursuzluk duymasının (TCK m. 123/A/1) hukuki nitelik bakımından ne şekilde vasıf-

landırılacağı meselesi, çalışmamızda özel önem atfettiğimiz konular arasındadır. Kanun metninde tercih edilen ifade ve TCK m. 123'ün varlığına rağmen ilgili sonuç, TCK m. 123/A hükmüne duyulan ihtiyaç da gözetildiğinde objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmelidir. Şayet huzursuzluk ve endişe netice olarak kabul edilirse failin huzur ve sükun bozma kastıyla hareket etmesi aranacaktır. Kanun, bu olasılığı zaten TCK m. 123'te cezalandırmaktadır. Böyleyken ısrarlı takip suçuna ayrı bir norm başlığı altında yer verilme gereksinimini anlamak ve açıklamak güçtür. Bizi, TCK m. 123/A hükmünü objektif cezalandırılabilme şartı altında değerlendirmeye iten diğer husus ise şudur: TCK m.123 ile TCK m. 123/A arasındaki önemli farkın, failin saiki olduğu ifade edilmiştir. O halde bu suç bakımından önemli olan ısrarlı takibin sergilenmiş olmasıdır. Şayet başkasının huzursuzluk veya endişeye kapılması netice unsuru ve haliyle kast kapsamında kabul edilirse; ısrarlı takibi gerçekleştiren ve fakat kişinin huzursuzluğuna ya da endişeye kapılmasını istemeyen fail, mağdurun rahatsızlığına rağmen cezasız kalacaktır. Oysa TCK m. 123 ile birlikte yapılan analiz ve TCK m. 123/A'ya duyulan ihtiyaç karşısında bu sonuç isabetsiz görünmektedir. Özetle biz, TCK m. 123/A hükmünde yer alan *bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* halinin *objektif cezalandırılabilme şartı* olarak kabul edilmesi taraftarıyız.

6. İsrarlı takip suçunda tipikliğin sübjektif unsuru bakımından olası kast yeterlidir. Huzursuzluk ve endişe hali bizce objektif cezalandırılabilme şartı olduğu için kastın bu sonuçları kapsamaması gerekmez. Kanun koyucu ısrarlı takip açısından ayrı bir saik aramamıştır. Faili suça sevk eden saikin bir başka tipik hareketi karşılaması durumunda kişi artık o suçtan cezalandırılacak, TCK m. 123/A gündeme gelmeyecektir.
7. İsrarlı takip suçunda kast üzerindeki etki bakımından hata hükümleri de önemli sonuçlar içermektedir. Kişinin, tasavvur ettiği farklı bir kişi üzerinde gerçekleştirdiği ısrarlı takipte kast, fiilden somut olarak etkilenen kişi üzerinde devam eder. Çünkü suçun temel şekli bakımından kanun koyucu, mağduru bireyselleştirmemiştir ve bu sebeple mağdurun şahsında düşülen hata önemsizdir. Fakat TCK m. 123/A/2-a'da yer alan nitelikli haller bakımından farklı düşünmek gerekir. Bentte sayılan kişiler üzerindeki hata artık esaslı/önemli hata kabul edilecek ve nitelikli hal yönünden kastı kaldıracaktır (TCK m. 30/2). Nihayet TCK m. 123/A/1 hükmünde failin bir başkası (üçüncü kişi) aracılığıyla mağdurla temas kurmaya çalışması ayrıca

tanımlandığından, araç kişinin şahısta veya konuda hatasının diğer faille sırayeti de önem kazanmaktadır. TCK m. 123/A/1'deki tanım gereği araç kişi ile fail arasında müşterek faillik ilişkisi varsa suç ortağının şahıs veya konuda hatası, bu hataya katkısı olmayan diğer suç ortağı hakkında hedefte sapma kurumuna göre çözümlenmelidir. İcracı fail üzerindeki iradi hakimiyet halinde ise arkadaki kişi dolaylı fail sıfatını haizdir. Bu durumda icracı failin şahıs veya konuda hatasının dolaylı faille sırayeti şöyledir: Kasten hareket eden icracı fail hareket hakimiyetine sahiptir ve dolaylı fail de işlenen fiilden aynen icracı fail gibi sorumludur (*error in persona vel obiecto*). Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkarılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A'dan dolayı cezasız kalacaktır (*aberratio ictus*).

8. Israrlı takip suçunun özel görünüm şekillerine ilişkin sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:
- Israrlı takip suçunda öngörülen huzursuzluk ve endişe halini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz için bu suç, teşebbüse elverişli değildir. Failin ısrarlı takipte bulunmasıyla suç tamamlanır.
 - Israrlı takipte iştirake ilişkin, Genel Hükümlerin uygulanacağını söylemek yeterli değildir. Üçüncü kişinin suçta vasita kılınmasının kanuni tipte ayrıca tanımlanması sebebiyle münhasıran bir inceleme yapılmalıdır. Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar şöyle özetlenebilir:
 - Israrlı takibe kasteden ile takipte araç olarak kullanılan kişi yasal tanım gereği müşterek fail olarak görülmelidir. Araç kişi üzerinde iradi hakimiyet tesis edilmişse arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. İcracı fail ise TCK m. 123/A'dan kast ve kusurluluk durumuna göre cezalandırılmalıdır. Arkadaki kişi ile araç kişi her durumda fail olarak konumlandırıldığı için her bir failin kusurluluk değerlendirmesi kendisini bağlayacaktır.
 - Araç kişinin şahısta hatası TCK m. 123/A/1 bakımından esaslı olmayan hatadır, kastı kaldırmaz ve böylece sorumluluk aynen devam eder. İcracı fail ile arkadaki fail arasında yasal tanım doğrultusunda müşterek faillik kabul edilirse; icracı failin şahıs ya da konuda hatasının, bu hata üzerinde rolü olmayan diğer suç ortağına sırayetini hedefte sapma kurumuna göre belirlemek doğru olacaktır (*aberratio ictus*). Bu hatanın dolaylı faille sırayeti noktasında ise ikili ayırım yapılmalıdır: Araç kişi kasten hareket ediyorsa ha-

reket hakimiyetini haizdir ve dolaylı fail de işlenen fiilden icracı fail gibi sorumludur (*error in persona vel obiecto*). Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkartılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A'dan dolayı cezasız kalacaktır (*aberratio ictus*).

9. Israrlı takip suçuna ilişkin yaptığımız değerlendirmeler neticesinde, kanun koyucunun amacının korunması ve aynı zamanda suç teorisine ilişkin esaslar bakımından paylaştığımız çekincelerin giderilmesi için kanun koyucuya somut önerimiz, TCK m. 123 ile TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan suçların tek bir norm altında tüketilmesidir. Mevcut durumda endişe veya huzursuzluğun doğması halinde ayrı bir norma başvurmanın maddi ceza hukuku boyutuyla izahı güçtür. Kaldı ki TCK m. 123 hükmünde yer alan saik, pekala TCK m. 123/A kapsamında kalmaya müsaittir. Diğer yandan TCK m. 123/A'da tanımlı hareketler, TCK m. 123 hükmüne nazaran daha geniştir, görece kapsayıcı niteliktedir. O halde her iki suçu ayrı ayrı düzenlemek yerine tek bir norma yer vermek en doğrusudur. Ancak atılacak yeni adımda endişe ya da ciddi huzursuzluk halinin hukuki niteliği netleştirilmeli, mağdurun psikik durumunun failin kastı kapsamında kalması üzerindeki tereddütler giderilmelidir. Diğer yandan olası yeni düzenlemede, takibin bir başkası tarafından yapılması ayrıca tanımlanmamalı, iştirake ilişkin çözümler genel hükümler kısmına bırakılmalıdır.

Kaynakça

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Adalet Yayıncılık 2020).
- Akgün MH., *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Yükseltelen Cezalar ve Israrlı Takip Suçu* (Seta 2022).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bs. Adalet Yayıncılık 2022).
- Balcı M ve Çakır K, 'Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 323-339.
- Beck'sche Online-Kommentare (57. Ed., 1.5.2023) (BeckOK StGB/Valerius).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020).
- Doğan R, 'Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu' (2014) Ankara Barosu Dergisi 137-154.
- Dülger MV, 'Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-57.
- Ekici Şahin M, 'Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar' (2013) 8 (109-110) BUHFD 7-25.
- Erdem MR, 'Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma' (2019) 21 DEÜHFD 43-68.
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet Yayıncılık 2015).
- Eryıldız S, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovač Yayıncılık 2016).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2019).
- Gazeas N, 'Der Stalking-Tatbestand - § 238 StGB (Nachstellung)' (2007) JR 497-505.
- Gerhold Sönke Florian, 'Entgrenzung des Nachstellungstatbestands' (2021) ZRP 118-121.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 Bs. US-A Yayıncılık 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Bs. Adalet Yayıncılık 2022).
- Karaaslan R, 'Ceza Hukukunda Şahista Hata ve Hedefte Sapma' (2019) (2) GSÜHFD 215-315.
- Kindhäuser U ve Zimmermann T, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Bs. Nomos Yayıncılık 2020).
- Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen Hans-Ullrich ve Saliger Frank, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar* (6. Bs., Nomos Yayıncılık 2023) (NK-StGB/Sonnen).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bs. Seçkin Yayıncılık 2021).
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Bs. Adalet Yayıncılık 2019).
- Kretschmer J, 'Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen' (2022) JA 41-46.
- Krüger M, 'Stalking in allen Instanzen - Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB' (2010) NStZ 546-553.
- Lackner K, Kühl K ve Heger M, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2023) (Heger StGB).

- Matt H ve Joachim R, *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Bs. Franz Vahlen Yayıncılık 2020).
- Maurach R, Gössel KH ve Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil-2* (8. Bs. C.F.Müller Yayıncılık 2014).
- Mitsch W, 'Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch' (2007) NJW 1237-1240.
- Mosbacher A, 'Nachstellung - § 238 StGB' (2007) NStZ 665-671.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Auflage, C H Beck 2021) (MüKoStGB/Gericke).
- Neubacher F ve Seher G, 'Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)' (2007) JZ 1029-1036.
- Özar S, 'İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) AÜHFHD 1397-1430.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özen M ve Atacan K, 'Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu' (2019) AÜHFHD 479-527.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022).
- , 'Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik' 1994 4 (1-2) SÜHFHD 159-190.
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II* (C.H.Beck Yayıncılık 2003).
- Roxin C ve Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bs, C.H.Beck Yayıncılık 2020).
- Schöch H, 'Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand' (2013) NStZ 221-224.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bs. Yetkin Yayıncılık 2018).
- Strafgesetzbuch Kommentar (Adolf Schönke ve Horst Schröder) (30. Auflage, C H Beck 2019).
- Taşkın ŞC, 'İsrarlı Takip Suçu' (2023) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 91-135.
- Tezcan D, Erdem M. Ruhan ve Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2022).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bs., Savaş Yayıncılık 2019).
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet Yayıncılık 2022).
- Tunç K, 'Karar Analizi - Telefonda İşlenen Suçlarda Şahista Hata' (2019) 25 (1) MÜHFHAD 471-480.
- Valerius B, 'Stalking: Der neue Tatbestand der Nachstellung in StGB' (2007) JR 319-324.
- Yenisey F ve Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu* (2. Bs., Beta Yayıncılık 2015).
- Yokuş Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bs. Adalet Yayıncılık 2019).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Beta Yayıncılık 2019).

Ceza İnfaz Kurumlarında Personel-Mahpus İlişisine Yönelik Uluslararası İnsan Hakları Standartları^(*)

Dr. Ertuğrul YAZAR^(**)

Öz

Ceza infaz kurumları, adli bir makam tarafından hakkında tutuklama kararı verilen veya hüküm giyen mahpuslarla ilgilenmek üzere kanuni düzeyde oluşturulmuş kamu kurumlarıdır. Bu kurumlar duvarlar, çitler, kapıları kilitli bir bina ve parmaklıklı pencerelerden ziyade insanlarla ilgilidir. Güvenlikli, iyi yönetilen ve insani bir ceza infaz kurumu sisteminin anahtarı personel ve personelin mahpuslarla ilişkisinin niteliğidir. Personel-mahpus ilişkileri tüm hapishane sisteminin merkezinde yer almaktadır. Bu nedenle, bir ceza infaz kurumunun iyi düzen ve iyi yönetim ilkeleri çerçevesinde yönetilmesi personel-mahpus ilişkisinin sağlıklı bir zeminde ilerlemesine bağlıdır.

Personel ve mahpus arasında çatışma yerine yapıcı ilişkiler kurulması gerilimin, şiddet olaylarının ve kötü muamelenin ortaya çıkma olasılığının azalmasını sağlar. Dinamik güvenlik olgusuyla ifade edilen bu yaklaşım sonucu kurum güvenliği de artar. Çalışma, ceza infaz kurumlarında yönetimi en zor alanlardan birini oluşturan personel-mahpus ilişkisine odaklanmakta ve uluslararası insan hakları hukuku standartları çerçevesinde bu ilişkinin olumlu düzeyde seyrini etkileyen faktörleri belirlemeye ve bir kültür haline getirerek içselleştirmenin önemini açıklamaya çalışmaktadır. Denetim mekanizmalarının da irdelemesi gerektiği bu faktörler; “personelin işe alınma ve seçim kriterleri”, “personel sayısı, çeşitliliği ve uzmanlığı”, “ceza infaz kurumu idaresinin hizmet anlayışı”, “personelin mesleki gelişimi, çalışma şartları, mali koşulları ve özlük hakları”, “persone-

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.03.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.06.2024.

Atıf Şekli: Ertuğrul Yazar, ‘Ceza İnfaz Kurumlarında Personel-Mahpus İlişisine Yönelik Uluslararası İnsan Hakları Standartları’ (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95, 163.

DOI: 10.52273/sduhfd..1459120.

^(**) İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara, Türkiye.

E-posta: yazarertugrul@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2508-1201>.

lin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkeler”, “personelin alması gereken eğitimin niteliği”, “hassas gruplar ve mahremiyet ilkesi” başlıklarında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Ceza İnfaz Kurumu, Cezaevi Personeli ve Mahpus İlişkisi, İyi Düzen ve İyi Yönetim İlkeleri, Denetim Mekanizmaları.

International Human Rights Standards for Staff-Prisoner Relationship in Penitentiary Institutions

Abstract

Penitentiary institutions are public institutions established at the legal level to deal with prisoners for whom arrest warrants are issued or sentenced by a judicial authority. These institutions are about people rather than walls, fences, buildings with locked doors, and windows with bars. The key to a safe, well-managed, and humane penitentiary system is the staff and the quality of their relationships with prisoners. Staff-prisoner relationships are at the heart of the entire penitentiary system. Therefore, the management of a penitentiary institution within the framework of good order and good management principles depends on the staff-prisoner relationship progressing on a healthy basis.

Establishing constructive relationships between staff and prisoners, rather than conflict, reduces the likelihood of tension, violence, and ill-treatment occurring. Establishing constructive relationships between staff and prisoners, rather than conflict, reduces the likelihood of tension, violence, and ill-treatment occurring. Because of this approach, expressed by the phenomenon of dynamic security, institutional security also increases. The study focuses on the staff-prisoner relationship, which is one of the most difficult areas to manage in penitentiary institutions, and tries to determine the factors that affect the positive course of this relationship within the framework of international human rights law standards and explain the importance of internalizing it by turning it into a culture. These factors, which inspection mechanisms should also examine, are discussed under the headings of *“staff recruitment and selection criteria”*, *“staff number, diversity, and expertise”*, *“service understanding of the penitentiary institution administration”*, *“professional development of the staff, working conditions, financial conditions, and personal rights”*, *“ethical principles such as independence, fairness, and competence of the staff”*, *“quality of the training that the staff should receive”*, *“vulnerable groups and principle of privacy”*.

Keywords

International Human Rights Law, Penitentiary Institution, Staff-Prisoner Relationship, Good Order and Good Management Principles, Inspection Mechanisms.

Extended Summary

Considering the contemporary execution system and the mandatory provisions of international human rights law standards, the state must provide services to prisoners held in penitentiary institutions within the framework of the principles of good management and good order. In addition to reinforcing the prisoner's sense of remorse and providing deterrence, preparing the necessary conditions for the development of the prisoner's material and spiritual existence, protecting the society against crime by producing policies to reform the prisoner, preparing the prisoner for social life as a responsible person and encouraging the prisoner's re-socialization are among the aims and obligations of the state's service concept. Considering that the essence of imprisonment is *"deprivation of liberty"*, the principle of management of the penitentiary institution should be based on treating the prisoners as a *"trust"* and adopting the principle of *"not imposing additional deprivations"* on the people under its care and *"there is no execution within the execution"*.

The state's ability to fulfill its obligations by managing a penitentiary institution effectively and efficiently depends on the nature of the staff-prisoner relationship. Therefore, this study reveals how important the human dimension of penitentiary institutions is rather than their physical aspects. The two most important groups of people in a penitentiary institution are the prisoners and the staff responsible for their care, security, health, and welfare. These institutions are about people rather than walls, fences, buildings with locked doors, and windows with bars. Good management of a penitentiary institution depends on establishing the relationship between these two groups on the right basis. Recognizing and respecting the common humanity of these two groups is the most important measure of a decent and humane penitentiary institution. Staff-prisoner relationships are at the heart of the entire prison system. In other words, the key to a safe, well-managed, and humane prison system is the staff and the quality of their relationships with prisoners.

The phenomenon of dynamic security in the staff-prisoner relationship, which constitutes one of the most difficult areas to manage in penitentiary institutions, has been determined as one of the biggest signs of good management. When constructive relationships are established between staff and prisoners instead of conflict, it is expected that tensions will decrease and thus the likelihood of violence and mistreatment will decrease. For this reason, it is important to internalize the factors that affect the staff-prisoner relationship on the right basis or at a positive level and turn it into a culture.

The study focuses on the staff-prisoner relationship, which is one of the most difficult areas to manage in penitentiary institutions, and tries to determine the factors that affect the positive course of this relationship within the framework of international standards and explain the importance of internalizing it by turning it into a culture.

These factors that inspection mechanisms should also examine are; *"staff recruitment and selection criteria"*, *"staff number, diversity, and expertise"*, *"service understanding of the penitentiary institution administration"*, *"professional development of the staff, working conditions, financial conditions, and personal rights"*, *"ethical principles such*

as independence, fairness, and competence of the staff”, “quality of the training that the staff should receive”, “principle of privacy and sensitive groups”.

Many institutions examines these factors by conducting internal, external and preventive, and judicial inspection on the example of Türkiye. Internal inspection mechanisms are Chief public prosecutors’ offices, controllers and probation officers. External inspection mechanisms are the Human Rights Investigation Commission of the Turkish Grand National Assembly, the Ombudsman Institution, provincial and district human rights boards, penitentiary institutions and detention houses monitoring boards (civil monitoring boards) members, bar associations, and committees and individuals authorized by law can be listed as institutions. The preventive mechanism of Türkiye is the Human Rights and Equality Institution of Türkiye, which has the duty of national prevention mechanism. Judicial mechanisms are the enforcement judges, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.

Giriş

Ceza infaz kurumları, adli bir makam tarafından hakkında tutuklama kararı verilen veya hüküm giydikten sonra özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin tutulduğu tesislerdir. Ulusal mevzuatımızda ceza infaz kurumlarının tiplerine göre tanımlar yer almaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (İnfaz Kanunu) 8'inci maddesi uyarınca bunlardan biri olan kapalı ceza infaz kurumları; iç-dış güvenliği sağlanan, firar riskine yönelik fizikî, teknik, mekanik veya elektronik engellerle donatılmış, oda ve koridor kapılarının kapalı tutulduğu, dış çevreyle temasın bulunduğu, güvenliğin yeterli düzeyde tesis edildiği ve mahpusun ihtiyaçları çerçevesinde bireysel, grup veya toplu şekilde iyileştirme programlarının uygulandığı kurumlar olarak belirlenmektedir¹.

Ceza infaz kurumu hizmetiye, mahpuslarla ilgilenmek üzere kanuni düzeyde oluşturulmuş kamu kurumlarını ifade etmektedir. Ceza infaz kurumları, kurum çatısı altında emniyet ve güvenliği sağlamak, günlük yaşamı düzenlemek, mahpusların insan onurlarını dikkate alan bir yaklaşımla çalışma faaliyetleri ve tahliye, toplumla yeniden bütünleşme ve iyileştirme programları hazırlamakla görevlidir. Bu bağlamda ceza infaz kurumu personeli tarafından sunulan hizmetin adalet ve güvenlik hizmetlerinin bir bileşiminden oluşan kamusal nitelikte bir faaliyet olduğu belirtilmelidir².

Ceza infaz kurumları üzerine çalışmalar yürüten Andrew Coyle, ceza infaz kurumlarının duvarlar, çitler, kapıları kilitli bir bina ve parmaklıklı pencereler gibi fiziksel yönlerinden ziyade en önemli yönünün "*insani boyutu*" olduğunu belirtmektedir. Bir ceza infaz kurumunda önem verilmesi gereken iki insan grubu mahpuslar ve onların gözetiminden sorumlu personeldir. İyi yönetilen bir ceza infaz kurumunun anahtarı da bu iki grup arasındaki ilişkinin doğasıdır³. Ayrıca, personel-mahpus ilişkilerinin tüm cezaevi sisteminin merkezinde yer aldığı görüşünün uzun zamandır kabul edildiği belirtilmelidir. Personel-mahpus ilişkileri üzerine yapılan kapsamlı araştırmalar, bu ilişkilerin mahpusların yaşam kalitesi, ceza infaz kurumu düzeni ve idarenin meşruiyeti gibi konulardaki önemini ortaya çıkarmıştır⁴.

¹ İnfaz Kanunu, Kanun Numarası: 5275, Kabul Tarihi: 13.12.2004, RG 29.12.2004/25685.

² Güven Urgan, 'Avrupa Konseyi'nin Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine İlişkin Kılavuzlar', (2021), 29(1), Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, 21.

³ Andrew Coyle, *A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for prison staff*, (Second edition, International Centre for Prison Studies 2009) 15.

⁴ Ben Crewe, Anna Schliehe ve Daria Aleksandra Przybylska 'It causes a lot of problems: Relational ambiguities and dynamics between prisoners and staff in a women's prison', (2023), 20(3), European Journal of Criminology, 927.

Ceza infaz kurumları, yönetim bakımından müdürü olan-olmayan şekilde ikiye ayrılmaktadır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik'in (İnfaz Yönetmeliği) 6'ncı maddesi uyarınca müdürlü kurumlarda; bir müdür, uygun sayıda ikinci müdür ve hükümlü ve tutuklu sayısı ile kurumların önem ve niteliğine göre personel bulundurmaktadır⁵. Personel nöbet ve vardiya yöntemiyle çalıştırılmaktadır. Ceza infaz kurumlarında personel çalışma sistemi servisler üzerinden planlanmakta olup İnfaz Yönetmeliği uyarınca kurumlarda; "yönetim servisi, güvenlik ve gözetim servisi, teknik servis, psiko-sosyal yardım servisi, sağlık servisi, eğitim ve öğretim servisi, işyurdu servisi ve yardımcı hizmetler servisi" bulunmaktadır. Söz konusu servislerde; idare memuru, bilgisayar işletmeni, infaz ve koruma memuru ve başmemuru, cezaevi tabibi, dış tabibi, tekniker, diyetisyen, eczacı, psikolog, sosyolog, sosyal çalışmacı, mühendis, çocuk gelişimi uzmanı, hemşire, öğretmen, eğitim uzmanı, kütüphaneci, sayman, santral memuru, aşçı gibi elliye yakın farklı kadroda hizmet üreten personel bulunmaktadır.

Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün (CTE) 1 Mayıs 2024 tarihli verilerine göre; ülkemizde 272 kapalı ceza infaz kurumu, 99 müstakil açık ceza infaz kurumu, 4 çocuk eğitimevi, 11 kadın kapalı, 8 kadın açık, 9 çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumu olmak üzere toplam 403 ceza infaz kurumu bulunmaktadır. Bu kurumların kapasitesi 295,328 kişiliktir⁶. 2022 yıl sonu itibariyle ceza infaz kurumlarındaki mahpus sayısı bir önceki yıla göre %14,6 artmış haliyle 341,294'dür⁷. Söz konusu veriler ışığında fazladan 50 bin kişinin tutulduğu ceza infaz kurumlarında "kalabalıklaşma sorunu" olduğu ve bu durumun kurumlarda genel yaşam kalitesini ciddi biçimde düşürerek mahpusların kırılabilirliklerini artırdığı ifade edilmelidir⁸.

CTE'nin 26 Nisan 2024 tarihli personel durumuna ilişkin paylaşımı kapsamında; ülkemizde ceza ve infaz hizmetlerini yürütmekle görevli toplam 84.310 per-

⁵ İnfaz Yönetmeliği, Yönetmelik Numarası: 2324, Kabul Tarihi: 28.03.2020, RG 29.03.2020/31083.

⁶ CTE, (2024), 'Ceza İnfaz Kurumlarımız: Genel Bilgi', <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-gene-bilgi>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.

⁷ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri 2022 Haber Bülteni Yayınlandı' <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cte-istatistikleri-bulteni29092022032841>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.

⁸ Ertuğrul Yazar, 'Ceza İnfaz Kurumlarında Tutulan Mahpusların İnsan Hakları: Cumhuriyet'in İlanının 100. Yılında Tamamlanan İnsan Hakları Eylem Planı Kapsamındaki Gelişmeler', (2023), 2023(1), Suç ve Ceza Dergisi, 100.

sonel bulunmaktadır⁹. Elliye yakın farklı kadroda çalışan mevcut personelin %80’den fazlasını infaz ve koruma memurları ve başmemurları oluşturmaktadır. Bir ceza infaz kurumunun sürekliliğini ve işlerliğini sağlayan ve mahpuslarla doğrudan temas halinde olan personelin infaz ve koruma memurları ile başmemurları olduğu ifade edilmelidir. İnfaz Yönetmeliği’nin 10’uncu maddesi uyarınca bu personel “güvenlik ve gözetim servisi” personeli olarak tanımlanmakta olup diğerlerinin yanı sıra kurumun güvenlik, düzen ve disiplininin sağlanması ve mahpusların kurum içindeki hareketlerinin takip ve kontrolü ile gözetiminden sorumlu bulunmaktadır¹⁰. Mezkûr Yönetmelik’in 10’uncu maddesi ile söz konusu sayısal oran dikkate alındığında devlete düşen yükümlülüklerin temel uygulayıcılarının ülkemizde infaz ve koruma memurları ve başmemurları olduğu belirtilmelidir.

40 yılı aşkın süredir işkencenin küresel çapta önlenmesi için çalışmalar yürüten İşkenceyi Önleme Derneği (APT), birçok ülkenin ceza infaz kurumları sistemlerine yeterli yatırımı yapmadığını, hizmet anlayışını duvarlar ve çitler inşa etmek ve personel seviyesini mahpusların kaçmasını engelleyecek seviyeye azaltmakla sınırlandırdığını ve mahpusları kendi başlarına bıraktığını ifade etmektedir. Kontrolü en kuvvetli mahpusların eline bırakma yönteminin büyük bir ihmal olduğunu belirten APT, söz konusu yaklaşımın yüksek şiddet seviyelerini beraberinde getirdiğini, ceza infaz kurumlarının tehlikeli ve işlevsiz bir mekâna dönüştüğü ve mahpusların yeniden suç işleyerek vahşileştikleri bir ortam oluştuğunu belirtmektedir. Bu tarz kurumlarda, personelin mahpusları ıslah etmek için harcaabilecekleri zaman kavgalar ve saldırılarla geçer, personelin şiddeti engellemekle ilgilenecekleri zamanlarda hastalanarak bedensel yaralanma gibi sağlık harcamaları çok daha fazla olur¹¹.

Söz konusu risklerin dikkate alındığı ve hukukun üstünlüğünün kabul edildiği demokratik bir devlet düzeninde ise, ceza infaz kurumu personelinin tüm görevlerini uluslararası hukuk standartlarına, insan hakları hukukuna ve ulusal hukuka uygun olarak yürütmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹² (AİHS), Bakanlar Komitesi’nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2-rev Sayılı Tavsiye Kararı (Avrupa Cezaevi Kural-

⁹ CTE, (2024), ‘Personel Durumu’, <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/personel-durumu>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.

¹⁰ İnfaz Yönetmeliği, m.10.

¹¹ APT, *Hapishanelerde Güvenlik ve İnsan Onuru Dengesi: Önleyici İzleme İçin Bir Çerçeve* (Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği ve Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi 2013) 21.

¹² Avrupa Konseyi, AİHS (1950), 4.11.1950.

ları) gibi uluslararası sözleşmelerde ve standart kurallarda benimsenen yaklaşımın içselleştirilmesi ve Anayasa ve kanunlarda mahpuslara yönelik insan haklarının korunması ve geliştirilmesine çaba sarf edilmelidir. Mahpusların ceza infaz kurumlarında geçirdikleri süreyi olumlu bir şekilde kullanma fırsatını sağlayarak, tahliye sonrasında topluma yeniden entegrasyonlarına yönelik çalışmalar yapmak ve cezaevi ortamının dış dünya yaşamının olumlu yönlerine mümkün olduğunca yaklaştırmaya çabalamak gerekmektedir¹³.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nda "İyi Düzen" ayrı bir bölüm olarak ele alınmaktadır. Bir ceza infaz kurumunda iyi düzen; emniyet, güvenlik, disiplin ve adalet gereklerinin hesaba katılması, mahpuslara "insanlık onurlarına saygı gösteren yaşam koşullarının sağlanması" ve "kapsamlı-geniş bir faaliyetler programı sunulması" yoluyla mümkün olabilecektir¹⁴. Ceza infaz kurumlarının iyi yönetim ilkeleri ve iyi düzen çerçevesinde idare edilmesi, personel-mahpus ilişkisinin doğru zemine kurulmasına ve uluslararası hukuk standartlarında yer alan kural ve ilkelerin benimsenmesine ve içselleştirilmesine bağlıdır. Birçok belgede personel-mahpus ilişkisinin detaylıca ele alınması; dünya genelinde büyük bir sorunun varlığına, ulusal makamların konu üzerinde titizlikle durarak suiistimalleri önlemesi gerektiğine, bir kültür oluşturulmasına duyulan ihtiyaca, mahpusların insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin önemine ve bağımsız denetimlerde bilhassa üzerinde durulması gereken bir alanın varlığına işaret etmektedir.

Çalışmada, personel-mahpus ilişkisinde devletin temel yükümlülükleriyle bir giriş yapıldıktan sonra konuyla ilgili uluslararası belgeler ve uluslararası hukuk standartları alt başlıklar halinde derlenmektedir. Bu çerçevede; "personelin işe alınma ve seçim kriterleri", "personel sayısı, çeşitliliği ve uzmanlığı", "ceza infaz kurumu idaresinin hizmet anlayışı", "personelin mesleki gelişimi, çalışma şartları, mali koşulları ve özlük hakları", "personelin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkeler", "personelin alması gereken eğitimin niteliği", "hassas gruplar ve mahremiyet ilkesi" gibi alt konu başlıkları oluşturularak uluslararası insan hakları hukuku standartlarının ulusal makamlardan beklentileri ortaya konmaya çalışılmıştır. Bu yönüyle çalışmada, mahpuslar ve personel arasındaki ilişkileri belirleyen unsurların derinlemesine analiz edilmesi amaçlanmaktadır. Son olarak, Türkiye örneği üzerinden personel ve mahpus ilişkisini de ele alır şekilde denetim

¹³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 'Avrupa Cezaevi Kuralları (2006): Rec(2006)2-rev', 11.1.2006, Temel İlkeler, <<https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

¹⁴ ibid, 49 No.lu Kural.

gerçekleştiren mekanizmalar iç denetim mekanizmaları, dış denetim mekanizmaları ve önleyici mekanizmalar ile yargısal denetim mekanizmaları alt başlıklarında ele alınacaktır. Bu bağlamda Cumhuriyet başsavcılıkları, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK), Türkiye'nin ulusal önleme mekanizması (UÖM) görevini havi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), il ve ilçe insan hakları kurulları, ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurulu (sivil izleme kurulu) üyeleri, ceza infaz kurumları ile tutukevleri kontrolörleri, barolar, infaz hâkimleri, Anayasa Mahkemesi (AYM), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), denetimli serbestlik personeli ve kanunlarla yetkili kılınmış heyet ve kişiler kurumların yetkilerine ve önemli kararlarına değinilmiştir. Son olarak çalışmada personel-mahpus ilişkisinin denetiminin önemi, işlevselliği ve personel-mahpus ilişkisi bağlamında denetimde incelenmesi gereken konu başlıklarına yer verilmiştir.

I. Modern İnfaz Sisteminde Personel-Mahpus İlişkisi ile Devletin Temel Yaklaşımı ve Yükümlülükleri

A. Modern İnfaz Sisteminin Ceza İnfaz Kurumlarına Yaklaşımına

Devletin infaz sistemi ile ulaşmak istediği amaç mahpusun salt pişmanlık duygusunu pekiştirmek ve caydırıcılığı sağlamak değildir. Hatta infaz hukuku alanında kabul gören yeni yaklaşımla beraber ödetme, ölç alma veya suç işleyen kişiye acı çektirmenin infazın amaçlarından biri olarak kabul görmediğini ifade etmek gerekmektedir¹⁵. Bu yönde, suça mukabil tatbik edilen cezanın amacının geçmişte işlenen fiile karşılık kefarete, gelecek bakımından ise, özel ve genel önleme olduğu infaz hukukunda kabul gören görüştür¹⁶. Bir başka ifadeyle, özgürlükten yoksun bırakılma korkusunun kişileri suç işlemekten alıkoymasını ceza hukukunun “genel önleme işlevi” iken, alıkonulan mahpusların uslandırılarak yeniden sosyalleşmesinin sağlanması “özel önleme işlevi” olarak belirtilmektedir¹⁷.

¹⁵ İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, *İnfaz Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2023) 21; Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (18. Baskı, Seçkin 2024) 43; Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2023) 47; Berrin Akbulut, Neslihan Demirkol ve Taha Yasin Turan, *İnfaz Hukuku* (2. Baskı, Adalet 2023) 29.

¹⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet 2023) 669; Mehmet Emin Artuk, ‘Güvenlik Tedbirleri’, (2008), 12(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 475; Akbulut, Demirkol ve Turan (n 1) 29.

¹⁷ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Beta 2023) 53-54; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (12. Bası, Beta 2023) 4; İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmüş, *Ceza Genel Hukuku* (5. Baskı, Seçkin, 2022) 19.

Modern infaz sistemi, ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilen infaz süreci ile mahpusun ıslah olmasını, toplum yaşamına geri döndüğünde yeniden suç işlememesini ve sorumlu bir kişi olarak toplum ve devlet yaşamına katma değer sunmasını hedeflemektedir. Cezanın ıslah edici fonksiyonu veya rehabilitasyon düşüncesi, mahpusun mesleki veya eğitsel terbiye veyahut terapi yoluyla toplumdaki yapıcı yerini yeniden alması üzerine kuruludur. Cezaları meşrulaştırmanın en modern yolu da rehabilitasyon idealidir¹⁸. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere rehabilitasyon devletlerin pozitif yükümlülükleri arasında kabul edilmektedir¹⁹. Bu kapsamda ceza infaz kurumları idaresi, yargı kararları sonrası verilen mahkûmiyet kararlarının icrasının yanı sıra mahpusun yeniden suç işlemesini engelleyici stratejileri etkin bir biçimde kullanarak mahpusun ıslah edilmesinden de sorumludur²⁰.

AYM de benzer yöndeki görüşünü cezaların yerine getirilmesine, toplumun ölç alma duygularını doyumayı ve ceza yaptırımlarının etkili bir ibret olması esasını benimseyen eski ceza hukuku anlayışının terk edildiğini belirten bir kararla bildirmiştir. Mahkeme kararında; toplumların uygarlık düzeyinin büyük ölçüde geliştiğini, zamanımızda insan haysiyetinin daha çok gözetildiğini, suç işleyenlerin kişiliklerine uygun eğitim, öğretim ve çalıştırma yolları ile düzeltme ve kendilerini topluma tekrar yararlı bireyler haline getirme gibi, hem insanca hem de toplumsal ilke ve amaçlara dayanan yeni bir sistemin öngörüldüğünü, ceza infaz kurumlarından çıktıktan sonra pişman olmuş ve artık düzelmiş bulunan kişilerin toplum içinde, yeniden suç işlemelerine engel olunması yönünden izlenmeleri ve hatta bir bakıma suçluluğa karşı korunmaları da bu yeni ve insan haysiyetine daha uygun düşen çağdaş yerine getirme sisteminin kapsamı içine girdiğini belirtmektedir²¹.

B. Modern İnfaz Sisteminin Öngördüğü Biçimde Devletin Temel Amaç ve Görevleri

Modern infaz sistemiyle uyumlu bir biçimde anayasal ve yasal mevzuatta da insan onurunun üstünlüğüne ve mahpusun ıslahına yönelik yaklaşımın benimsendiği belirtilmelidir. İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için

¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 671.

¹⁹ AİHM, Khoroshenko v. Rusya Kararı, B.N. 41418/04, K.T. 30.6.2015; AİHM, Murray v. Hollanda Kararı, B.N. 10511/10, K.T. 10.12.2013.

²⁰ Güven Urgan, 'Ceza İnfaz Kurumlarında Yürütülen İslah Faaliyetlerinin Başarısı İçin Temel Bir Unsur: Nitelikli Personel Eğitimi', (2023), 2023(71-2), Adalet Dergisi, (Cumhuriyet'in 100. Yılı Özel Sayısı), 1087.

²¹ AYM, Esas Sayısı: 1970/42, Karar Sayısı: 1971/30, 109.

gerekli şartları hazırlamaya çalışma görevine “devletin temel amaç ve görevleri”ni düzenleyen Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer verilmesi, mahpusların özgürlüğünden alıkonulduğu ceza infaz kurumlarında nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiğini ortaya koyan temel normlardan biridir²². “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı Anayasa’nın 17’nci maddesinde düzenlenen hak kapsamında, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır²³. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür²⁴.

Anayasa’daki yaklaşıma benzer şekilde İnfaz Kanunu’nun 3’üncü maddesi; ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacı, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu sayede mahpusun yeniden suç işlemesini önleyici faktörleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, mahpusun yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kurallara saygılı, sorumluluk bilinci taşıyan bir hayat biçimine uyumunu kolaylaştırmak şeklinde belirlemiştir²⁵.

Gerek mahpusların ıslahı gerekse de mahpusların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla personel-mahpus ilişkisinin doğru zeminde kurulması konusunda devlete birtakım yükümlülükler düşmektedir. İnsan hakları hukuku çerçevesinde mahpuslar dâhil olmak üzere tüm bireylerin hak ve özgürlükleri karşısında devletlerin; “saygı gösterme”, “koruma” ve “gereğini yerine getirme” şeklinde üç tür yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin kötü muamelede yaşadığı; kötü muameleden kaçınma, kötü muameleye karşı koruma, etkili bir hukuk yoluna başvurmayı sağlama ve kötü muameleyi soruşturma gibi yükümlülükleri mevcuttur²⁶.

Bu üç yükümlülük türünden doğan usul veya esasa ilişkin şartlara uyulmaması sonucunda insan haklarının ihlali yaşanmaktadır. Koruma yükümlülüğü, devletin pozitif bir yükümlülüğü olup mahpusların insan haklarının en iyi suret-

²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

²³ ibid, m.17.

²⁴ AYM, Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, B.N. 2013/ 293, K.T. 17.7.2014, 109.

²⁵ İnfaz Kanunu, m.3.

²⁶ Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar* (1. Cilt, Yargıtay Başkanlığı 2012) 260.

te korunması için devletin gerekli tedbirleri alması gerektiğini ifade ederken saygı gösterme yükümlülüğü, devletin negatif bir yükümlülüğü olup mahpusların insan haklarının keyfi bir biçimde sınırlandırılmamasını ve müdahale edilmemesini içermektedir. Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün usule ilişkin boyutu ve devletin buna ilişkin usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek zorundadır²⁷.

AYM Cezmi Demir ve diğeri²⁸, Tahir Canan²⁹ ve Adem Erden³⁰ gibi bireysel başvuru değerlendirmesi sonrası vermiş olduğu kararlarında, soruşturmanın temel amacının, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve karışıklı olaylarda kamu görevlilerinin ya da kurumlarının kendi sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamak olduğunu belirtmektedir. Ayrıca AİHM'nin Batı ve diğeri/Türkiye kararıyla benzer mahiyette soruşturma sürecinde; soruşturmanın sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olması, soruşturmanın derhâl başlaması, soruşturmanın bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak, özenli ve süratli yürütülmesi, mahkemelerin kötü muamele niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti sarf etmesi ve tüm araçlara başvurusu gibi kriterleri aramaktadır³¹.

Görüleceği üzere her bir yükümlülük özelinde ceza infaz kurumu idaresinin ve personelinin farklılaşan yükümlükleri bulunmaktadır. Genel olarak ceza infaz kurumu personelinin yükümlükleri; mahpuslara insanca, saygın ve adil bir şekilde davranmak, mahpusların güvenliğini sağlamak, tehlike arz eden mahpusların kaçmamasını sağlama, kurumda düzen ve kontrolü sağlama, mahpusların tahliye olduklarında topluma yeniden uyum sağlayabilmeleri için kurumda geçirdikleri süreyi olumlu şekilde kullanma fırsatı sağlamaktır³².

Personelin mahpuslara yönelik her türlü davranışı ve muamelesi insani ve onurlu olmalı ve bu yaklaşım bir ceza infaz kurumundaki her türlü operasyonel

²⁷ ibid, 261.

²⁸ AYM, Cezmi Demir ve Diğeri Kararı, B.N. 2013/293, K.T. 17.7.2014, 66-70.

²⁹ AYM, Tahir Canan Kararı, B.N. 2012/969, K.T. 18.9.2013, 25.

³⁰ AYM, Adem Erden Kararı, B.N. 2015/4032, K.T. 23.1.2019, 33-34.

³¹ AİHM, Batı ve diğeri v. Türkiye Kararı, B.N. 33097/96-57834/00, K.T. 3.6.2004, 133-134.

³² Coyle (n 1) 15.

faaliyetin temelini oluşturmalıdır. Bu yaklaşım yalnızca insan hakları ilkeleri meselesi olmayıp operasyonel açıdan da bir ceza infaz kurumunu yönetmenin en etkili ve verimli yolu olarak kabul edilmektedir. Bu pozitif yükümlülüğe uyulmaması da, insan haklarının ihlali sonucunu doğurabilmektedir³³.

Ceza infaz kurumları özelinde devletin temel yükümlülüklerinden birinin mahpus özyönetim sistemlerinin bertaraf edilmesi olduğu belirtilmelidir. APT'nin de belirttiği gibi kontrolü en kuvvetli mahpusların eline bırakma devletler açısından büyük bir ihmâl olarak değerlendirilir³⁴. BM'nin İşkenceye Karşı Alt Komitesi (SPT), devletlerin tüm alıkonuların güvenliği ve refahından her zaman sorumlu olduğunu ve kurumların resmi personelin fiili ve etkili kontrolü altında olmayan bölümlerinin bulunmasının kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Özyönetim sistemlerinin, cezai adalet sistemi içindeki daha genel yolsuzluk sorunlarıyla bağlantılı olabileceğini de belirten SPT, bu tür sistemlerin doğasında tehlike olduğunu ve savunmasız mahpusların zararına çalışabileceğini veya bir şekilde kullanılmasını önlemek için her zaman etkili güvencelerin bulunması gerektiği görüşünü paylaşmaktadır³⁵.

Görülebileceği üzere mahpusların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda hukukun temel ilkelerine uymak kaydıyla devlete birtakım yükümlülükler düşmektedir. Tüm bu yükümlülükler rağmen bir ceza infaz kurumunda kötü muamele durumu söz konusu olabilir. Nitekim CPT, kötü muamelenin çok farklı biçimlerde olabileceğini ve bunların birçoğunun bilerek yapılmayabileceğini, düzenlemelerle ilgili eksikliklerden veya yetersiz kaynaklardan dolayı ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle CPT'nin özel önem atfettiği bir kurumdaki genel yaşam kalitesi, büyük ölçüde mahpuslara sunulan faaliyetlere ve mahpuslar ve personel arasındaki ilişkilerin genel durumuna dayanmaktadır³⁶.

C. Temel Hak Sujesi Olarak Mahpusun İnsan Onuruna Yakışır Bir Şekilde Alıkonulması

Avrupa'da Montesquieu, Bentham ve Rousseau başta olmak üzere çok sayıda düşünür, İlk Çağ ve Orta Çağ boyunca insan onurunu hiçe sayan aşırı katı

³³ Coyle (n 1) 15.

³⁴ APT (n 1) 21.

³⁵ SPT, *Fourth annual report of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Forty-sixth session 9 May-3 June 2011*, (SPT 2011) 15-16. <<https://www.refworld.org/reference/annualreport/cat/2011/en/84259>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

³⁶ CPT Standartları, 44 No.lu Paragraf.

cezalara ve monarşinin keyfi cezalandırma sistemine 18'inci yüzyıldan itibaren karşı çıkmıştır. Mahpusun temel hak sujesi olduğu görüşünü ise 19'uncu yüzyılın sonlarına doğru Almanya'da ilk olarak ortaya atan Wahlberg'e göre, devlet ve mahpuslar arasında karşılıklı bir haklar ve yükümlülükler bütünü mevcuttur. Öncesinde ise genel olarak kabul edilen düşünce, mahpusun hakkı olmadığı ve ceza infaz kurumu idaresinin keyfine bırakıldığı yönündeydi³⁷.

Wahlberg'in görüşü benimseyen Berthold Freudenthal da mahpusun insan haklarına sahip olduğunu belirtmiş ve devlet ve mahpus arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini genel kamu hukuku esaslarına dayandırmıştır. Freudenthal, cezanın infazının bedensel ve onur kırıcı nitelikte olmaması, ceza infaz kurumlarında hijyenik açıdan sorunsuz bir yaşamın mümkün kılması, iş kazalarına karşı koruma tedbirlerinin alınması, mahpusun bakıma ihtiyacı olan yakınlarına ve tahliyeden sonra mahpusla ilgilenilmesi gibi devletin yükümlülüklerine değinmiştir. Bu bakış açısı sayesinde Almanya'da ve Avrupa'da mahpusun temel haklarının ancak yasalara dayanılarak sınırlandırılabilceği görüşünün hâkim olduğu ifade edilebilir³⁸.

Hürriyeti bağlayıcı ceza alan kişinin, cezasının infazına başlanmasıyla birlikte bir devlet kurumunda tutulan birisi haline gelmesi ve böylece devlet ile kişi arasında varolan ilişki düzeyinden farklılaşan yeni bir statünün kurulması ceza infaz hukukunda insan haklarının etkisinin eksik kalmasının nedenlerinin başında gelmektedir. Cezaların infaz şeklinin insanlık onuruna aykırı aşağılayıcı cezaların verilemeyeceği yolundaki insan haklarından doğan yasağın ötesinde, ayrıntılarıyla nasıl düzenleneceği, yalnızca ceza infaz kurumu idaresinin bir iç işi olmasından ziyade yasama organının işi olarak görülmesinde yatmaktadır. Dolayısıyla, cezaların infazının hukuki düzenleniş biçimi insan haklarına bağlı olmaktan çok o devlete karşı mahkemeler aracılığıyla etkili kılma hakkıyla donatılmış bireysel temel hakları ve insan haklarını içeren bir anayasanın varlığına bağlıdır. Bu sayede mahpusun ceza infaz kurumunda yaşayan sıradan bir insan olmasından ziyade temel hak sujesi olarak kabulü anlaşılır kılınabilecektir³⁹.

³⁷ Demirbaş (n 1) 54; Özbek (n 1) 31-38.

³⁸ Timur Demirbaş, 'Cezaevleri Gerçeği', (2000), 2000(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan), 241.

³⁹ Demirbaş (n 1) 53-54.

D. Mahpusun Alıkonulmasında Uyulması Gereken İlkeler Bütünü

Mahpusun insan haklarına sahip temel hak sujesi olarak kabulüyle birlikte mahpusun insan onuruna yakışır bir şekilde alıkonulması için uyulması gereken ilkeler bütünü devreye girmektedir. “*Suçlar ve Cezalar Hakkında*” adlı kitabında ceza hukukunun temel ilkelerini ortaya koyan ve ilk kez sistematikleştiren Cesare Beccaria eserinde, cezanın hukuki esası, yasaların yorumu, hapis ve tutukluluk, işkence, onur kırıcı cezalar, suç ve ceza arasındaki orantı, cezaların süratle verilmesi ve alenen infazı gibi konuları ele almıştır. Beccaria tarafından ortaya konulduğu üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yargılamaların hızlı ve adil olması, her türlü gayri insani muamele, işkence, gizli yargılamalar, keyfi muamelelerin yasaklanması ve suçların ve cezaların orantılı olması adil bir ceza hukukunun vazgeçilmez unsurları olarak infaz hukukunda yer almıştır⁴⁰. Bu ilkeler ayrıca infaz hukuku alanında çalışmalar yürüten yazarlarca genel olarak; hukuk devleti ilkesi, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, mahpusun yaşam hakkı ile beden ve ruh bütünlüğünün korunması ilkesi, eşitlik ilkesi, sosyal devlet ilkesi, infazın kanuniliği ilkesi, infazın kesintisizliği ilkesi, gizlilikten kaçınma ilkesi, insanca infaz ilkesi ve infazın bireyselleştirilmesi ilkesi olarak belirtilmektedir⁴¹.

Hem infazın yapılacağı mekânlar hem de infazın şekli açısından infaz edilecek ceza, güvenlik tedbiri ve koruma tedbirinin uygulaması sırasında; insanın varlık ve değerine saygı gösterilmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine uyulması, insan onur ve haysiyetine uygun olarak cezanın infaz edilmesi ve insani bir infaz yönteminin benimsenmesi gerekmektedir⁴². Bu bağlamda ceza infaz kurumu idaresi ve personelinin temel sorumlulukları arasında; kurumun güvenlik ve düzeninin sağlanması, mahpusların ruh ve beden bütünlüklerinin korunması, insan mahpusların insan onuruna yakışır bir şekilde alıkonulması, mahpusun tutukluluk şartlarının iyileştirilmesi, mahpuslara fiziksel veya sözlü acı ve zarar verilmemesi, mahpusların diğer mahpusların saldırılarına karşı korunması, disiplin prosedürlerinin mevzuata uygun olarak uygulanması, mahpusların haklarının pratiğe yansımaları için azami gayret gösterilmesi ve kurum içinde herhangi bir olumsuz durum yaşandığında soruşturma süreci dâhil konunun aydınlatılması için çaba sarf edilmesi yer almaktadır. Mahpusların ıslahına yönelik

⁴⁰ Centel, Zafer ve Çakmut, (n 1) 25-26.

⁴¹ Özbek (n 1) 63-72; Akbulut, Demirkol ve Turan (n 1) 54-73; Demirbaş (n 1) 61-63; Özgenç ve Şahin (n 1) 29; Bahattin Aras ve Sezgin Güverçin, *İnfaz Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2024) 31-40.

⁴² Özgenç ve Şahin (n 1) 21.

asgari standart kuralları içeren ve birçok ülke tarafından benimsenen en önemli belgelerden biri olan Nelson Mandela Kuralları'nın ilkinde mahpusların, personelin, hizmet sağlayıcıların ve ziyaretçilerin emniyeti ve selametinin her zaman sağlanması gerektiği hususu yer almaktadır. Bu durum hem devletin temel yükümlülük alanını hem de mahpusların insan haklarının korunmasında güvenliğinin önemini net bir biçimde ortaya koymaktadır⁴³.

Mahpusun alıkonulma şartlarının uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku standartlarına uygun olması, mahpusun insan onuruna yakışır bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması ve ıslah edici amaçların infaz sürecinde merkezde tutulması tüm dünyada anayasal ve yasal metinlerde ve yargı kararlarında sıklıkla tekrarlanan bir yaklaşımdır⁴⁴. Anayasa'nın 17'nci maddesi uyarınca; ceza infaz kurumunda tutulan bir hükümlü veya tutuklunun içinde bulunduğu şartların insan onuruna yakışır bir şekilde olması gerekmektedir. Turan Günana kararında AYM; infaz yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların, mahpusları, *"özürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması"* gerektiğini belirterek devlete düşen sorumluluk alanını net bir biçimde ortaya koymaktadır. Ceza infaz kurumunda tutulmanın gereklilikleri doğrultusunda, mahpusların sağlık, refah ve esenliklerinin yeterli bir biçimde güvencede tutulması ve uygun tıbbi yardım sunulması da insan onuruna yakışır koşulların sağlanmasında gereklidir⁴⁵. Bu kapsamda, kişinin kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokulmamasının bir sınır olduğu ve bu sınırın aşılması durumunun onur kırıcı veya kötü muamele niteliğindeki uygulamaların başlangıcı anlamına geldiği hatırlanmalıdır⁴⁶.

Mahpusun insan onuruna yakışır bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması için personel-mahpus ilişkisini ihtiva eden birçok düzenlemenin kanunilik ve hukukun öngörülebilirliği ilkesi çerçevesinde detaylıca belirlenmesi gerekmektedir. Benzer şekilde insan hakları hukukunun temel ilkeleri olan gereklilik, orantınlık, ölçülülük gibi ilkelere azami uyum gösterilmesi personel-mahpus ilişkisinin

⁴³ BM Genel Kurulu, 1Nelson Mandela Kuralları1, (2015), 70/175, 17.12.2015, 1 No.lu Kural, <<https://www.tihk.gov.tr/kategori/pages/pdf/5ov6wq.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁴⁴ Demirbaş (n 1) 45; Özgenç ve Şahin (n 1) 21; Özbek (n 1) 43; Akbulut, Demirkol ve Turan (n 1) 29; Aras ve Güverçin (n 1) 27.

⁴⁵ AYM, Turan Günana Kararı, B.N. 2013/3550, K.T. 19.11.2014, 39.

⁴⁶ Bahattin Aras, 'Hükümlü ve Tutukluların İnsan Onuruna Uygun Koşullarda Barınma Hakkı', (2022), 4(2), Yaşar Hukuk Dergisi, 10.

olumlu düzeyde seyrini sağlayacak hususlar arasındadır⁴⁷. Örneğin; zor kullanma, arama, disiplin prosedürleri gibi personel-mahpus ilişkisini etkileyecek hususlar hukukun temel ilkelerinin devreye girdiği hassas konular olup detaylıca düzenlenmeye ve bağımsız denetlenmeye ihtiyaç duymaktadır. Avrupa İşkence ve Kötü Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT), açık kuralların resmi olarak belirlenmesi ve pratik uygulamaya geçirilmesinin mahpuslar ve cezaevi personelinin birlikte çıkarına olduğunu ve bu konulardaki belirsizliklerin, resmi olmayan ve kontrol edilmeyen sistemlerin oluşma riskini içerdiğini belirtmektedir⁴⁸.

Nelson Mandela Kuralları'na göre; kurum görevlileri mahpuslarla ilişkileri sırasında zor kullanmamalı; zor kullanma; ancak meşru müdafaa, kaçma teşebbüsü, yasaya veya hukuki düzenlemelere dayanan bir emre aktif veya pasif direnme gibi durumlarda vuku bulmalı ve bu gibi durumlarda zor kullanmak durumunda kalan görevliler kesinlikle gerekli olandan daha fazla zor kullanmamalıdır. Zor kullanmaları halinde olayı derhal kurum yöneticisine bildirmek gerekmektedir. Kuralın devamında zor kullanma tekniği açısından eğitimin önemine de dikkat çekilerek saldırgan mahpusları zapt edebilmek için ceza infaz kurumu görevlilerine özel olarak fiziksel eğitim verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, kullanımı konusunda eğitim almadıkları sürece ceza infaz kurumu personeline hiçbir koşulda silah verilmemelidir. Özel durumlar dışında, mahpuslarla doğrudan temas kurmalarını gerektiren görevleri yerine getiren ceza infaz kurumu personeli silahlı olmamalıdır. Silahın varlığıyla beraber tehditkâr bir görünüm çizilmesinin personel-mahpus ilişkisindeki olumlu atmosferi bozucu bir unsur olabileceği belirtilmelidir⁴⁹.

II. Personel-Mahpus İlişkisine Yönelik Öncül Uluslararası Belgeler

Personel-mahpus ilişkisi ceza infaz kurumlarında yönetimi en zor alanlardan birini oluşturmaktadır. Personelin tutumu, almış olduğu eğitimin niteliği ve sürekliliği, personelin seçim süreci, çalışma şartları ve özlük hakları gibi birçok faktör ceza infaz kurumunun idari işleyişini, hizmet ve yönetim sürecini belirleyen unsurlardır. Söz konusu faktörlerin, hem ceza infaz kurumlarında hizmetlerin sunumu ve infaz sürecinin kamu yönetimi açısından iyi işlemesi hem de

⁴⁷ Ertuğrul Yazar, 'Vatandaşlıktan Yoksun Bırakmada Gözetilmesi Gereken İlkeler: İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme', (2023), 2023(1), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 165-219.

⁴⁸ CPT Standartları, 55 No.lu Paragraf, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/31/CPT_Standards.pdf> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁴⁹ Nelson Mandela Kuralları, 82 No.lu Kural.

suiistimallerin önlenmesi, şeffaflığın sağlanması ve insan hakları ihlalleri yaşanmaması açısından önem arz ettiği belirtilmelidir.

Personel-mahpus ilişkisi konusunda hak temelli bir yaklaşım izleyebilmek, ancak konuya ilişkin uluslararası insan hakları hukuku standartlarında mevcut kuralları benimsemek, iç hukuka aktarmak ve uygulamakla mümkündür. Birçok belgede personel-mahpus ilişkisinin detaylıca ele alınması, hem dünya genelinde büyük bir soruna hem de üzerinde titizlikle durulması ve denetlenmesi gereken bir alan olduğuna işaret etmektedir. Personel-mahpus ilişkisi bağlamında uluslararası insan hakları hukuku standartlarının çerçevesini çizen kurallara riayet edilmesi kamu hizmetlerinin sunumunu olumlu etkileyeceği gibi ceza infaz kurumlarında “*olumlu bir atmosfer*” oluşmasına ve mahpusların şikâyetlerinin azalmasına katkı sunacaktır.

A. Birleşmiş Milletler Tarafından Kabul Edilen Kurallar

Personel-mahpus ilişkisinin niteliğini ortaya koyan çok sayıda öncül uluslararası belge mevcuttur. Bu belgelerden bazıları Birleşmiş Milletler (BM) tarafından kabul edilmiş kararlar bütünüdür. Bunlardan ilki, “*BM Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar*” (“*Nelson Mandela Kuralları*”)’dır. 1955 yılında Birinci BM Konferansı tarafından kabul edilen ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından onaylanan kurallar, Ekonomik ve Sosyal Konseyin 2015/20 sayılı kararı sonrası revize edilmiş ve BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmesi önerilmiştir. Genel Kurulun 17 Aralık 2015 tarihli ve 70/175 sayılı kararıyla, uzun yıllar ceza infaz kurumlarındaki koşulların iyileştirilmesi için mücadele vermiş Nelson Mandela’nın ismi kurallara verilerek “*Nelson Mandela Kuralları*” adıyla kabul edilmiştir⁵⁰. Bir konuşmasında; “*Hapishanelerimizin ülkedeki suç oranının kalıcı olarak azaltılmasına yapabileceği katkı, aynı zamanda mahpuslara karşı davranış biçiminde de yatmaktadır.*” ifadelerini kullanan Nelson Mandela’nın belgeye isminin verilmesi son derece anlamlıdır. BM ve Avrupa Konseyi üye devletleri için bağlayıcı statüde olmayan kurallar tavsiye kararı niteliğindedir. Ceza infaz kurumlarındaki personel-mahpus ilişkisinin yanı sıra personelin mesleki özellikleri, eğitimi, gelişimi ve istihdamı gibi konulara ilişkin standartlar mevcuttur⁵¹.

⁵⁰ Nelson Mandela Kuralları, 1-122 No.lu Kurallar.

⁵¹ Penal Reform International (PRI) ve Essex Human Rights Centre (EHRC), *Essex paper 3: Initial guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules* (PRI ve EHRC 2017) 5-125.

BM tarafından kabul edilmiş bir diğer temel metin, “*Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü*”dür⁵². BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43-173 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Belge, insani tarzda muamele yükümlülüğü, ayrımcılık ve işkence ve kötü muamele yasağı gibi konularda devletin temel yükümlülüklerini ve mahpusların insan haklarını düzenlemektedir.

B. Avrupa Konseyi Tarafından Kabul Edilen Kurallar

Personel-mahpus ilişkisinin niteliğini ortaya koyan belgelerden bazıları Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş kararlar bütünüdür. Bu belgelerden ilki “*Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) Standartları*” (“*CPT veya AİÖK Standartları*”)’dır. CPT, Avrupa Konseyinin İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi uyarınca kurulmuştur. Ceza infaz kurumları özelinde CPT standartları; “*hapsedilme*”, “*hapsedilmeye ilişkin CPT standartlarındaki gelişmeler*”, “*ceza infaz kurumlarında mahpus başına düşen yaşam alanı*”, “*tutuklu mahpuslar*”, “*mahpusların hücre hapsine tabi tutulmaları*”, “*ömür boyu hapis cezası mahpuslarının durumu*” ve “*cezaevlerinde sağlık hizmetleri*” konularını içermektedir. Nelson Mandela Kuralları gibi tavsiye niteliğinde olan CPT standartları, personel-mahpus ilişkisine özel bir bölüm ayırmakta ve söz konusu ilişkinin nasıl olması gerektiği ve önemi konusunda üye ülkelere rehberlik sunmaktadır⁵³.

Personel-mahpus ilişkisi dâhil mahpusların insan haklarına ve uluslararası hukuk standartlarına odaklanan kurumlardan biri olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Bu Komite’nin kabul ettiği Avrupa Cezaevi Kuralları bir başka metin olarak ele alınmıştır. Avrupa Cezaevi Kuralları, Bakanlar Komitesi tarafından, 11 Ocak 2006 tarihindeki Bakan Delegelerinin 952’nci toplantısında kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesi tarafından 1 Temmuz 2020 tarihinde Bakan Delegeleri 1380’inci toplantısında gözden geçirilerek revize edilmiştir⁵⁴.

⁵² BM Genel Kurulu, *Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü*, (1988), 43-173, 9.12.1988 1-39. <<https://paylasim.ombudsman.gov.tr/dokuman/document/mevzuat/528b7--Herhangi-Bir-Bicimde-Tutulan-veya-Hapsedilen-Kisilerin-Korunmasi-Icin-Prensipler-Butunu.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁵³ Avrupa Konseyi, (2024). ‘Standards and tools’, <<https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

⁵⁴ Avrupa Cezaevi Kuralları, 1-108 No.lu Kurallar.

Üçüncü olarak, Bakanlar Komitesinin “*Üye Devletlere yönelik 2012/5 sayılı ve Cezaevi Personeli için Avrupa Etik Kuralları’na ilişkin Tavsiye Kararı (Cezaevi Personelinin Etik Kuralları)*” ifade edilebilir⁵⁵. Kararlar, Bakanlar Komitesi tarafından 12 Nisan 2012 tarihinde kabul edilmiştir. Etik kurallar, aynı zamanda iyi yönetim ve iyi düzen ilkeleriyle de benzerlikler içeren ve büyük ölçüde örtüşen kurallar bütünüdür⁵⁶. Güçlü bir etik bağlam olmadan personele mahpuslar üzerinde hatırı sayılır bir yetki verilmesi durumu kolaylıkla gücün kötüye kullanılmasıyla sonuçlanabilir. Bu nedenle ceza infaz kurumu idaresinin etik bir çerçeveye içerisinde faaliyet göstermesi gerektiği belirtilmelidir⁵⁷.

2019 yılında kabul edilmiş “*Ceza İnfaz Kurumu ve Denetimli Serbestlik Personelinin İşe Alımı, Seçilmesi, Eğitimi, Meslek İçi Eğitimi ve Mesleki Gelişimi Hakkında Kılavuz İlkeler*” (kısaca *Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler*) dördüncü metin olarak çalışmada ele alınmıştır⁵⁸. 22’nci Avrupa Konseyi Cezaevi ve Şartlı Tahliye Hizmetleri Yöneticileri Konferansı’nın devamı olarak geliştirilmiş Kılavuz İlkeler, 2018 ve 2019 yılları arasında Penolojik İşbirliği Konseyi tarafından hazırlanmış ve Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi tarafından 76’ncı Genel Kurul Toplantısında 25 Nisan 2019 tarihinde kabul edilmiştir. Belge; mahpusların güvenlik, eğitim ve iyileştirmelerinin sağlanması, ceza infaz kurumu personelinin mesleklerinin gerektirdiği ölçüde hizmet sunabilmeleri amacıyla nitelikli bir şekilde istihdam edilmeleri, kendilerinde aranan yetkinliğe ulaşabilmeleri için mesleki gelişimlerinin kurumları tarafından desteklenmesi ve yüksek nitelikte ve düzenli eğitimler almaları gibi konularda Konsey üye devletlerine yol gösterici mahiyette hazırlanmıştır⁵⁹.

⁵⁵ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ‘Cezaevi Personelinin Etik Kuralları (2012)’, 2012/5, 12.4.2012, 1-35 No.lu Kurallar, <<https://rm.coe.int/16806f9450>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁵⁶ Metin Özkartal ve Hüseyin Çılgın, ‘Kamu Denetçiliği Kurumu İyi Yönetim İlkeleri Bağlamında Yönetimde Etik Paradigmasının Yerleşmesi Üzerine Bir Araştırma’, (2020), 7(12), Ombudsman Akademik Dergisi, 129.

⁵⁷ Coyle (n 1) 11-12.

⁵⁸ Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi, ‘Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler (2019)’, 25.04.2019, <<https://rm.coe.int/guidelines-training-staff/1680943aad>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁵⁹ Urgan (n 1) 21.

III. Personel-Mahpus İlişkisinde Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Standartları

A. Ceza İnfaz Kurumu Personelinin İşe Alınma ve Seçim Kriterleri

Personel-mahpus ilişkisini belirleyen en önemli unsurlardan biri, personelin işe alınma ve seçim kriterleridir. İnsan kaynakları yönetimi bağlamında personel seçimiyle ulaşılmak istenen temel gaye, nitelikli bir aday belirleme, bu adayın uyum içinde çalışabileceği bir işte bilgi ve becerilerini en iyi bir biçimde işine kanalize etmesinin sağlanması ve bu sayede iş ortamında verimin arttırılmasıdır. Bu bağlamda ceza infaz kurumlarında personel seçimine yönelik standartların varlığının çok sayıda faydasının bulunduğu belirtilmelidir. Ceza infaz idaresindeki karmaşık işin niteliklerine uygun, maksimum faydayı sağlayacak adayın seçilmesi ve bu sayede hizmet sunumlarındaki hedeflere ulaşılmasının kolaylaşması ve daha verimli bir çalışma ortamının oluşması doğru personel seçiminin başlıca çıktıları arasında yer almaktadır. Ayrıca objektif ilkelere dayalı bir seçim süreci, ceza infaz kurumlarının insan kaynakları yönetiminde kurumsal bir güven duygusunun oluşması ve kamuoyu nezdinde en iyi şekilde tanıtılmasını sağlayacaktır⁶⁰.

Avrupa Cezaevi Kuralları personel seçiminde cinsiyet, ırk, renk gibi temellere dayalı ayırım yapılmaksızın eşit olarak seçilmesi ve atanması yönündeki düzenlemeyle “ayırıcılık yasağı”na özen gösterilmesi gerektiği hatırlatılmaktadır⁶¹. Nelson Mandela Kuralları’nın “Kurum Personeli” bölümünde ceza infaz kurumu idaresinin her derecedeki personeli dikkatlice seçmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir⁶². Bu kuralda yer alan kıstaslar; “dürüstlük, insancılık, mesleki ehliyet ve kurumun yönetimi için gerekli olan çalışmaya şahsen uygunluk” şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu kıstaslar aynı zamanda “tarafsızlık, nesnellik, profesyonellik, liyakat, adalet, eşitlik, dürüstlük, nezaket, saygınlık, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme, göreve bağlılık, verimlilik, tutumluluk ve etkinlik, hediye ve rüşvet almama, kalite” gibi kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilke ve değerlerle büyük oranda benzerlik taşımaktadır⁶³. Bu ilke ve değerler, kamu görevlilerine etik ikilemlerle karşı karşıya kaldıklarında yol gös-

⁶⁰ Münire Çiftçi ve Umut Can Öztürk, ‘Yetkinlik Bazlı Personel Seçme Faaliyetleri ve Türkiye’deki Büyük Ölçekli İşletmelerin İşgören Seçme Modeli Tercihlerindeki Eğilimler’, (2013), 13(25), Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 150.

⁶¹ Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 82.

⁶² Nelson Mandela Kuralları, 74 No.lu Kural.

⁶³ Özkaral ve Çılgın (n 1) 133.

terirken verilen kararların etik olup olmadığının tespitinde de incelenen konu başlıklarıdır. Dolayısıyla ceza infaz kurumu idaresinin personel seçiminde dikkate alacağı kıstaslar aynı zamanda hizmete alım sonrasında da uyulması gereken etik ilke ve değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle insan gücünün bir kuruma vizyon sunan ve onu başarıya ya da başarısızlığa götüren en önemli unsur olduğu belirtilebilir⁶⁴.

Ceza infaz kurumu idaresi hizmet sunmakla yükümlü olduğu mahpusları seçemezken birlikte hizmet üreteceği personelini seçme konusunda yetkiye sahiptir. Zorlu ceza infaz kurumlarında çalışmak ancak kişisel nitelikler ile teknik becerilerin benzersiz bir kombinasyonunu gerektirdiğinden ve personelin, zor ve tehlikeli olanlar da dâhil olmak üzere tüm mahpuslara tarafsız, insani ve adil bir şekilde ilgilenebilmesini sağlayacak kişisel niteliklere ihtiyacı olduğundan kurumların yalnızca doğru niteliklere sahip kişileri işe alım ve seçme süreçlerinin katı kriterlerle belirlemesi gerekmektedir⁶⁵.

Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; işe alma süreçlerinin adil ve şeffaf olması ve görev için gerekli yeterliliklerin ayrıntıları, seçim kriterleri ve değerlendirme prosedürlerinin adaylara sunulması gerekmektedir. Bu çerçevede ilk olarak personelin seçiminde ve işe alımında din, dil, ırk, renk, engellilik, cinsiyet gibi temellere dayalı hiçbir ayrımcılık yapılmamalıdır. İkinci olarak, çalışma alanına uygun olarak gerçeklere dayalı ve pratik ve teorik bilgi sağlayan önceki mesleki deneyiminin aday seçiminde bir kıstas olacağı belirlenmelidir. Üçüncü olarak, çocuklarla ve aileleriyle çalışacak personelde uygun mesleki nitelikleri içerir özel işe alım ve seçim prosedürleri uygulanmalıdır. Dördüncü olarak, personelin cezaevi hizmetlerinde çalışması için gerekli olan motivasyon, esneklik, atılganlık, olgunluk, derinlemesine düşünme kapasitesi, dürüstlük, takım çalışması ve sosyal beceriler ve iletişim becerileri gibi kişisel beceri ve değerler dikkate alınmalıdır. Beşinci olarak, farklı şüpheli ve suçluların özel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte personel çeşitliliği teşvik edilmelidir. Personelin, dilsel becerilere ve kültürlerarası becerilere dayalı olarak işe alınmasına ve farklı din ve gelenekleri kavramasına özel vurgu yapılmalıdır. Altıncı olarak belirlenen ceza infaz kurumu pozisyonuna yönelik sağlık ve uygunluk değerlendirmesi yapılmalıdır. Yedinci olarak, uygun pozisyonlar için gerekli olan ehliyet, bilgisayar becerileri, iletişim becerileri gibi diğer yeterlilikle-

⁶⁴ Abdurrahman Benli, Levent Şahin, 'İnsan Kaynakları Yönetiminde İşgören Bulma ve Seçme: Çınar Hotel Uygulaması', (2004), 2004 (1), Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi, 117.

⁶⁵ Coyle (n 1) 16.

rin değerlendirilmelidir. Son olarak, kuruluş içindeki herkesin güvenlik ve emniyeti ile personelin mesleki dürüstlüğünü sağlamak için, ulusal kanunların izin verdiği ölçüde bir özgeçmiş ve sabıka kaydı kontrolü yapılmalıdır⁶⁶.

B. Ceza İnfaz Kurumlarında Personel Sayısı, Cinsiyet Dengesi, Çeşitliliği ve Uzmanlığı

Ceza infaz kurumlarında sunulan hizmeti etkileyen en önemli unsurlardan biri personelin sayı, çeşitliliği ve uzmanlığıdır. Personel ve mahpuslar arasında olumlu ilişkiler kurulması mevcut personelin yeterli sayısı ile doğrudan ilişkilidir. CPT, dünyadaki ülke örneklerinin bu yönde olmadığını gözlemleyerek devletlere uyarılarda bulunmuştur. CPT'ye göre, mahpuslarla doğrudan iletişim kurma olanağını azaltan personel sistemleri ile personelin sayıca azlığı, personel-mahpus ilişkisini olumsuz etkilemekte ve daha güvensiz bir ceza infaz kurumunu ortamının şekillenmesine yol açmaktadır. Personel sayısının yetersiz olduğu kurumlarda, güvenliği tesis etmek ve iyi bir yönetim düzeyi tutturmak ancak fazla mesai ile mümkün olabilecektir. Bu durum personelin stres düzeyinin aşırı artmasına, hızlı yorulmasına ve cezaevi ortamının doğasında bulunan gerilimin artmasına neden olabilir⁶⁷.

BM İşkenceye Karşı Komite'nin (CAT) Bulgaristan'a yönelik periyodik Raporunda, aşırı kalabalıklaşmanın ve yetersiz personelin, ceza infaz kurumlarında özellikle gece saatlerinde mahpuslar arası şiddet ve cinsel şiddet de dâhil olmak üzere şiddete yol açmasından endişe duyulduğu ve Bulgaristan'da Ocak 2007-Temmuz 2011 dönemindeki toplam 3,161 şiddet vakasından sadece 22'si hakkında soruşturma başlatılarak cezasızlık kültürünün geliştirildiği belirtilmektedir. Komite, mahpuslar arası şiddeti önlemeye yönelik çabaların; aşırı kalabalıklaşma, yeterli ve iyi eğitim almış personel eksikliği, uyuşturucu ve kan davalı çetelerin önlenmesi, yer eksikliği ve kötü maddi koşullar, amaca yönelik etkinliklerin olmayışı, mevcudiyet, denetim ve izlemenin kalitesi ve sıklığı gibi şiddete katkıda bulunan bütün faktörlerin bir arada değerlendirilerek çözüm yollarının geliştirilmesini tavsiye etmektedir⁶⁸.

⁶⁶ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 4 No.lu İlke.

⁶⁷ CPT Standartları, 26 No.lu Paragraf.

⁶⁸ CAT, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention Concluding observations of the Committee against Torture to Bulgaria* (CAT 2011), 30, <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsvB2FmKNAWqYeIbBDIH5hT2JlLtZQIVgjnEIYzYVA7aUMMXwC%2FWWh5TUfrdNr%2Bmhc%2FHx5EjKOWn8oRA788XDdSEFOoVYxDiSGzPmNvJ0Qf4kF>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

Personel sayısının yeterliliğinin yanı sıra cinsiyet dengesi, çeşitliliği ve uzmanlığının da tesisi önemlidir. Pek çok ülke deneyimleri, kadınların da ceza infaz kurumlarında normal görevlerini erkekler kadar yerine getirebildiğini göstermiştir. CPT de özellikle çocukların ve kadınların bulunduğu kurumlarda hem kadın, hem de erkek personelin bulunmasının kötü muameleye karşı alınabilecek önlemlerden biri olduğunu ve kadın ve erkek personelin bir arada bulunmasının kurum ortamında belirli derecede “*normallik hissinin uyanması*” açısından faydalı olabileceğini hatırlatmaktadır⁶⁹. Ayrıca, sıhhi alanların denetimi ve kişisel vücut aramalarının yapılması gibi, ilgili personelin mahpusla aynı cinsiyetten olması gereken istisnai durumlar dışında tüm görevlerde kadın personelin görevlendirilebileceği belirtilmektedir⁷⁰.

İnfaz hukukunda kadını önceliklendiren cinsiyete dayalı düzenlemeler gecikmeli gerçekleşmiş, mahpusların çoğunluğunu erkekler oluşturduğundan erkek odaklı bir düşünce gelişim göstermiştir. Bu bağlamda ülkemizde ve dünyada kadın kapalı ceza infaz kurumları sınırlı sayıda olup kadın mahpuslar cezalarını genellikle, ceza infaz kurumlarının erkek mahpusların kaldığı bölümlerle bağlantısı olmayan bölümlerinde infaz edilmektedir⁷¹. İnfaz Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi uyarınca da, kadın mahpusların hapis cezalarının iç güvenliği kadın personeli tarafından sağlanan kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilmesi esas kabul edilmiştir⁷². Ancak kadınların kendine has ihtiyaçları da dikkate alınarak sırf kadınların yer aldığı ceza infaz kurumlarının inşa edilmesi gerektiği önerilmektedir⁷³.

AİHM, Khamtokhu ve Aksenchik v. Rusya kararında cinsiyet eşitliğini sağlamak için alınan özel tedbirlerin ve konulan kuralların yeterli derecede gerçekleştirildiğinde ve kullanılan yollar ve izlenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğunda ayrımcı muamele olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Mahkeme, erkek ve kadınlar arasındaki farklı muamele konusunda, kadın suçluların farklı ihtiyaçlarının farkında olan ve özellikle müebbet hapis cezası bağlamında, erkek ve kadın mahpusların toplam sayıları arasındaki önemli farkı gösteren farklı uluslararası standartlar ve istatistiksel veri-

⁶⁹ CPT Standartları, 26 No.lu Paragraf.

⁷⁰ Coyle (n 1) 24.

⁷¹ Demirbaş (n 1) 362.

⁷² İnfaz Yönetmeliği, m.10.

⁷³ Semih Yumak, Türk İnfaz Hukukunda Kadın Hükümlü ve Tutuklulara Ayrıcalıklı Uygulamalar (TİHEK 2022) 155.

leri dikkate alarak her bir Devletin yetkili makamlarına geniş bir takdir payı bırakılması gerektiği kanaatine varmıştır⁷⁴.

Kadınların ceza infaz kurumlarına girmeden önce ve girdikten sonra ceza infaz kurumlarında korunmasına yönelik koruyucu politikalar geliştirilmesi ve tedbirler alınması eşitlik ilkesi ve herkese eşit işlem konusunda farklı bakış açıları ihtiva eden ceza adaleti ile uyumludur⁷⁵. AYM verdiği bir kararında, hapis cezalarının konutta çektirilmesi ayrıcalıklı uygulamasında kadın lehine olan infaz rejimi politikasını anayasaya aykırı bulmamıştır:

“İtiraz konusu kuralda yasakoyucunun, toplumsal yarar gözetilerek cezaların infaz biçimine ilişkin, hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları yıla göre mahkeme tarafından farklı uygulamalar yapılmasına imkân tanınması, takdir yetkisi içinde bulunduğundan anayasanın hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel ilkelere aykırılık yoktur⁷⁶.”

Farklı meslek gruplarının bir kurumdaki varlığının, diğer meslek alanlarının tecrübelerinden istifade etme ve karşılıklı öğrenme sürecini beraberinde getirdiği ifade edilmelidir. Personel sayısının ceza infaz kurumlarındaki hizmetleri en iyi şekilde yansıtabilecek uzmanlık alanları çeşitliliğinde olması önemlidir. Nelson Mandela ve Avrupa Cezaevi Kuralları bu yönde benzer hükümler ihtiva etmektedir. Nelson Mandela Kuralları; kurumda mümkün olduğunca yeterli sayıda psikiyatr, psikolog, sosyal hizmet uzmanı, öğretmen ve meslek eğitimcisi bulundurulmalı hükmünü havidir⁷⁷. Ayrıca Avrupa Cezaevi Kuralları personel arasında, mümkün olduğunca psikiyatrist, sosyal çalışmacı, psikolog, öğretmen, mesleki ve bedensel eğitim ile spor eğitmenleri gibi uzmanların yeterli sayıda olması gerekliliğine vurgu yapmaktadır⁷⁸.

Sağlık hizmeti özelinde bir örnekle açıklamak gerekirse; Nelson Mandela Kuralları uyarınca ceza infaz kurumundaki sağlık personelinin tam bir klinik bağımsızlık içinde hareket etmesi, sayıca yeterli olması, farklı disiplinleri içeren bir ekipten oluşması ve psikoloji ile psikiyatri alanlarında yeterli uzmanlığı kapsamının önem arz ettiği belirtilmelidir⁷⁹. Avrupa Cezaevi Kuralları'nda da sağlık ve tıbbi bakım personelinin varlığının önemine her cezaevinde sağlık hizmet-

⁷⁴ AİHM, Khamtokhu ve Aksenchik v. Rusya Kararı, B.N. 60367/08 ve 961/11, K.T. 24.1.2017, 85.

⁷⁵ Yumak (n 1) 152.

⁷⁶ AYM, Esas Sayısı: 2005/86, Karar Sayısı: 2010/111, K.T. 8.12.2010.

⁷⁷ Nelson Mandela Kuralları, 78 No.lu Kural.

⁷⁸ Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 89.

⁷⁹ Nelson Mandela Kuralları, 25 No.lu Kural.

leriyle ilgili uygun eğitim görmüş personel bulunması, en az bir genel pratisyen hekimin hizmet vermesi ve ayrıca her mahpusun nitelikli bir diş hekimi ve göz doktoru hizmetinden yararlanması gerekliliği düzenlenerek dikkat çekilmektedir⁸⁰. Görüleceği üzere ceza infaz kurumu sağlık personelinin hastalarına karşı bağlılığının ön koşulu, tam bir profesyonel bağımsızlığa sahip olmasıdır⁸¹.

23.02.2024 tarihli CTE verileri uyarınca; 1198 psikolog kadrosundan 938'inin, 354 sosyolog kadrosundan 350'sinin, 448 sosyal çalışmacı kadrosundan 281'inin, 110 cezaevi tabibi kadrosundan 10'unun, 420 diş tabibi kadrosundan 298'inin, 274 hemşire kadrosundan 146'sının dolu olduğu anlaşılmaktadır. Yalnızca 2 diyetisyen ile 1 fizyoterapist olduğu ve pedagog ve psikiyatrist kadrosunun olmadığı görülmektedir⁸². Mevcut personel sayıları ve uzman kadrodaki eksiklikler dikkate alındığında, mahpuslara yönelik hizmetlerinin sunumunun zorlaşabileceği değerlendirilmektedir.

CTE'nin personel eksikliğinin farkında olduğu ve çözüm üretmeye çalıştığı da belirtilmelidir. İnsan Hakları Eylem Planı'nda (İHEP), ceza infaz kurumlarındaki uzman personelin çalışmalarının teşvik edilmesi ve sayılarının artırılması öngörülen faaliyetler arasındadır⁸³. İnfaz Yönetmeliği'nin 12'nci maddesinde psiko-sosyal yardım servisinde; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve çocuk gelişimi uzmanı; 13'üncü maddesinde sağlık servisinde; cezaevi tabibi, diş tabibi, eczacı, veteriner, diyetisyen, sağlık memuru, hemşire ve hayvan sağlık memuru görev yapacağına ilişkin hükümlerin varlığı dikkate alındığında iç hukukta da söz konusu personelin çalıştırılabileceğinin öngörüldüğü belirtilmelidir⁸⁴.

İHEP'te yer alan faaliyet hedefine gerekçe oluşturan uzman personel eksikliği TİHEK'in UÖM ziyaret raporlarında da belirtilmiştir. Kars T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu'nda psikososyal serviste çalışan uzman personelin (psikolog, sosyolog ve sosyal çalışmacı) önemine⁸⁵ ve bu raporla

⁸⁰ ibid, Kural 41.

⁸¹ Reyhan Tüfek, *Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hakkı* (Yetkin 2024) 89.

⁸² CTE, (2024), 'Personel Durumu', <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/personel-durumu>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2024.

⁸³ Adalet Bakanlığı, *İHEP* (Adalet Bakanlığı 2021), 90, <<https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/eylemplani.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁸⁴ İnfaz Yönetmeliği, m.12-13.

⁸⁵ TİHEK, *Kars T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2022) 72. <<https://www.tiheke.gov.tr/public/images/kararlar/FE69FC.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

beraber Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu⁸⁶ ve Adıyaman Gölbaşı K1 Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu⁸⁷ ziyareti raporlarında sağlık personelinin çalışma programının aksamaması, hekimin kuruma geliş sıklığının artırılması ve kurumda tam zamanlı kadrolu bir doktor atanması gibi tavsiyelere yer verilmiştir. Bu kapsamda gerek uygun kadroların açılması gerekse de eksik kadroların doldurulması konusunda yürütülen çalışmalar devam ettirilmelidir⁸⁸.

C. Ceza İnfaz Kurumu İdaresinin Hizmet Anlayışı

Nelson Mandela; güvenli ceza infaz kurumlarının, adalet sistemimizi suç karşı etkili bir silah haline getirmek için gerekli olduğunu, hüküm giymiş veya yargılanmayı bekleyen mahpusların ceza infaz kurumu idaresi ve personeline emanet edildiğinde, yasal olarak tahliye edilene kadar orada kalacaklarını mahpusların ve kamuoyunun bilmesi gerektiğini, ceza infaz kurumlarındaki hizmet anlayışının ülkedeki suç oranında kalıcı bir azalmaya yapabileceği tam katkı ve oranın aynı zamanda mahpuslara nasıl davranıldığına da bağlı olduğunu ve bunun profesyonellik ve insan haklarına saygının önemiyle ilişkili olduğunu belirtmektedir⁸⁹. Mandela'nın sözlerinden ceza infaz kurumu idaresinin hizmet anlayışının ne kadar önemli olduğu sonucu çıkmaktadır.

Ceza infaz kurumu idaresi ve personeli mahpuslara bir *"emanet"* gözüyle bakabilmeli ve *"infaz içinde infaz olmaz"* düsturunu benimsemelidir. İyi ceza infaz kurumu yönetiminin en temel ilkelerinden biri budur. Coyle, hapsedilmenin özünün *"özgürlükten yoksun bırakma"* olduğunu ve ceza infaz kurumu yetkililerinin görevinin gereğinden fazla kısıtlayıcı olmayacak şekilde bunun uygulanmasını sağlamak olduğunu belirtmektedir. Bakımı altındaki kişilere *"ilave mahrumiyetler dayatmak"* ceza infaz kurumu idaresinin görevi değildir⁹⁰. Birçok uluslararası sözleşme, Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin

⁸⁶ TİHEK, *Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu* (TİHEK 2022) 141. <<https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/x1uk2f.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁸⁷ TİHEK, *Gölbaşı K1 Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023) 93. <<https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/to0976.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

⁸⁸ Yazar (n 2) 113.

⁸⁹ Nelson Mandela, 'Speech by President Nelson Mandela at the official launch of the re-training and human rights project of the Department of Correctional Services', Kroonstad, 25 Haziran 1998. <<https://www.sahistory.org.za/archive/speech-president-nelson-mandela-official-launch-re-training-and-human-rights-project>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024.

⁹⁰ Coyle (n 1) 15.

Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü gibi belgeler⁹¹ ve uluslararası insan hakları hukuku standartlarının özünde, mahpusun en temel haklarından birinin “özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere insani muamele yapılması” olduğu geçmektedir⁹².

Ceza infaz kurumları hizmet anlayışının ahlaki normlar üzerine kurulu olması, topluma da katma değer olarak yansıyacaktır⁹³. Ayrıca iyi yönetim ilkelere uygun idari eylem, iş, işlem, tutum ve davranışlar kurumlarda insan hakları ihlallerinin önüne geçecek önemli bir gösterge olacaktır⁹⁴. Dolayısıyla ceza infaz kurumlarının iyi yönetim ilkelerine aykırı şekilde idaresinin, hem ceza infaz kurumlarında insan hakları ihlallerinin yaşanmasına hem de tatminkâr bir personel-mahpus ilişkisi zemininin bozulmasına yol açacağı ifade edilmelidir. Bu bağlamda ceza infaz kurumlarında sunulacak hizmet anlayışının insan hakları, iyi yönetim ilkeleri ve ahlaki normlar uyarınca belirli bir amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Avrupa Cezaevi Kuralları ceza infaz kurumlarının, tüm mahpuslara insani davranma ve doğuştan sahip olunan onurlarına saygı gösterme gerekliliğini kabul eden etik kurallar uyarınca yönetilmesi gerekliliğini belirtmektedir⁹⁵. Cezaevi Personelinin Etik Kuralları uyarınca; personelin, günlük görevlerini yerine getirirken mahpusların insan haklarını koruması ve insan onuruna saygı gösterip desteklemesi gerekmektedir⁹⁶. Nelson Mandela Kuralları’na göre; tüm kurum personeli her daim “mahpuslara örnek olacak tarzda” ve “saygınlıklarına yaraşır” şekilde davranmalı ve yükümlülüklerini ifa etmelidir. Bu aşağıda açıklanmaya çalışılan “yetkinlik” unsurunun da gereğidir⁹⁷. Bu bakış açısıyla personel, modern ceza infaz sisteminin caydırıcılık ve ıslahı bir arada içeren müşterek amacını davranışlarıyla ortaya koymalı ve kurum idaresi bu yaklaşıma öncülük etmelidir.

Nelson Mandela Kuralları’nın “Kurum Personeli” bölümünde; ceza infaz kurumu idaresinin, hem personelin hem de halkın gözünde bu işin büyük öneme

⁹¹ Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü, m.1.

⁹² Yazar (n 2) 78.

⁹³ KDK, ‘Özel Sayı 1: Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri’, (2018), 2018(1), Akademik Ombudsman Dergisi, Önsöz.

⁹⁴ Selman Karakul, ‘İyi Yönetim ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler’, (2018), 2018(1), Akademik Ombudsman Dergisi, 32.

⁹⁵ Avrupa Cezaevi Kuralları, Kural 72.

⁹⁶ Cezaevi Personelinin Etik Kuralları, 11 No.lu Kural.

⁹⁷ Nelson Mandela Kuralları, 77 No.lu Kural.

sahip “sosyal bir hizmet” olduğu şeklinde bir kanaati sürekli olarak uyandırmaya ve korumaya çalışması ile bu yönde halkın bilgilendirilmesi amacıyla her türlü uygun araç kullanması yönünde düzenlemeye yer verilerek mahpusların insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik faaliyetlerin sosyal bir hizmet olduğuna vurgu yapılmaktadır⁹⁸. Bu kapsamda “Yönetim ve Personel” ana başlığını taşıyan ve “Bir kamu hizmeti olarak cezaevinde görev yapmak” alt başlıklı Avrupa Cezaevi Kuralları’nda da ceza infaz kurumlarının asker, polis veya suçu soruşturan birimlerden “ayrı bir kamu makamının sorumluluğunda” olması gerektiği hatırlatılarak kolluk veya soruşturma hizmeti yerine mahpusların haklarının ifası amacıyla hizmet sunumu anlayışının ceza infaz kurumlarında benimsenmesinin önemi vurgulanmaktadır⁹⁹.

Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; idare ve personelin temel misyonu, mahpusların emniyetli, güvenli ve insancıl bir şekilde yönetilmesi, mahpuslara rehabilitasyon ve yeniden entegrasyon fırsatlarının sunulmasını içerecek şekilde toplum güvenliğine katkıda bulunmak olmalıdır. Sunulan hizmetin askeri, polis ve cezai soruşturma hizmetlerinden ayrı ve kamu yetkililerinin sorumluluğunda olması gerektiği belirtilerek kamu hizmetinin özgünlüğü vurgulanmaktadır¹⁰⁰. Bu özgün nitelikteki kamu hizmetinin Hükümet bakanları ve üst düzey yöneticiler tarafından sahiplenilmesi de önemlidir. Bakanlar ve yöneticiler, ceza infaz kurumu personelinin yaptıkları işe büyük saygı duyduklarını açıkça belirtmeli ve kurumda yürütülen çalışmaların önemli bir kamu hizmeti olduğunu kamuoyuna sık sık hatırlatmalıdır¹⁰¹.

Uluslararası insan hakları hukuku standartlarıyla ortaya konulan yönetim anlayışının Anayasa’da belirtilen devletin temel görevleri ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir¹⁰². Nitekim devlet mahpuslar da dâhil olmak üzere kişilerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için uygun koşulları oluşturmaya, kişilerin refah ve mutluluğunu sağlamaya ve insan haklarının pratiğe yansımalarını zorlaştıran engelleri kaldırmaya çalışmakla yükümlüdür. Söz konusu yaklaşım mah-

⁹⁸ ibid, 74 No.lu Kural.

⁹⁹ Avrupa Cezaevi Kuralları, 71-75 No.lu kurallar.

¹⁰⁰ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 2 No.lu Anahtar İlkeler.

¹⁰¹ Coyle (n 1) 15.

¹⁰² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863, m.5.

puslara yönelik hizmetler söz konusu olduğunda da dikkate alınmalıdır. Benzer şekilde İnfaz Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de mahpusun ıslahı suretiyle önleyici bir yaklaşımın benimsenmesinin önemi vurgulanmaktadır¹⁰³. Anayasa ve İnfaz Kanununda benimsenen yaklaşımın kişinin özgürlüğü hilafına sınırlandırılmış olması durumunda da ortadan kalkmayacağı ve işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere söz konusu amaçların mahpuslar için de geçerli olduğu ifade edilmelidir¹⁰⁴.

Ceza infaz kurumunda özgürlüğü hilafına tutulan erkek, kadın, çocuk, yaşlı, engelli ve diğerlerinin insan oldukları ve onların insanlığının mahpus olmaları gerçeğinin çok ötesine uzandığı unutulmamalıdır. Benzer durum ceza infaz kurumu personeli için de geçerlidir. Coyle, bu iki grubun ortak insanlıklarını ne ölçüde tanıyıp gözettiklerinin nezih ve insani bir ceza infaz kurumunun en önemli ölçüsü olduğunu ve böyle bir tanınmanın olmadığı kurumda da insan haklarının istismar edilmesi yönünde gerçek bir tehlikenin ortaya çıkacağını belirtmektedir¹⁰⁵.

Bir ceza infaz kurumunun hizmet anlayışı, iletişim kanallarının açık olduğu ve mahpusların fikrinin alındığı içermeci bir yaklaşıma dayanmalıdır. Avrupa Cezaevi Kuralları'nda; iyi düzen, emniyet ve güvenlik açısından, mahpusların genel tutulma şartlarına ilişkin konuları tartışmalarına izin verilmesi ve bu konular hakkında cezaevi idaresiyle iletişim kurmalarına olanak sağlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶. Birçok ülkede farklı ceza infaz kurumlarını ziyaret eden CPT, "*genellikle personel ve mahpuslar arasındaki ilişkilerin resmi ve soğuk olduğunu, personelin mahpuslara karşı otoriter bir tutum takındığını ve mahpuslarla sözlü iletişimi işlerinin önemsiz bir boyutu olarak gördüklerini*" gözlemleyerek mevcut yaklaşımdan yakınmaktadır¹⁰⁷. Ayrıca emniyet açısından tüm mahpusların geceleri dâhil günün her vaktinde personel ile iletişim kurmasının mümkün olması gerekmektedir¹⁰⁸.

İnfazın etkin, ıslah edici ve onarıcı bir biçimde ifası için ceza infaz kurumu idaresinin hem kendi personelini hem de mahpusları iyi bir yönetim anlayışı ile

¹⁰³ İnfaz Kanunu, m.3.

¹⁰⁴ Yazar (n 2) 98.

¹⁰⁵ Coyle (n 1) 15.

¹⁰⁶ Avrupa Cezaevi Kuralları, 50 No.lu Kural.

¹⁰⁷ CPT Standartları, 26 No.lu Paragraf.

¹⁰⁸ ibid, 52.4 No.lu Kural.

sürece katmaları gerekmektedir. Mahpusların ıslahına yönelik her bir uygulamanın ve davranışın fayda-zarar analizinin yapılması gerekmektedir¹⁰⁹. Ceza infaz kurumu idaresinin sadece mahpusları kontrol altına alma konusunda değil, aynı zamanda ıslah edici hedeflerle bağlantılı ilişki türlerini geliştirmede de önemli bir rol oynadığı kabul edilmektedir¹¹⁰.

Ülkemizde ceza infaz kurumu personelinin mesleğini istihdam ve güvence arayışı nedeniyle tercih ettiği, zorlu sosyo-ekonomik şartlarda çalışmak durumunda kaldığı ve sürekli mahpuslarla bir arada olmanın maddi ve manevi zorluklarının bulunduğu dikkate alındığında infaz idaresinin yönetim tarzının personelle istişareye ve personelin motivasyon düzeyinin artırılmasına özel önem vermesi gerektiği belirtilmelidir. Bu bağlamda personelin yönetim kararlarına katılım ve söz hakkı olmalı, düzenli psikoloji rehabilitasyona tabi tutulmalı ve meslek içi eğitimlerle personelin dinamik yapısının devamı sağlanmalıdır¹¹¹. Ayrıca, olumlu bir iletişim kanalının açık olması ve personele danışılması, sunulan hizmetin kalitesinin artmasını da sağlayacaktır. Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca cezaevi idaresi, genel konularda, özellikle de istihdam koşulları ve eğitim ihtiyaçlarıyla ilgili konularda, personele danışmalıdır¹¹².

Personelle olumlu bir iletişim kanalının açık olması yönündeki yaklaşımın mahpuslara yönelik hizmet sunumunda da dikkate alınması önem arz etmektedir. Örneğin, Hakkâri Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu'nda TİHEK "*Mahpusların da fikirleri alınarak yeterli çeşitlilikte ve içermeci olarak kursların belirlenmesi*" yönünde tavsiyede bulunarak doğru kursların ancak mahpuslara danışılarak belirlenmesinin önemli olduğuna değinmiştir¹¹³.

Ceza infaz kurumu idaresinin hizmet anlayışının modern infaz sistemiyle uyumlu olarak mahpusların ıslahına odaklanması gerektiği ifade edilmelidir. İnfazda amaç, mahpusun toplum yaşamına geri döndüğünde yeniden suç işlememesi ve sorumlu bir kişi olarak toplum yaşamına katılmasıdır. İnfaz süresinin

¹⁰⁹ Aras ve Güverçin (n 1) 390.

¹¹⁰ Peter Bennett, Richard Shaker 'Improving Prisoner-Staff Relationships: Exporting Grendon's Good Practice', (2010), 49(5), The Howard Journal, 501.

¹¹¹ Yonca Güneş Yücel, Kilidin Öte Tarafı Gardiyanlar (İletişim 2017) 166.

¹¹² Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 2 No.lu Anahtar İlkeler.

¹¹³ TİHEK, *Hakkâri Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023) 92. <<https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/7vujgy.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

ceza infaz kurumu idaresince fırsata çevrilmesi ancak sorumlu ve bilinçli idarecilerle mümkündür. Avrupa Cezaevi Kuralları'nın temel ilkelerinde cezaevi ortamının dış dünya yaşamının olumlu yönlerine mümkün olduğunca yaklaşmaya çabalanması yer almaktadır¹¹⁴. Cezaevi Personelinin Etik Kuralları'nda da yapıcı faaliyetler, bireysel etkileşim ve yardımdan oluşan bir program aracılığıyla ceza infaz kurumu personelinin mahpusların topluma yeniden entegrasyonunu kolaylaştırmak için çalışması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹⁵. Personel seçiminde dikkat edilmesi gereken "*dürüstlük, insancılık, mesleki ehliyet ve kurumun yönetimi için gerekli olan çalışmaya şahsen uygunluk*" gibi iyi yönetim ve etik ilkeler idarenin hizmet anlayışını yansıtacak biçimde meslek süresince de sürdürülmelidir. Cezaevi Personelinin Etik Kuralları'nda ceza infaz kurumu personelinin kişisel dürüstlük ve doğruluk konusunda yüksek standartları koruması ve geliştirmesi, mahpuslar ve mahpusların aile üyeleriyle olumlu profesyonel ilişkiler sürdürmek için çaba göstermesi gerektiği düzenlenerek bu yaklaşıma vurgu yapılmaktadır¹¹⁶.

D. Ceza İnfaz Kurumu Personelinin Mesleki Gelişimi, Çalışma Şartları, Mali Koşulları ve Özlük Hakları

Ceza infaz kurumu personelinin mesleki gelişimine kayda değer önem verilmesi personel-mahpus ilişkisini belirleyen faktörlerden biridir. Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; tüm personelin yıllık performans değerlendirmesine yönelik şeffaf bir sistem geliştirilmesi suretiyle kariyer ilerlemesi ve mesleki gelişimlerine yönelik imkânlar sağlanmalıdır. Adil bir değerlendirme sistemi aracılığıyla personelin bireysel ve hizmet düzeyindeki eğitim ihtiyaçları belirlenmeli; ceza infaz kurum idaresi personelin mesleki performansının artırılması ve kariyer gelişimi için düzenli eğitim fırsatları sunmalıdır. Ayrıca orta ve üst yönetime kariyer ilerlemesine yönelik çerçeveler mevcut olmalı, liderlik ve yönetim kapasitelerini ve ileri mesleki gelişimi kolaylaştıracak adımlar atılmalıdır¹¹⁷.

Avrupa Cezaevi Kuralları'nın temel ilkelerinde de belirtildiği üzere ceza infaz kurumu personeli önemli bir kamu hizmeti yürütmektedir. Bu bağlamda; perso-

¹¹⁴ Avrupa Cezaevi Kuralları, 5 No.lu ilke.

¹¹⁵ Cezaevi Personelinin Etik Kuralları, 22 No.lu Kural.

¹¹⁶ ibid, 5 ve 6 No.lu Kurallar.

¹¹⁷ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 11 No.lu ilke.

nelin işe alım, eğitim ve çalışma şartlarının mahpusların bakımında yüksek standartları koruyacak surette uygun ve yeterli olması gerekmektedir¹¹⁸. Nelson Mandela Kuralları'na göre; kurum personeli tam gün çalışma esasına göre "ceza infaz kurumu görevlileri" ünvanıyla atanırlar; iyi halleri, meslekte etkinlikleri ve fiziksel kapasitelerine göre teminat altına alınmış memurluk statüleri devam eder. Personel maaşı göreve uygun personelin görevde kalmalarını sağlayacak yeterli düzeyde ve ayrıca işten elden edilen gelir ve çalışma şartları, işin niteliğine göre yüksek düzeyde olmalıdır. Bu sayede hem yürütülen kamu hizmetinin sahiplenilmesi hem de rüşvet, yolsuzluk gibi usulsüzlüklerin önüne geçilmesi hedeflenmektedir¹¹⁹.

Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; personelin mesleki statüye sahip olması gerektiği belirtilerek devlet yapılanmasında infaz hizmetlerinin statüsel konumunun belirginleştirilmesinin önemi vurgulanmaktadır. Kurum çalışmalarının amacı ile personelin ana görev ve sorumlulukları resmi mevzuatta belirtilmelidir. Personelin işlerini mümkün olduğunca en profesyonel şekilde yerine getirmelerine olanak tanıyacak şekilde kurumların bütçesi bulunmalıdır¹²⁰. Ayrıca personelin maaş ve hizmet koşulları, personelin beceri ve sorumluluklarına uygun olmalı; mali koşullar, istihdam koşulları ve çalışma saatleri kanunla düzenlenmeli ve bu suretle kaliteli personelin işe alınması ve işte tutulması sağlanmalı; personelin görevlerini etkili ve insani bir şekilde yerine getirmesi ve yaptıkları işin toplum için önemi konusunda farkındalık geliştirmelerine olanak sağlanmalı ve personelin rollerini yerine getirmelerine yardımcı olacak destek ve denetim sağlanmalıdır¹²¹.

Uygun çalışma şartları ve gelişmiş özlük haklarının, kötü muamelenin önlenmesinde de etkin bir yol olduğu belirtilmelidir. Statü sahibi bir meslek ile yeterli maaş ve özlük haklarına sahip olarak kamu hizmetini yürüten personelin yürüttüğü kamu hizmetini içselleştirmesi, iş ortamındaki stres düzeyinin düşük olması ve bunun sonucunda da personel-mahpus ilişkilerinin olumlu bir seyirde ilerleyerek dinamik güvenlik olgusuna olumlu yansıma sağlaması beklenmektedir. Bir ceza infaz kurumunda çalışan personelin çalışma şartlarının iyileştirmeye açık olması gerekmektedir. Avrupa Cezaevi Kuralları uyarınca; özellikle

¹¹⁸ Avrupa Cezaevi Kuralları, 8 No.lu Kural.

¹¹⁹ Nelson Mandela Kuralları, 74 No.lu Kural.

¹²⁰ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 2 No.lu Anahtar İlkeler.

¹²¹ ibid, 11 No.lu İlke.

çalışma şartlarıyla ilgili bu gibi konularda ve genel meselelerde cezaevi yönetiminin, kurum personeli ile fikir teatisinde bulunmasına imkân sunan düzenlemeler yapılmasının önem arz ettiği belirtilmelidir. Ayrıca ceza infaz kurumu idaresi, diğer personel, dış kurumlar ve mahpuslar arasında mümkün olabilecek en iyi iletişim zeminini sağlamak için gerekli düzenlemeler yaparak personel-mahpus ilişkisinin olumlu seyrine katkı sunmalıdır¹²².

Bilindiği üzere ceza infaz kurumlarında infaz koruma memurları dışında da personel çalışmaktadır. Nelson Mandela Kuralları'na göre; ceza infaz kurumlarında görev üstlenen sosyal hizmet uzmanları, öğretmenler ve meslek eğitimcilerinin de daimi statüde çalıştırılması gerektiği ifade edilmelidir. Benzer biçimde Kurum müdürü de *"zamanının tamamını resmi görevine hasretmeli"* ve *"yarım gün çalışma esasına göre atanmalıdır"*. Kurum müdürünün iki veya daha fazla kuruma bakmakla görevlendirilmesi halinde, her kurumu sık aralıklarla ziyaret etmesi gerekmektedir. Bu kurumlardan her birinde kurumdan sorumlu bir görevli bulundurulması esastır. Diğer taraftan kurumda yarım gün çalışanlara veya gönüllü çalışanlara da çalışma imkânı verilmesi mümkündür¹²³. Görüleceği üzere Kurum müdürü birden fazla kurumla görevlendirilse bile sorumlu olduğu ceza infaz kurumunu sık aralıklarla ziyaret ederek mahpusların insan haklarının korunması yönündeki hizmet anlayışından taviz vermemeye çabalamalıdır.

Çalışma koşullarını belirleyen unsurlardan biri de etkili çalışmayı geliştirmek amacıyla atılacak somut adımlardır. Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; ortak çalışma, ortak yerleşim düzenlemeleri ve personelin eğitim veya çalışma amacıyla görevlendirilmesi teşvik edilmelidir. Bu tür uygulamaların yalnızca ilgili personelin rızasıyla yapılması ve onların istihdam statülerinde veya maaşlarında herhangi bir değişiklik gerektirmemesi önem arz eden hususlar arasındadır. Sınır ötesi öğrenmeyi teşvik edecek minvalde uluslararası görevlendirmelerin sağlanması da değerlendirilebilecek hususlardan bir diğeridir¹²⁴.

Her ne kadar uluslararası insan hakları hukuku standartlarında ceza infaz kurumu personelinin kayda değer bir amme hizmeti sunduğu ve bu sebeple işe alım, eğitim ve çalışma koşullarının uygun ve yeterli olması gerektiği ifade edil-

¹²² Avrupa Cezaevi Kuralları, 86 ve 87 No.lu Kurallar.

¹²³ Nelson Mandela Kuralları, 78 No.lu Kural.

¹²⁴ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 11 No.lu ilke.

se de ülkemizde bilhassa ceza infaz kurumu personelinin 4/5'ini oluşturan infaz ve koruma memurları mesleği istihdam ve güvence arayışı nedeniyle tercih etmekte, zorlu sosyo-ekonomik şartlarda çalışmak durumunda kalmaktadır. Ayrıca “Emniyet ve Güvenlik” sınıfında yer alan diğer mesleklerin özlük haklarına sahip olamamaları, sözleşmeli ve kadrolu infaz ve koruma memurları arasındaki ayırım ve bu ayırma dayalı ücret farklılığı gibi sorunlar bulunmaktadır¹²⁵.

Bir diğer sorun alanı mesleğe duyulan saygınlık konusundadır. Genel olarak toplumun sağlık çalışanları ve öğretmenlerin gerçek değerini kabul ettiği ancak ceza infaz kurumu personelinin kamuoyunda aynı saygıyı görmediği bilinir. Hükümet bakanları ve ceza infaz kurumu üst düzey idarecilerinin, toplumu ceza infaz kurumu personelinin insan haklarını korumak ve toplumun korunmasında sahip olduğu önemli rolü vurgulamak amacıyla bir kamu eğitimi programı düzenlemeyi düşünmesi ve medyanın ilgisini teşvik etmesi önerilmektedir¹²⁶.

E. Ceza İnfaz Kurumu Personelinin Bağımsızlığı, Adilliği ve Yetkinliği Gibi Etik İlkeler

Ceza infaz kurumlarında personel-mahpus ilişkileri çok yakın, çok esnek, çok uzak ve çok katı olmak gibi birçok farklı şekilde yanlış ilerleyebilmektedir. Ayrıca personelin riskten fazlasıyla kaçınması ve ilişkinin yüzeysel veya yetersiz olması durumu oluşabilir. Bir başka ihtimalde paradoksal olarak mahpuslar personele fazlasıyla güvenebilirler¹²⁷. Bir ceza infaz kurumunda otoritenin personel-mahpus ilişkileri yoluyla uygulandığı ve meşruiyet müzakere edildiği için, bu ilişkilerin “doğru” olmasının çok önemli olduğu ifade edilmelidir. Fazla resmi olmayan, sınırlardan ve profesyonel mesafeden yoksun olma riski taşıyan iyi ilişkilerden farklı olarak doğru ilişkiler “resmîlik ile gayri resmîlik, yakınlık ile mesafe, rıza yoluyla yönetme ile düzen dayatma arasında bir yerde” bulunur¹²⁸.

Ceza infaz kurumları üzerine çalışmalar yürüten Alison Liebling, ceza infaz kurumu yaşamının ahlaki kalitesinin ceza infaz kurumu personelinin tutum ve davranışları tarafından hayata geçirildiğini ve somutlaştırıldığını savunmakta ve ‘iyi’ ve ‘doğru’ ilişkiler arasında; ‘trajik’ ve ‘alaycı’ bakış açıları; ‘güvence’ ve ‘ilişki-

¹²⁵ Yücel, (n 1) 62, 131.

¹²⁶ Coyle (n 1) 15.

¹²⁷ Alison Liebling, Helen Arnold ve Christina Straub, *An exploration of staff - prisoner relationships at HMP Whitemoor: 12 years on Revised Final Report*, (Cambridge Institute of Criminology Prisons Research Centre 2011) 3.

¹²⁸ Crewe, Schliehe ve Przybylska (n 1) 926.

sel' güvenlik ve 'iyi' ve 'kötü' güven arasındaki ayrımın önemine vurgu yapmaktadır¹²⁹. Personel-mahpus ilişkilerinin "*doğru zeminde ilerlemesi*" ise ancak personelin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkelerin mevcudiyetine bağlıdır.

Ceza infaz kurumlarında etik ilkelere uyum iyi yönetimi de beraberinde getirecektir. Ayrıca Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası uyarınca; kararları gerçekleştirme, kararın tebliği, verilerin korunması, belgelere ulaşma talebi, kayıt tutma gibi ilkelerin benimsenmesi mahpusların insan haklarının korunmasına ve olası hak ihlalleri karşısında haklarını arama sürecine katkı sunacaktır¹³⁰. Bununla birlikte, insan haklarına uygun iyi bir yönetimin bir dizi ilkeleri sıralamakla başarılabilecek bir gaye olmaktan ziyade söz konusu ilkelerin muhtevasının yetkililerce doğru algılanması ve uygulanmasıyla yakından ilgili olduğu hatırd tutulmalıdır¹³¹.

Ceza infaz kurumu personelinin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkeler uluslararası insan hakları hukuku standartlarında sıklıkla atıfta bulunulan değerler arasındadır. Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler uyarınca; personelin göreve başlaması ve hizmet içi eğitimin ayrılmaz bir parçasını oluşturan etik kurallar kamuya açık olmalı, ahlaka ve görevlerin etkili bir şekilde yerine getirilmesine ilişkin bir dizi standart olan bu etik ve mesleki davranış kurallarına uymak zorunlu tutulmalıdır. Bu kurallara bağlılık, değerlendirme prosedürlerinin temel bir parçası olmalı; kurallar, personelin günlük çalışmalarında kullandığı politika, direktif, kural ve diğer tüm prosedürlerin temelini oluşturmalıdır. Cezai yaptırım ve tedbirlerin dürüstlük ve hukuk sınırları içerisinde uygulanması temel gaye olmalıdır. Etik ilkelerin varlığıyla hedeflenen bir diğer amaç, suçluların topluma yeniden entegrasyonunu ve kamunun korunmasını kolaylaştırmak olmalıdır. Bu nedenle etik ilkelerin makullük, doğruluk, ihtiyatlılık, insan haklarına saygı gibi temel değerleri bünyesinde barındırması ve personelin hesap verebilirliği, dürüstlüğü, insan onuruna saygı gösterilmesi ve korunması, bakım ve yardım, adalet, tarafsızlık ve ayrımcılık yapmama, işbirliği, gizlilik ve verilerin korunması gibi alanları düzenlemesi gerekmektedir¹³².

¹²⁹ Alison Liebling, 'Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited', (2011), 8(6), European Journal of Criminology, 484.

¹³⁰ Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası (2002), Avrupa Parlamentosu, 1.3.2002, 1-27.

¹³¹ Oğuzhan Erdoğan, 'Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası ve İyi Yönetim İlkeleri Üzerinden Yerel Yönetimlerde Reform', (2020), 10(1), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 235.

¹³² Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 12 No.lu ilke.

Cezaevi Personelinin Etik Kuralları uyarınca; ceza infaz kurumlarında çalışan personelin çoğulculuğa ve çeşitliliğe saygı göstermesi mesleki bağımsızlık ilkesinin en temel gerekliliği olarak “adillik, tarafsızlık ve ayrımcılık yasağı” başlığında düzenlenmiştir. Bu nedenle mahpusun işlediği suçun türü ile cinsiyet, yaş ve benzeri bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaktır. Ceza infaz kurumu personeli masumiyet karinesine saygı duyarak görevlerini adil, objektif ve tutarlı bir şekilde yerine getirmelidir¹³³. Avrupa Cezaevi Kuralları’nda da mahpusların düşünce, vicdan ve din özgürlüklerine saygı gösterilmesi gerektiği belirtilerek ayrımcılık yasağının önemine dikkat çekilmektedir¹³⁴.

Doktor, psikolog gibi sağlık servisinde veya psiko-sosyal yardım servisinde çalışan personelin mesleki bağımsızlığını dikkate alarak hizmet sunmasının gerekliliği mahpusların insan haklarının pratiğe yansiyabilmesi açısından önem arz etmekte olup uluslararası insan hakları hukuku standartlarında detaylıca ele alınmaktadır. Genel olarak hekimlikte “mesleki bağımsızlık”; hekimin kendisini hiçbir ayrımcılık gütmeksizin hastaya adanması, mahpusu her şeyden önce bir insan olarak değerlendirmesi ve hasta ile arasında geçen görüşmelerin “meslek sırrı” olarak muhafaza edilmesidir¹³⁵. İstanbul Protokolü tüm sağlık personeline mahpusların beden ve ruh sağlığını koruyarak hastalıklarını tedavi etme ödevi yüklemiştir¹³⁶. CPT, hekimlerin hastalarına bakma sorumluluklarının çoğu kez cezaevi yönetimi ve güvenlik mülahazalarıyla çelişebileceğini ve bu durumda zorlu etik sorunların ve seçeneklerin doğmasına yol açabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle sağlık konularında personelin bağımsızlıklarını teminat altına almak için, toplumda sunulan sağlık hizmetlerine mümkün olduğu kadar uyumlaştırma yönetimini benimsemesine ve klinik kararların sadece tıbbi kıstaslara göre verilmesine önem atfedilmektedir. Ayrıca CPT cezaevi doktorunun mesleki özgürlüğünün cezaevi koşulları ile sınırlı olduğunu ve hastalarını seçemeyeceğini vurgulayarak cezaevi doktorunun bir hastanın kişisel doktoru olarak görev yapması gerektiğini ve hasta mahpus tıbbi kuralları çiğnese, tehdit ve şiddete başvursa dahi doktorun profesyonel sorumluluğunun devam edeceğini belirtmektedir¹³⁷.

¹³³ Cezaevi Personelinin Etik Kuralları, 24, 25 ve 26 No.lu Kurallar.

¹³⁴ Avrupa Cezaevi Kuralları, 29 No.lu Kural.

¹³⁵ Haluk Başçıl, ‘İşyeri Hekimliğinde Mesleki Bağımsızlık’, (2003), 4(14), TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, 15.

¹³⁶ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu (İstanbul Protokolü), (2022), BM Genel Kurulu, 29.6.2022, 147.

¹³⁷ CPT Standartları, 71-74 No.lu Paragraflar.

Personelin mesleki bağımsızlığının yanı sıra yetkinliği de önemlidir. Yetkinlik, alınan eğitim ile edinilen tecrübe sonrası oluşan bilgi birikim, beceri, vasıf ve teknik uzmanlığın birleşimidir. Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre yetkin bir kişi gerekli olgunluğa erişmiş, olgun, kâmil, mükemmel gibi sıfatları bünyesinde barındırır¹³⁸. Ceza infaz kurumunda yürütülen kamu hizmetinin hassasiyeti ve riskleri dikkate alındığında personelin yetkinliğinin önemi daha belirgin ortaya çıkmaktadır.

Ceza infaz kurumunda yetkin olması gereken personelin başında “*Kurum Müdürü*” gelmektedir. Nelson Mandela Kuralları'na göre Kurum Müdürü; kurumu idare görevi için “*şahsiyet, idarecilik, eğitim ve tecrübe bakımından yeterli niteliklere sahip*” bir kişi olmalıdır¹³⁹. Ceza infaz kurumu ve sistemlerinden sorumlu olanların, teknik ve yönetsel hususların ötesine bakması gerekmektedir. Bu bağlamda idarecilerin yalnızca krizleri yöneten değil, yönetsel hususların ötesine bakarak krizleri önceden sezen ve krizlere ön alan yöneticiler olması elzemdir. BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (United Nations Office on Drugs and Crime-UNODC) tarafından hazırlanan Cezaevi Liderlerine Yönelik El Kitabı uyarınca iyi idarecilerin; ataletle mücadele, çatışmaları yönetme, güçlü ekip oluşturma, kurum kültürü geliştirme, yolsuzluk ve diğer sorunlarla başa çıkma, reformları destekleme, hedefleri belirleme, personeli zorlu günlük görevleri yerine getirirken değer duygusuyla heyecanlandırma, personele yaptıkları işin toplum için önemli olduğu konusunda sürekli güvence verme ve net bir vizyon ve kararlılığa sahip olma gibi niteliklere sahip olması gerekmektedir¹⁴⁰.

Nelson Mandela Kuralları uyarınca; infaz koruma memurları ile kurumdaki doktor, psikolog gibi görevli uzman personelin de kamu hizmetinin yürütülmesinde “*yetkin*” olmaları beklenmektedir¹⁴¹. Her mahpus için erişilebilir bir sağlık hizmeti sunması gereken dışının de yetkin olması gerektiği belirtilmektedir¹⁴². Görüleceği üzere uluslararası insan hakları hukuku standartlarında ceza infaz kurumlarında görev yapan her bir meslek uzmanının yetkinliğini vurgulamaktadır.

CPT standartlarında sağlık personelinin yetkinliği “*önleyici sağlık hizmetleri*” başlığında “*mesleki yetkinlik*” konusuyla ele alınmaktadır. CPT standartları cezae-

¹³⁸ TDK, (2024), ‘Sözlük’, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2024.

¹³⁹ Nelson Mandela Kuralları, 79 No.lu Kural.

¹⁴⁰ UNODC, *Handbook for prison leaders: A basic training tool and curriculum for prison managers based on international standards and norms* (UNODC 2010) 18-19.

¹⁴¹ Nelson Mandela Kuralları, 79 No.lu Kural.

¹⁴² ibid, 25 No.lu Kural.

vi doktorları ve hemşirelerinin cezaevi patolojisinin özel türleri ile başa çıkabilecek ve tedavi yöntemlerini tutukluluk koşullarına uydurabilecek uzman bilgiye sahip olmanın ve özellikle de şiddetin önlenmesi ve gerektiğinde kontrol edilmesine yönelik mesleki tutumların geliştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca CPT önleyici sağlık hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için nitelikli personel tarafından farklı seviyelere gerekli deneyimlerin aktarılması ve belirli aralıklarla güncellenmesini ve ceza infaz kurumları ortamında sağlık hizmetlerinin sunulmasındaki özel hususlar dikkate alınarak, lisansüstü eğitim ve düzenli hizmet içi eğitim kapsamında bir mesleki uzmanlık programının başlatılmasını önermektedir¹⁴³.

F. Ceza İnfaz Kurumu Personelinin Alması Gereken Eğitimin Niteliği

Uluslararası insan hakları hukuku standartlarından da anlaşılacağı üzere personelin yetkinliği haiz olmasının en önemli unsurlarından birinin “*eğitim*” olduğu ifade edilmelidir. Temel olarak insan onuru, yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, ayrımcılık yasağı ile eşitlik, gereklilik ve orantılılık gibi ilkeleri içeren insan hakları merkezli eğitim, insan haklarını koruma ve geliştirme bilincinin gelişmesine, ceza infaz kurumlarına yönelik haksız eleştirilerin uygun surette cevaplanmasına, yürütülen hizmetin etkin ve profesyonelce sunulmasına ve sürdürülebilir kılınmasına katkı sağlamaktadır¹⁴⁴. Avrupa Konseyi “*İnsan Haklarının Korunması ve Anlaşılması*” başlıklı yayınında; insan hakları eğitiminin önemini belirtmiş ve ceza infaz kurumu personeli gibi insan haklarının korunmasının ön safalarında yer alan kişilerin “*nitelikli eğitim*” alması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁵.

Nelson Mandela Kuralları uyarınca; tüm ceza infaz kurumu personeli yeterli bir eğitim standardına ve görevlerini “*profesyonel*” bir şekilde yerine getirebilecekleri beceri ve araçlara sahip olmalıdır. Bu nedenle, personelin göreve başlamasından önce “*genel ve spesifik görevlerine uygun, ceza bilimindeki çağdaş, kanıta dayalı uygulamaya yönelik en uygun eğitimi*” alması esastır. Kural, sadece bu tarz bir eğitimden sonraki teorik ve uygulamaya dönük sınavları başarıyla tamamlayan adayların ceza infaz kurumu hizmetine kabul edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir¹⁴⁶.

¹⁴³ CPT Standartları, 75 No.lu Paragraf.

¹⁴⁴ Ertuğrul Yazar, ‘Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisinde Eğitimin Rolü: İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Değerlendirme’, (2022), 2022(2), Suç ve Ceza Dergisi, 291.

¹⁴⁵ Avrupa Konseyi, (2024). ‘Protecting and Understanding Human Rights’ <<https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

¹⁴⁶ Nelson Mandela Kuralları, 75 No.lu kural.

Eğitim konusunda ceza infaz kurumu idaresinin temel yükümlülüklerinden biri, personele, görevlerine başladıktan sonra ve görevleri boyunca bilgilerinin ve mesleki kapasitelerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla, hizmet içi eğitim kurslarının “kesintisiz” biçimde sunulmasını sağlamaktır. Avrupa Cezaevi Kuralları’nda da personele, göreve başlamadan önce “genel ve özel görevleri konusunda bir eğitim” verilmesi ve düzenlenen “teorik ve uygulamalı sınavları geçmelerinin istenmesi” gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca ceza infaz kurumu idaresinin, personele belirli aralıklarla hizmet-içi eğitim düzenlemesi ve personelin mesleki gelişim kurslarına katılımın desteklenmesi sağlamalıdır¹⁴⁷. Bu kapsamda eğitimin niteliği ve niceliği kadar, zamana yayılmasının ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasının önemli olduğu anlaşılmaktadır. Eğitimin meslek öncesi olduğu kadar bilgi ve mesleki kapasitelerinin korunması amacıyla görevleri boyunca periyodik aralıklarla yenilenmesi ve bu sayede personelin zinde tutulması hizmetin kalitesini artıracak bir unsur olarak uluslararası insan hakları hukuku standartlarında vurgulanmaktadır.

Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler personelin sahip olduğu sorumluluğu idrak etmesine olanak sağlayan nitelikli bir eğitime sahip olmalarının önemini vurgulamaktadır. Eğitim, profesyonel kimliği teşvik etmeli ve kuruluşun kültürünü geliştirmelidir. Cezaevi hizmetlerinin göreve başlama eğitimi, hizmet içi eğitim ve öğretim müfredatına ve bu eğitimleri vermek üzere kendi eğitim tesislerine (ideal olarak) sahip olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte diğer paydaş kurumlarla işbirliği çerçevesinde dışarıdan eğitim olanakları da değerlendirilmelidir. Kurumlar ve disiplinler arası çalışmayı teşvik etmek amacıyla ortak eğitim ve diğer ceza adaleti kurumlarından personel ve eğitim desteği bulunmalıdır. Eğitim kapsamındaki ihtiyaçlarının periyodik surette belirlenmesi, değerlendirilmesi ve işgücü gelişimini hedefleyen eğitim planlarının düzenli olarak gözden geçirilmesi ve kurum ihtiyaçlarına yanıt verecek surette güncellenmesi tavsiye edilmektedir. Yeterli sayıda eğitmen ve kaynağın varlığı da önemli bileşenlerdir¹⁴⁸.

Nelson Mandela Kuralları uyarınca; alınması gereken eğitimin muhtevası önem arz eden hususların başında gelmektedir. Asgari surette alınması gereken eğitimler arasında; “ceza infaz kurumu personelinin mahpuslarla olan çalışmalarını ve etkileşimlerini düzenleyen ilgili ulusal mevzuat, düzenlemeler ve politikalar

¹⁴⁷ Avrupa Cezaevi Kuralları, 81 No.lu Kural.

¹⁴⁸ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 2 No.lu Anahtar İlkeler.

ile uygulanabilir uluslararası ve bölgesel araçlar; tüm mahpusların insanlık haysiyetine saygı gösterilmesi ve işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza gibi belirli davranışların engellenmesi dâhil olmak üzere ceza infaz kurumu personelinin hak ve görevleri; müzakere ve arabuluculuk gibi önleyici ve yatıştırıcı teknikler göz önünde bulundurularak, dinamik güvenlik kavramı, güç ve kısıtlama aracı kullanımı ve şiddet suçlarının yönetimi de dâhil olmak üzere emniyet ve güvenlik; ilk yardım, mahpusların psikososyal ihtiyaçları ve ceza infaz kurumu ortamlarının ilgili dinamikleri, aynı zamanda zihinsel sağlık sorunlarının erken tespitini içeren sosyal bakım ve yardım” yer almaktadır¹⁴⁹.

Benzer muhtevayı tavsiye eden Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler ayrıca; sosyal hizmet, kriminoloji ve psikolojinin temellerine yer verilmesini önermektedir. Eğitim sürecinde; toplum yanlısı modelleme yaklaşımına odaklanılmalı ve kadınlar, gençler ve yabancı uyruklular gibi belirli gruplarla çalışmalıdır. Ayrıca; rapor yazımı, şiddet içeren aşırılık, cinsel suçlar, aile içi şiddet, ekonomik ve organize suçlar, mağdur farkındalığı, ailelerle temas, akıl hastalıkları ve bağımlılıkların etkileri, olumsuz çocukluk deneyimleri, ekip oluşturma ve insan kaynakları yönetimi gibi konuların da üzerinde durulmalıdır. Eğitimin başarıya ulaşması için cezaevi personelinin göreve başlama eğitim müfredatının “*teori, pratik ve deneyimsel bilginin dengeli bir karışımını*” içerecek şekilde ve yeterli uzunlukta olması gerekmektedir. Eğitim, mahpusların insanlık onurunu ihlal etmeyen muameleyi vurgulamalı, mahkumların serbest bırakılma ve topluma yeniden entegrasyon hazırlıklarını kolaylaştırmaya yönelik anlamlı eğitim ve mesleki faaliyetler ile tedavi programları, cezaevinde emniyet ve güvenlik ile günlük yaşamın düzenlenmesi konularını içermelidir¹⁵⁰. Son olarak, eğitim ve öğretim müfredatı ile öğretmenlerin çalışmalarının kalite ve uygunluk açısından değerlendirilmesi ve mümkün olan yerlerde bağımsız bir kuruluş tarafından ulusal çerçevelere göre akredite edilmesi veya denetlenmesi de önerilmektedir¹⁵¹. Avrupa Cezaevi Kuralları’nda da; bütün personelin eğitiminin, özellikle AİHS’nin ve Avrupa İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşmesinin öğretilmesi ve Avrupa Cezaevi Kuralları’nın uygulanması dâhil olmak üzere uluslararası ve bölgesel insan hakları belge ve standartlarının bulunması gerektiği hatırlatılmaktadır¹⁵². UÖM görevini havi TİHEK ise BM

¹⁴⁹ Nelson Mandela Kuralları, 76 No.lu kural.

¹⁵⁰ Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler, 7 No.lu İlke.

¹⁵¹ ibid, 10 No.lu İlke.

¹⁵² Avrupa Cezaevi Kuralları, 81 No.lu Kural.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü) dâhil olmak üzere işkence ve kötü muameleyi inceleme ve belgelendirme konularının personel eğitim programlarında yer alması gerektiğini raporlarında tavsiye olarak vermektedir¹⁵³.

2021-2023 yıllarını kapsayan İHEP’te de ceza infaz kurumu personelinin eğitim muhtevasına değinilmektedir. Personele üst ve beden aramalarının insan onurunu zedelemeyecek şekilde uygulanmasına yönelik¹⁵⁴ ve Avrupa Konseyi ile BM’nin tavsiyelerini de içerecek şekilde insan hakları konusunda düzenli eğitim verileceği¹⁵⁵ taahhüt edilmiştir.

Personel eğitiminde üzerinde durulması gereken konulardan biri de, personelin kapalı ve izole bir ortamda çalışmalarından kaynaklı durumun zamanla onları dar ve katı hale getirebilme riskidir. Personelin eğitilme ve yönetilme şeklinin bu dar görüşlülüğe karşı koruma sağlayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir¹⁵⁶.

Nelson Mandela Kuralları’nda ve Avrupa Cezaevi Kuralları’nda personelin alması gereken eğitimler arasında saldırgan mahpusları asgari ölçüde tutabilecek düzeyde “güç kullanma teknikleri” veya “özel fiziksel eğitim” de yer almaktadır. Ayrıca, her iki kuralda da kullanımına dair eğitim almadıkları müddetçe ceza infaz kurumu personeline hiçbir koşulda silah verilmemesi gerektiği düzenlenmektedir¹⁵⁷.

Ceza infaz kurumları mahpusların temel ihtiyaçları karşılanarak, çatışmaları artıran unsurlar bertaraf edilerek; çatışma çözümünü geliştirmek için toplumsal bağlamda çalışarak daha güvenli hale getirilebilir. Personelin çatışmaya yol açan davranışlara erken müdahale etme yönünde de eğitim alması gerektiği de belirtilmelidir¹⁵⁸. AİHM, operasyon süreçlerinde öldürerek etkisiz hale getirmek yerine yaralayarak etkisiz hale getirmek için atış yapmaları dâhil özel bir eğitim veya talimat alınmamış olmasını, kamu yönetimi açısından bir hizmet kusuru ve yaşam hakkı bağlamında insan hakları ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁵⁹.

¹⁵³ TİHEK, *Yozgat 2 No.lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023) 73. <<https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/sqccjh.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2024.

¹⁵⁴ Adalet Bakanlığı, (n 2) 6.4.d.

¹⁵⁵ ibid, 9.1.g.

¹⁵⁶ Coyle (n 1) 16.

¹⁵⁷ Avrupa Cezaevi Kuralları, 66-69 No.lu Kural; Nelson Mandela Kuralları, 82 No.lu Kural.

¹⁵⁸ APT (n 1) 22.

¹⁵⁹ AİHM, *McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı*, B.N. 19009/04, K.T. 13.5.2008, 212.

Diğer koşulların yanı sıra (uygun çalışma şartları ve gelişmiş özlük hakları gibi) ceza infaz kurumu personelinin aldığı eğitim kalitesinin içeriği ve personelin eğitim seviyesinin yüksekliği personel ve mahpus ilişkisini belirleyen faktörler arasındadır. Bu durumun ayrıca kötü muamelenin önlenmesinde de etkin bir yol olduğu belirtilmelidir. TİHEK'in ceza infaz kurumlarına yönelik ziyaretlerinde edindiği izlenimler; *"Alıkonulma merkezi personelinin eğitim seviyesi ne kadar yüksek olursa alıkonulardan alınan kötü muamele iddialarının o kadar azaldığı"* yönündedir¹⁶⁰.

G. Ceza İnfaz Kurumlarında Hassas Gruplar ve Mahremiyet İlkesi

Alıkonma bağlamında hassas gruplar, insan hakları ihlalleri karşısında özellikle kırılğanlaşan, özel bir dikkate ve korumaya ihtiyaç duyan özgürlüğünden mahrum bırakılan kişi veya grupları ifade etmektedir. Alıkonulan ile yönetim arasında meydana gelen güç dengesizliği karşısında bütün mahpuslar kırılğandır. Bununla birlikte bazı hassas gruplar, mevcut dezavantajları sebebiyle diğer mahpuslara nazaran daha da kırılğan bir hale gelebilmektedir. Çoğu vakada mahpusların birden çok savunmasız gruba ait olmaları, çoklu özel ihtiyaçlar ve artan kırılğanlık olarak sahaya yansımaktadır¹⁶¹. Örneğin, ceza infaz kurumları gibi alıkonulma merkezlerinin doğasında yer alan yüksek seviyedeki kontrol ve sınırlandırmalar, engeli olan bireylerin alıkonulma sürecini daha farklı bir şekilde deneyimlemesine sebep olabilmektedir¹⁶².

Kırılğanlığı, bağlama, zamana ve kültüre göre değişiklik gösterebilmekle beraber ceza infaz kurumlarında bulunan hassas gruplar arasında; hamile ve çocuklular başta olmak üzere kadınlar, çocuklar, yaşlılar, fiziksel veya ruhsal engelliler, kronik rahatsızlığı bulunanlar, yabancılar, etnik azınlıklar gibi gruplar yer almaktadır. Avrupa Cezaevi Kuralları kadın, çocuk, küçük çocuk, yabancı mahpus ve etnik-dilsel azınlık şeklinde alt başlıklara ayrılarak incelenmiştir¹⁶³.

Hassas grupların varlığı, hizmet sunumunda gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Cezaevi Personelinin Etik Kuralları

¹⁶⁰ Muharrem Kılıç, *İnsan Hakları ve Ceza Adalet Sistemi Açısından Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesi Sempozyumu Tebliğ Kitabı Açılış Konuşması* (TİHEK 2022) 15.

¹⁶¹ UNODC, *Handbook on Prisoners with special needs* (UNODC 2009), 4.

¹⁶² Merve Sisli, 'Uluslararası ve Ulusal Hukuk Çerçevesinde Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Engellilerin Tutulma Koşulları', (2019), 2019(2), Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, 93.

¹⁶³ Avrupa Cezaevi Kuralları, 34-38 No.lu Kurallar.

uyarınca gençler, kadınlar, azınlıklar, yabancı uyruklular, yaşlılar ve engelli mahpuslar ile diğer korunmasız durumda olabilecek mahpusların özel ihtiyaçlarına duyarlı olunması ve ihtiyaçlarının karşılanması için her türlü çabanın gösterilmesi gerekmektedir¹⁶⁴.

Gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü kapsamında hassas gruplara yönelik alınan tedbir ve geliştirilen politikalar eşitlik ilkesi ihlali olarak değerlendirilemez. Nitekim Nelson Mandela Kuralları'nda ayrımcılık yasağı ilkesini hayata geçirebilmek için, ceza infaz kurumu yönetimlerinin, en kırılgan gruplar dâhil olmak üzere mahpusların bireysel ihtiyaçlarını belirlemesi gerektiği belirtilmektedir. Özel ihtiyaç sahibi mahpusların haklarını korumanın elzem olduğu vurgulanarak bu yönde alınacak tedbirlerin ayrımcılık olarak değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir¹⁶⁵. Ayrımcılık yasağının yanı sıra kırılgan kesimlerin korunmasına yönelik hedefleri toplumsal refahın güçlendirilmesi ile birlikte ele alan İHEP gibi politika belgelerinin varlığının önemini de not edilmelidir¹⁶⁶.

Ceza infaz kurumu idaresinin ve personelin hassas gruplar karşısında her zaman ihtiyatlı ve özenli olması insan haklarıyla uyumlu bir bekleyiştir. Alıkonulma merkezindeki tüm uygulamalar ve prosedürlerin risk kategorilerine göre hassas grupların ihtiyaçlarını gözetecek biçimde planlanması ve bu grupların kırılganlığını artırmamasına özen gösterilmelidir¹⁶⁷. Bu noktada hassas grupların özel ihtiyaçlarının karşılanmaması veya gözetilmemesi, işkence ve kötü muamele ile ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi ile sonuçlanabilir. Yetkili makamların bu kişilere zarar verme, acı çektirme, kötü muamelede bulunma veya ayrımcılık yapma gibi bir amaç taşıyıp taşımadıkları dikkate alınmaz. Hassas gruplar söz konusu olduğunda var olan özen yükümlülüğünün kast unsurunu barındırmadığı da belirtilmelidir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaret içeren ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme, içirme gibi bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Cezaevi Personelinin Etik Kuralları, 19 No.lu Kural.

¹⁶⁵ Nelson Mandela Kuralları, 2 No.lu Kural.

¹⁶⁶ Yazar (n 2) 115.

¹⁶⁷ UNODC (n 2) 24.

¹⁶⁸ AİHM, *Pretty v. Birleşik Krallık Kararı*, B.N. 2346/02, K.T. 29.4.2002, 52; AYM, *Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı*, B.N. 2013/293, K.T. 17.7.2014, 90.

Nelson Mandela Kuralları'nda belli bir kategoriyle ilişkili mahpuslarla ilişkilendirilen veya farklı bir özel göreve atanmış olan ceza infaz kurumu personeline ilgili alanda eğitim verileceği de belirtilmiştir¹⁶⁹. Bu durum bilhassa hassas gruplar söz konusu olduğunda geçerlidir. Dolayısıyla, hizmet sunumunun yanı sıra personelin davranış, tutum veya alması gereken eğitimin niteliğinin hassas gruplar söz konusu olduğunda farklılaşması gerektiği bilinmelidir. Avrupa Cezaevi Kuralları'nda yabancı, kadın, çocuk gibi özel mahpus gruplarıyla çalışması gereken personele, uzmanlıklarını artırmak için özel eğitim verilmesi gerektiği bunun somut örneklerinden biridir¹⁷⁰. Benzer yaklaşım Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kadın ve Çocukların Korunmasına İlişkin BM Kuralları arasında bulunan Bangkok¹⁷¹, Pekin¹⁷² ve Havana¹⁷³ Kuralları'nda da mevcuttur. Bangkok Kuralları uyarınca; kadın tutuklu ve hükümlülerle çalışacak personele kadınların, cinsiyete özgü ihtiyaçlarına ilişkin özel eğitimler verilmesi gerekmektedir¹⁷⁴. Benzer durum çocuklar özelinde de geçerlidir. Pekin Kuralları ve Havana Kuralları uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuklarla çalışan personele özelleşmiş ve sürekli eğitimler verilmelidir¹⁷⁵.

Ceza infaz kurumlarının türleri/tipleri özelinde de hassas gruplara yönelik yaklaşım farklılık arz edebilir. Örneğin; L Tipi kapalı ceza infaz kurumlarında terör suçları, cinsel taciz suçları ve ağır cezalara karışmış yabancı kişiler tutulmaktadır. Sunulması gereken infaz hizmetinin öznesi "yabancılar" olduğu için cezaevi yetkililerinin de yabancı dil bilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Nelson Mandela Kuralları'na göre; Kurum müdürü, yardımcısı ve diğer çalışanların çoğu, mahpusların çoğunluğunun konuştuğu dili konuşabilmelidir. Eğer gerekliyse de bir çevirmenin yardımından yararlanılarak hizmet sunumunun aksamaması sağlanmalıdır¹⁷⁶. Tutuklu-hükümlü şeklinde barındırılanların ayrıştırıldığı ceza infaz kurumlarında da benzer bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye kararı uyarınca; tutuklularla çalışan personelin mahpusların özel durumlarını ve ihtiyaçlarını dikkate alacak

¹⁶⁹ Nelson Mandela Kuralları, 76 No.lu kural.

¹⁷⁰ Avrupa Cezaevi Kuralları, 81 No.lu Kural.

¹⁷¹ Bangkok Kuralları (2010), BM Genel Kurulu, 10.12.2010, 1-70.

¹⁷² Pekin Kuralları, (1985), BM Genel Kurulu, 40/33, 29.11.1985, 1-30.

¹⁷³ Havana Kuralları, (1990), 45/113, 14.12.1990, 1-87.

¹⁷⁴ Bangkok Kuralları, 83 No.lu Kural.

¹⁷⁵ Pekin ve Havana Kuralları, 22 No.lu, 85 ve 86 No.lu Kurallar.

¹⁷⁶ Nelson Mandela Kuralları, 80 No.lu kural.

surette seçilmeli ve eğitilmelidir¹⁷⁷. Çocukların alıkonulduğu kurumlarınsa hukuka uygun suretle yönetilmesi, bu kurumlarda çalışanların erdemine, insaniliğine, yeteneklerine ve çocuklarla ilgili kişisel uygunluklarına ve gelişmiş mesleki kapasitelerine bağlıdır. Ayrıca tüm kurum çalışanları için idare dikkatli bir seçim ve istihdam politikası uygulamalıdır¹⁷⁸.

Gizlilik, aile hayatı ve yabancının bakışlarına yasaklanan şeylerle ilişkili olan “mahremiyet” insanın kendi ile kendi dışındakiler arasındaki sınıra işaret etmektedir¹⁷⁹. Aynı zamanda bir ilke olarak ceza infaz kurumlarında da uyulması gereken kurallardan biridir. Cezaevi Personelinin Etik Kuralları uyarınca; personel, yalnızca kesinlikle gerekli olduğunda ve yalnızca meşru bir amaca ulaşmak için bireyin mahremiyet hakkına müdahale edebilir¹⁸⁰.

Mahremiyetin farklı konulara yönelik standartlar oluşturulduğunda dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin Nelson Mandela Kuralları’na göre; erkeklerin ve kadınların bir arada olduğu kurumlarda kadınlara ayrılan kısımların sorumluluğu kadın görevlilerinde olmalıdır. Kurumun bu kısmının anahtarları kadın görevlilerde bulunmalıdır. Erkek çalışanların, kurumun kadınlara ayrılan kısımlarına girmemesi gerekir. Kadın mahpusların kadın çalışanlarca dinlenmesi ve izlenmesi esastır¹⁸¹.

Avrupa Cezaevi Kuralları’nda mahpusların sadece hemcinsleri olan personel tarafından aranması örneğinde olduğu gibi mahremiyet ilkesiyle uyumlu kurallara yer verilmiştir. Ayrıca personel, mahpusların insan onuru ve kişisel eşyalarına saygılı arama yapma konusunda “arama eğitimi” almalıdır. Şahsi eşyalar aranırken mahpuslar da hazır bulundurulmalıdır. Ayrıca arama esnasında, mahrem yerler ve ağız, burun gibi organların incelemeleri sadece doktor tarafından yapılmalıdır¹⁸². Mahremiyet ilkesiyle uyumlu yönetim tarzının personel-mahpus ilişkisinin sağlıklı ilerlemesine yardımcı olacağı değerlendirilmektedir.

IV. Personel-Mahpus İlişkisinin Denetimi

CPT, etkin şikâyet ve denetim prosedürlerinin varlığının ceza infaz kurumlarında, kötü muameleye karşı temel önlemler arasında olduğunu belirtmekte-

¹⁷⁷ Avrupa Cezaevi Kuralları, Ek 43 No.lu Kural.

¹⁷⁸ Havana Kuralları, 82 No.lu Kural.

¹⁷⁹ Şule Albayrak, Tüm Yönleriyle Mahremiyet (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 2022) 9-20.

¹⁸⁰ Cezaevi Personelinin Etik Kuralları, 15 No.lu Kural.

¹⁸¹ Nelson Mandela Kuralları, 81 No.lu kural.

¹⁸² Avrupa Cezaevi Kuralları, 54 No.lu Kural.

dir¹⁸³. BM CAT ise, Komite, mahpuslar arası iyi ilişkilerin kurulmasında ve şiddeti önleme yönelik politikaların geliştirilmesinde; ek video gözetim ekipmanlarının kullanılması da dâhil olmak üzere, özellikle geceleri, denetim ve izlemenin kalitesinin ve sıklığının artırması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁸⁴. APT ise, ancak dikkatlice seçilmiş, iyi yetiştirilmiş ve aynı zamanda iyi denetlenen personelin güvenlik ve düzen konularına dikkat ederek mahpuslarla insani bir şekilde ilgilenebileceğini belirtmektedir¹⁸⁵.

Coyle'nin de ifade ettiği gibi güvenli, iyi yönetilen ve insani bir ceza infaz kurumu sistemi personelin mahpuslarla ilişkisinin muhtevasına bağlıdır¹⁸⁶. Bu nedenle hem ceza infaz kurumlarının denetlenmesi hem de denetimlerde önem verilmesi gereken konuların başında personel-mahpus ilişkisinin gelmesi önem arz etmektedir. Ziyaret heyetinin ilk yükümlülüklerinden biri, personel-mahpus ilişkisi de dâhil genel havanın dikkatle gözlemlenmesidir¹⁸⁷.

A. Denetimin Türleri ile Denetim ve Önleyici Mekanizmaların Rollerini

Ceza infaz kurumlarında personel ile mahpus ilişkisinin sağlıklı bir zeminde ilerlemesi ve kurum personelinin tüm görevlerini uluslararası hukuk standartlarına, insan hakları hukukuna ve ulusal hukuka uygun olarak yürütebilmesi bakımından denetim ve önleyici mekanizmaların rolleri oldukça önemlidir. APT, alıkonulma yerlerini izlemenin birçok nedene dayalı çok önemli olduğunu belirtmektedir. İlk olarak, bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak ciddi bir eylemdir. İkinci olarak, özgürlüğünün kaybedilmesi nedeniyle, gözaltına alınan kişinin ve haklarının korunması ve geçim kaynaklarının güvence altına alınması konusunda neredeyse tamamen yetkililere ve kamu görevlilerine bağımlı hale gelmektedir. Üçüncü olarak, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin kendi kaderlerini etkileme olanakları, yok olmasa bile sınırlı düzeydedir. Dördüncü olarak, gözaltı yerleri muhtevaları gereği kapalıdır. Yani, gözaltına alınanlar kendilerini toplumun sınırlarının ve görüş alanının dışında bulmaktadır¹⁸⁸.

Mahpusların insan haklarının tam anlamıyla korunması ve geliştirilmesi ancak mümkün olan en geniş aktörler yelpazesinin konuya müdahil olması ile

¹⁸³ CPT Standartları, 54 No.lu Paragraf.

¹⁸⁴ CAT (n 1) 30.

¹⁸⁵ APT (n 1) 21.

¹⁸⁶ Coyle (n 1) 15.

¹⁸⁷ CPT Standartları, 45 No.lu Paragraf.

¹⁸⁸ APT, Monitoring Places of Detention: A Practical Guide for NGOs (OSCE, ODIHR ve APT 2002) 20.

gerçekleştirilebilecektir. Yasama, yürütme, yargı, ulusal insan hakları kurumları, ulusal önleme mekanizmaları, sivil toplum, sivil izleme kurulları ve uluslararası örgütler bu amacın ifasında önemli görev ortaklarıdır. Bu denetim ve önleyici mekanizmaların varlığı, fonksiyonu ve görevlerini titizlikle ifa etmeleri ceza adaletinin tesisine ve ceza infaz kurumlarındaki hizmetlerin iyi yönetim ilkeleri çerçevesinde yürütülmesine katkı sağlayacaktır¹⁸⁹.

1. İç Denetim Mekanizmaları

Uluslararası insan hakları hukuk standartları uyarınca denetimler iç ve dış olmak üzere ikili bir ayrıma tabidir. Nelson Mandela Kuralları uyarınca; ceza infaz kurumlarının düzenli aralıklarla denetiminde “İç ve Dış Denetimler” olmak üzere ikili bir sistem olmalıdır. Bunlar; merkezi ceza infaz kurumu idaresinin yürüttüğü iç ve idari denetimler ile ceza infaz kurumu idaresinden “bağımsız bir organ” tarafından yürütülen dış denetimlerdir. Ceza infaz kurumu çalışanlarının (Kurum müdürü ve diğer personel) koğuş ve mahpus ziyaretleri de iç denetim kapsamında değerlendirilmelidir¹⁹⁰. Koğuş ve mahpus ziyaretlerinde üzerinde durulması gereken alanlardan biri, idare ve personelin mahpuslara yönelik tutumu olmalıdır.

Avrupa Cezaevi Kuralları uyarınca; mahpuslar, cezaevi müdürü veya cezaevi müdürü adına hareket eden bir personel dâhil olmak üzere, kurum personeli tarafından her gün ziyaret edilmelidir. Bu kapsamda, ceza infaz kurumlarında daha iyi bir kamu yönetimi anlayışının benimsenmesi ve hizmetlerin sunumunun kontrol edilerek denetlenmesi açısından periyodik izleme ziyaretlerinin önemli olduğu değerlendirilmektedir¹⁹¹. Bağımsız bir organ tarafından yapılacak dış denetimlerde iç denetimlerin pratiğe yansıyor yansımadağı da kontrol edilmeli ve iç denetim raporları dikkate alınmalıdır.

Ülkemizde ceza infaz kurumları dâhil kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakıldığı birçok yer, Cumhuriyet başsavcılıkları ve idari kurumlar marifetiyle düzenli surette denetlenebilmektedir. İnfaz Yönetmeliğinin 4’üncü maddesi uyarınca; kesinleşen mahkûmiyet kararlarının infazı, kurumun mevzuata göre yönetilmesi ve infaz hizmetlerinin temel insan haklarına uygunluğu Cumhuriyet savcısı tarafından izlenmekte ve denetlenmektedir. Savcı, görüş ve önerilerini

¹⁸⁹ TİHEK, *İnsan Hakları ve Ceza Adalet Sistemi Açısından Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesi Sempozyumu Tebliğ Kitabı* (TİHEK 2022) 6.

¹⁹⁰ Nelson Mandela Kuralları, 83 No.lu kural.

¹⁹¹ Avrupa Cezaevi Kuralları, 53 No.lu Kural.

denetleme defterine yazmak ve gerekli gördüğü durumlarda Bakanlığa bilgi vermekle yükümlüdür¹⁹². Bir hukuk insanı olan savcılık makamının rolü, modern infaz anlayışını takip etmek ve ceza infaz kurumları ile örtüşen tüm insan haklarını gözetmek suretiyle kurum denetiminde tespit edilen eksikliklerin ya da yanlış uygulamaların ikmali ve düzeltilmesi için rehberlik etmektir¹⁹³.

Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kontrolörleri Yönetmeliği (Kontrolörler Yönetmeliği) uyarınca ceza infaz kurumları ile tutukevleri kontrolörleri ise bir kurumun genel yönetim durumunu, mevzuatın uygulanmasını, memur ve halkla münasebetler konuları ile kurumun ve tutulanların hesap, kıymetli evrak ile kantin, çay ocağı gibi birimlere ait mevcudun tespiti ve bütün işlemlerinin denetimini yapmakla yükümlüdür¹⁹⁴.

Son olarak Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'in (Ziyaret Yönetmeliği) 26'ncı maddesi uyarınca görevleri çerçevesinde denetimli serbestlik personeli önceden izin almaksızın ceza infaz kurumlarını ziyaret edebilir¹⁹⁵. Örneğin, denetimli serbestlik personeli hazırlamakla yükümlü olduğu sosyal araştırma raporu için şüpheli veya sanığın ceza infaz kurumunda bulunması hâlinde, ceza infaz kurumuna giderek raporunu hazırlar¹⁹⁶.

2. Dış Denetim Mekanizmaları ve Önleyici Mekanizmalar

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler her zaman ve her yerde savunmasız konumda olup işkence ve kötü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıyadır. Bu nedenle alıkonulan kişilere daha fazla koruma sağlanması için tutukluluk koşullarının dış denetim ve önleyici mekanizmalar aracılığıyla izlenmesi gerekmektedir. Alıkonulanlara yönelik kalıcı koruma sistemine izleme mekanizmalarının entegre edilmiş olması, alıkonulma yerlerinde ciddi sorunların olduğu veya sorumlu yetkililere karşı yaygın bir güven eksikliğinin olduğu anlamına gelmediğine dikkat edilmelidir. APT bu durumun daha çok, personel ve mahpus ilişkilerindeki büyük güç boşluğunun, bu yetkinin kötüye kullanılması durumlarına müdahale etme yetkisine sahip bir organ tarafından dış incelemeye tabi

¹⁹² İnfaz Yönetmeliği, m.4.

¹⁹³ Hüseyin Şık, *Ceza İnfaz Kurumu Uygulamaları ve Denetiminde Savcılığın Rolü: İnsan Hakları Bağlamında Bir İnceleme* (TİHEK 2022) 83.

¹⁹⁴ Kontrolörler Yönetmeliği, Yönetmelik Numarası: 2922, Kabul Tarihi: 29.03.1984, RG 01.11.1997/23157.

¹⁹⁵ Ziyaret Yönetmeliği, m.26.

¹⁹⁶ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, RG 10.11.2021/31655.

tutulması meselesi olduğunu vurgulamaktadır. Bu kontrol mekanizmaları insan haklarını destekleme, kötü muamele riskinin sınırlandırılmasına yardımcı olma ve özgürlüklerinden yoksun bırakılanlara karşı alınan aşırı tedbirleri düzenleme gibi önemli işlevler üstlenmektedir. Aynı zamanda özgürlükten yoksun bırakılan yerlerin şeffaflığına ve hesap verebilirliğine de katkıda bulunarak kurum yönetiminin meşruiyetini ve halkın kurumlara olan güvenini artırmaktadır¹⁹⁷.

Ülkemizde dış denetimlerin varlığı mevzuatla güvence altına alınmış olup Ziyaret Yönetmeliği çerçevesinde yürütülmektedir. Yönetmelik'in 26'ncı maddesi uyarınca; TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ceza infaz kurumlarını ziyaret edebilirler¹⁹⁸. Komisyon bünyesinde Hükümlü ve Tutuklu Hakları İnceleme Alt Komisyonu dış denetim yapan kuruluşlardan biri olarak ifade edilmelidir. İkinci olarak, Mezkûr Yönetmelik ve Ceza İnfaz Kurumları ve Tutuklevleri İzleme Kurulları Kanunu'nun (Sivil İzleme Kurulları Kanunu) 6'ncı maddesi uyarınca sivil izleme kurulu üyeleri de ceza infaz kurumlarına ziyaret düzenleyen kurumlardan biridir. Bu kurumlar en az dört ayda bir düzenlediği raporları Adalet Bakanlığının yanı sıra TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, KDK ve TİHEK'e göndermekle yükümlüdür¹⁹⁹.

Ziyaret Yönetmeliği'nin 26'ncı maddesi uyarınca ayrıca, il ve ilçe insan hakları kurulları, denetimli serbestlik personeli, infaz hâkimlikleri ve özel kanunlarda yetki verilmiş heyet ve kişiler de ceza infaz kurumlarını ziyaret edebilirler²⁰⁰. TİHEK Kanunu'nun 9'uncu maddesi uyarınca, sivil izleme kurulu ile il ve ilçe insan hakları kurullarının raporlarını inceleme ve değerlendirme yetkisi TİHEK'e aittir²⁰¹.

Ceza infaz kurumlarına aldıkları izin sonrası ziyaret düzenleyen kurumlardan biri de barolardır. Avukatlık Kanunu'nun 76'ncı maddesi uyarınca baroların görevleri arasında hukukun üstünlüğü ile insan haklarını savunmak ve korumak yer almaktadır²⁰². Barolar aldıkları ihbar ve şikâyetler üzerine harekete geçerek ceza infaz kurumlarında yaşananlar hakkında kamuoyuna şeffaf biçimde bilgi vermeye ve ilgili devlet mekanizmalarını harekete geçirerek hesap verilebilirliği

¹⁹⁷ APT, Monitoring Places of Detention: A Practical Guide (APT 2004) 27.

¹⁹⁸ Ziyaret Yönetmeliği, RG 17.06.2005/25848.

¹⁹⁹ Sivil İzleme Kurulları Kanunu, Kanun Numarası: 4681, Kabul Tarihi: 14.06.2001, RG 21.06.2001/24439.

²⁰⁰ Ziyaret Yönetmeliği, m.26.

²⁰¹ TİHEK Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016, RG 20.04.2016/2969.

²⁰² Avukatlık Kanunu, Kanun Numarası: 1136, Kabul Tarihi: 19.03.1969, RG 07.04.1969/ 13168.

sağlama ve cezasızlığa sebep olunmaması için gereken tedbirlerin alınmasına yardımcı olmaktadır²⁰³.

Her ne kadar ceza infaz kurumlarını ziyaret etme, inceleme veya denetleme yetkisi bulunmasa da KDK Kanunu uyarınca kurum, “*idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını incelemek ve araştırmak*” görevi çerçevesinde ceza infaz kurumlarına ziyaret gerçekleştirebilir²⁰⁴.

Bu bağımsız kurumların yanı sıra İHEP’te ceza infaz kurumlarının denetimleri ile takibinin uluslararası standartlarda daha etkili bir şekilde yapılabilmesi amacıyla barolar, sivil toplum kuruluşları ve üniversitelerden de temsilcilerin katılımıyla bağımsız bir “*Ceza İnfaz Kurumları İnsan Hakları İzleme Komisyonu*” kurulacağı belirtilmektedir²⁰⁵.

Son olarak ülkemizde ceza infaz kurumlarında en efektif denetim yapabilecek bağımsız kurum olarak UÖM görev ve yetkisine sahip TİHEK zikredilmelidir. TİHEK’i diğer kurumlardan farklı kılan önleyici bir mekanizma olmasıdır. BM İşkenceye Dair Ek İhtiyarı Protokol (OPCAT) uyarınca UÖM kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı yerlere düzenli ziyaretler yapmak üzere oluşturulan sistemdir. OPCAT, kişilerin alıkonulma yerlerine düzenli şekilde ziyaretler yapılmasına dayanan, yargısal olmayan önleyici nitelikli yöntemler/(araçlar) ile kişilerin kötü muamele riskine karşı güçlendirilebileceğine dayanmaktadır²⁰⁶.

Her yıl farklı türde onlarca ceza infaz kurumlarına ziyaret gerçekleştiren TİHEK, ziyaret sonrası tespit ve tavsiyeleri içeren rapor hazırlayarak ilgili kurumlar ve kamuoyu ile paylaşmaktadır²⁰⁷. APT, UÖM ve diğer izleme mekanizmalarının, ceza infaz kurumlarındaki doluluk oranlarına (kalabalıklaşma sorununa), mahpusların ve personelin onur ve güvenliğine tehdit arz eden mahpuslar arası şiddet probleminde, personel-mahpus sayısının oranı ve aralarındaki ilişkilerine ve bu ilişki ağının güvenlik tedbirlerinden ne şekilde etkilendiğine dikkat etmesi gerektiğini belirtmektedir²⁰⁸.

²⁰³ Tuğçe Duygu Köksal, Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesinde Baroların Rolü (TİHEK 2022) 78.

²⁰⁴ KDK Kanunu, Kanun Numarası: 6328, Kabul Tarihi: 14.06.2012, RG 29.06.2012/283308.

²⁰⁵ Adalet Bakanlığı, (n 2) 1.2.h.

²⁰⁶ OPCAT, Başlangıç.

²⁰⁷ TİHEK, (2024), ‘UÖM Raporları’, <<https://www.tihek.gov.tr/kategori/rapor/uom-raporlari>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2024.

²⁰⁸ APT (n 1) 22.

3. Yargısal Denetim Mekanizmaları

Ceza infaz kurumlarında personel ve mahpus arasındaki uyuşmazlıklar yargısal denetime konu olabilmektedir. İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde mahpuslar hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararların kanun veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle şikâyet yoluyla infaz hâkimliğine başvuru yapılabilmektedir²⁰⁹.

Mahpusların şikâyetleri hususunda gereken önlemlerin ceza infaz kurumlarında ivedi olarak alınması ve mahpusların ilk olarak şikâyete konu işlem ve faaliyetlere karşı öncelikle tutulduğu kuruma başvuru yapması esastır. Şikâyet konusunun İnfaz Kanunu ve İnfaz Yönetmeliğinde sayılan ceza infaz kurumunun karar alması gereken hususlarla ilgili olması durumunda, infaz hakimliğinin infaz kurumunun yerine geçerek işlem tesis etmesi mümkün değildir. Böylesi bir durumda infaz hakimliği esasa girilmeksizin başvurunun reddine ve mahpusun dilekçesinin kurum idare ve gözlem, eğitim, disiplin veya iş yurdu kurulunca değerlendirilmesi için gönderilmesine karar vermektedir. Diğer taraftan, infaz hakimliği diğer konuların yanı sıra personel ve mahpus arasındaki uyuşmazlıkları veya ceza infaz kurumlarında yeterli personel bulunmaması nedeniyle hak kaybına uğrama durumunu veya bir talebinin reddedilmesi durumunu şikâyet konusu edebilmektedir. Kurumda yeteri kadar personel bulunmaması nedeniyle örgün eğitim gördüğü üniversitenin sınavlarına mahpusun gönderilmemesi veya ziyaretçisi ile hafta sonu görüş talebinin yeterli personel bulunmaması veya kurum güvenliği nedeniyle kurum tarafından reddedilmesi işlemleri örnek verilebilir. Bu gibi durumlarda infaz hakimliği mahpusun bir hak kaybına uğramaması için bu işlemin durdurulmasına karar verebilir. Ayrıca dosya incelemesinde; kurumda bulunan mahpus sayısını, memurların hafta sonu kaç vardiya halinde ve kaç kişi olarak çalıştıklarını, mahpusların suç profilini, neden hafta sonu görüşün kurumun güvenliğini tehlikeye düşüreceği gibi personel ve mahpus ilişkisini etkileyen konular hakkında ceza infaz kurumu idaresinden bilgi talep edebilmektedir²¹⁰.

²⁰⁹ İnfaz Hakimliği Kanunu, Kanun Numarası: 4675, Kabul Tarihi: 16.05.2001, RG 23.05.2001/24410, m.5.

²¹⁰ Muhammed Kerem Çömez, *İnfaz Hâkimliği Açısından Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Kişilerin Şikâyetlerinin Ele Alınması Süreci* (TİHEK 2022) 117-121.

Yargısal denetim mekanizmalarından ikincisi, AYM'dir. AYM, mahpusların insan hakları kapsamındaki bireysel başvurularını iki açıdan incelemektedir; ilki “kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkı” kapsamında kötü muamele yasağı ve bu yasakla bağlantılı mahpusun tutulma koşulları; diğeriye mahpusların sınırlanabilir ya da nitelikli haklarıdır. AYM kötü muamele yasağı bağlamında asgari eşiğin aşılmış olduğunu incelemektedir. Bu asgari eşik göreceli olup somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır²¹¹. AYM ayrıca tüm başvuruları Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerde veya sınırlamalarda “üçlü test” olarak ifade edilen “kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik ilkeleri” açısından değerlendirme yaparak karara bağlamaktadır. Üçlü testin uygulandığı temel haklar özel hayata saygı ve aile hayatına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve haberleşme hürriyeti olarak belirtilebilir²¹².

Ceza infaz kurumu personelinin tüm görevlerini ulusal ve uluslararası insan hakları hukuk kurallarına uygun olarak yürütmesi gerekmektedir. Bu duruma ilişkin denetim sürecinin bir parçası olarak ülkemizde iç hukuk yolunun son merci olan AYM'nin personelin hukuka aykırı tutum ve davranışları nedeniyle ortaya çıkan işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin verdiği çok sayıda ihlal kararı bulunmaktadır²¹³. Süleyman Deveci²¹⁴, Yunus Kalkan²¹⁵, Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek²¹⁶ başvurularında; ceza infaz kurumunda görevli infaz koruma memurları tarafından darbedilme ve sorumluların cezasız kalması, Temur Eskibağ ve Mehmet Rıza Eskibağ²¹⁷, Elanur Gemici ve diğerleri²¹⁸, Muazzez Babak ve Naif Babak²¹⁹, ile Ahmet Şenol ve diğerleri²²⁰ başvurularında; mahpusun

²¹¹ AYM, Tahir Canan Kararı, B.N. 2012/969, K.T. 18.9.2013, 23.

²¹² Murat Şen, *Ceza İnfaz Kurumu Uygulamaları Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararları* (TİHEK 2022) 65.

²¹³ AYM, *Kötü Muamele Yasağına Dair Emsal Kararlar* (AYM 2024) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/temel-hak-ve-ozgurluklerin-ihlaline-dair-emsal-kararlar/kotu-muamele-yasagina-dair-emsal-kararlar/kotu-muamele-yasagina-dair-emsal-kararlar/>

²¹⁴ AYM, Süleyman Deveci Kararı, B.N. 2013/3017, K.T. 16.12.2015.

²¹⁵ AYM, Yunus Kalkan Kararı, B.N. 2013/4383, K.T. 18.2.2016.

²¹⁶ AYM, Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek Kararı, B.N. 2013/8137, K.T. 20.04.2016.

²¹⁷ AYM, Temur Eskibağ ve Mehmet Rıza Eskibağ Kararı, B.N. 2014/5098, K.T. 20.12.2017.

²¹⁸ AYM, Elanur Gemici ve diğerleri Kararı, B.N. 2018/23070, K.T. 6.10.2022.

²¹⁹ AYM, Muazzez Babak ve Naif Babak Kararı, B.N. 2017/35564, K.T. 9.6.2021.

yaşam hakkının korunması için gerekli tedbirler alınmaması, Mehmet Hanefi Baki²²¹, Turan Günana²²², Raşit Konya²²³ ve Timur Demir²²⁴ başvurularında; mahpusların tek kişilik odada tutulması veya ceza infaz kurumlarının kalabalık olması gibi barınma koşullarının kötü muamele oluşturması konuları ele alınmıştır.

AYM ceza infaz kurumlarından yapılan söz konusu başvurulara yönelik değerlendirmelerinde genel olarak; mahpusların insan haklarına sahip olduğunu, Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının insan onurunun korunmasını amaçladığını, bu hakla bağlantılı olarak devlete düşen negatif ödevin mahpusların fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamaları ve pozitif ödevin her türlü tehlikeye, tehditten ve şiddetten korumak için gerekli tedbirlerin alınması ve fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yapılan ağır saldırıların cezasız kalmasına, af ya da zamanaşımına uğramasına izin vermemesi olduğunu belirtmiştir²²⁵.

Mahpusların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bağlamında yargısal denetim mekanizmalarından bir diğeri, AİHM'dir²²⁶. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) düzenlenen pek çok hak ile doğrudan ilgili olarak infaz kurumlarının rejimi ve koşullarını ve personelin hukuka aykırı tutum ve davranışları nedeniyle ortaya çıkan işkence ve kötü muamele iddialarını; AİHS madde 2 yaşama hakkı; AİHS madde 3 insanlık dışı, zalimce veya aşağılayıcı muameleye maruz bırakılmama hakkı; AİHS madde 8 özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı; AİHS madde 10 ifade özgürlüğü ve AİHS madde 14 ayrımcılık yasığı gibi haklar üzerinden incelemektedir²²⁷.

AYM gibi AİHM de kötü muamele yasığı bağlamında asgari eşğin aşılmadığını her somut olayın özelliklerini dikkate alarak muamelenin süresi,

²²⁰ AYM, Ahmet Şenol ve diğeri Kararı, B.N. 2014/16947, K.T. 22.2.2018.

²²¹ AYM, Mehmet Hanefi Baki Kararı, B.N. 2017/36197, K.T. 27.6.2018.

²²² AYM, Turan Günana Kararı, B.N. 2013/3550, K.T. 19.11.2014.

²²³ AYM, Raşit Konya Kararı, B.N. 2017/26780, K.T. 28.6.2018.

²²⁴ AYM, Timur Demir Kararı, B.N. 2018/33190, K.T. 9.5.2019.

²²⁵ AYM, Cezmi Demir ve Diğeri Kararı, B.N. 2013/293, K.T. 17.7.2014, 121; AYM, Süleyman Deveci Kararı, B.N. 2013/3017, K.T. 16.12.2015, 107-115.

²²⁶ Adalet Bakanlığı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber: Mahpus Hakları* (Adalet Bakanlığı 2019).

²²⁷ Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza İnfaz Kurumlarında İnsan Hakları Standartlarının Sağlanması Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesi ve AİHM İçtihadı* (TİHEK 2022) 34.

fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler üzerinden incelemektedir. AİHM'nin değerlendirmeye alınacak bu unsurlara, Aksoy v. Türkiye²²⁸ ve Krastanov v. Bulgaristan²²⁹ kararındaki gibi muamelelenin amacı ve kastı ile ardındaki nedeni de eklediğini ifade etmeliyiz. Ayrıca Eğmez v. Kıbrıs²³⁰ ve Selmouni v. Fransa²³¹ kararlarında kötü muamelelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği durumda meydana gelip gelmediğini de dikkate almaktadır.

AİHM tarafından verilen ihlal kararlarında cezaevi personelinin konumu, sorumlulukları, mahpuslar arası şiddet, personelin mahpuslarla iletişimi ve cezaevlerinde meydana gelen isyan, şiddet ve benzeri olaylara müdahalelerde dikkate alınması gereken temel ilke ve esaslar da ayrıntılı olarak yer almaktadır. Premininy v. Rusya²³² kararında AİHM, kendilerini savunmasız bir konumda bulan kişilerin fiziksel sağlığını korumada devletin ödevine dikkat çekmektedir. Mahpuslar arasında yaşanan şiddet vakalarında, bir mahpusun koğu arkadaşları tarafından kötü muameleye maruz kaldığı veya maruz kalma riski altında olduğunu bilip bilmediğini veya bilmesi gerekip gerekmediğini ve eğer durum böyleyse cezaevi idaresinin, resmi yetkileri dâhilinde, söz konusu istismardan ilk başvurunu korumak ve mezkûr riskleri gidermek için makul adımlar atıp atmadığını yetkililerin belirlemek zorunda olduğunu vurgulamaktadır.

AİHM ayrıca ele aldığı Gömi ve diğerleri v. Türkiye²³³ kararında ceza infaz kurumlarında şiddet potansiyeline dikkat edilmesi gerektiğini; Tali v. Estonya²³⁴, Artyomov v. Rusya²³⁵ ve Bouyid v. Belçika²³⁶ kararlarında gücün ancak kaçınılmaz olduğunda kullanılabileceğine ve aşırı olmamak zorunda olduğuna; Gladovic v. Hırvatistan²³⁷ ile Milic ve Nikezic v. Karadağ²³⁸ kararlarında misilleme niteliğinde orantısız güç kullanımında bulunulamayacağına, Korneykova ve Korney-

²²⁸ AİHM, Aksoy v. Türkiye Kararı, B.N. 30873/96, K.T. 21.12.2000, 64.

²²⁹ AİHM, Krastanov v. Bulgaristan Kararı, B.N. 50222/99, K.T. 30.9.2004, 53.

²³⁰ AİHM, Eğmez v. Kıbrıs Kararı, B.N. 30873/96, K.T. 21/12/2000, 53.

²³¹ AİHM, Selmouni v. Fransa Kararı, B.N. 25803/94, K.T. 28.7.1999, 104.

²³² AİHM, Premininy v. Rusya Kararı, B.N. 44973/04, K.T. 10.1.2011, 73.

²³³ AİHM, Gömi ve diğerleri v. Türkiye Kararı, B.N. 35962/97, K.T. 21.12.2006, 77.

²³⁴ AİHM, Tali v. Estonya Kararı, B.N. 66393/10, K.T. 13.2.2014, 59.

²³⁵ AİHM, Artyomov v. Rusya Kararı, B.N. 14146/02, K.T. 27.5.2010, 145.

²³⁶ AİHM, Bouyid v. Belçika Kararı, B.N. 23380/09, K.T. 28.9.2015, 101.

²³⁷ AİHM, Gladovic v. Hırvatistan Kararı, B.N. 28847/08, K.T. 10.5.2011.

²³⁸ AİHM, Milic ve Nikezic v. Karadağ Kararı, B.N. 54999/10 ve 10609/11, K.T. 28.4.2015.

kov v. Ukrayna²³⁹ kararında mahpusun hasta veya emziren anne gibi savunmasız olduğu durumlarda kelepçe gibi kısıtlama araçlarının kullanımının haksız bir aşağılama anlamına gelebileceğine karar vermiştir.

B. Denetimin Amacı ve İşlevselliği

Nelson Mandela Kuralları uyarınca iç ve dış denetimlerin amacı; ceza infaz kurumlarının cezai ve ıslahi hizmet amaçların yanı sıra hukuka uygun surette yönetilip yönetilmediğinden ve mahpusların insan haklarının korunup geliştirilmeye çalışıldığından emin olmaktır²⁴⁰.

CPT de bir tesisteki genel havanın dikkatle gözlemlenmesi suretiyle durumun tespit edilmesini önermektedir. Personel ve mahpus ilişkisinin sağlıklı bir zeminde ilerlemesi “*dinamik güvenlik*” olgusunun varlığına bağlıdır. CPT bu durumun önemini mahpuslar ve personel arasında çatışmaya yerine yapıcı ilişkilerin kurulmasını desteklemek suretiyle belirtmektedir. Yapıcı ilişkiler bir cezaevi ortamının doğasında bulunan gerilimin azalmasını sağlar. Bu sayede kurumdaki şiddet olaylarının ve kötü muamelenin ortaya çıkma olasılığının azalması beklenir. Dolayısıyla, personel ve mahpus arasında yapıcı ilişkilerin kurulması suretiyle oluşturulan dinamik güvenlik olgusu, bir ceza infaz kurumunun yönetimini kolaylaştıran en önemli unsurlardan biridir²⁴¹. Fiziki ve teknik güvenliğin gözetimi altında olan mahpusları tanıyan dikkatli bir personel tarafından izlenmesi suretiyle dinamik güvenlikle tamamlanması önem arz etmektedir. Bu kapsamda, denetimlerde personel-mahpus ilişkisinin üzerinde durulması ve bilhassa dinamik güvenliğin var olup olmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Nelson Mandela Kuralları uyarınca, denetimlerin işlevsel olabilmesi için denetim mekanizmalarının bazı yetkilere sahip olması gerekmektedir. Bunlar; a) alıkonulma şartları, kayıtlar dâhil mahpuslara yönelik muamele ve mahpusların sayısı, alıkonulma yerleri ve mevkileri hakkındaki tüm verilere erişim; (b) habersiz ziyaret yapma yetkisi ile ziyaret edilecek ceza infaz kurumlarını özgürce seçmek ve görüşülecek mahpusları belirleyebilmek; (c) ziyaretler sırasında mahpus ve ceza infaz kurumu personeliyle özel ve gizli görüşmeler yapmak; (d) ceza infaz kurumu idaresine ve diğer yetkili kurumlara tavsiyelerde bulunmaktır²⁴².

²³⁹ AİHM, Korneykova ve Korneykov v. Ukrayna Kararı, B.N. 56660/12, K.T. 24.3.2016, 111.

²⁴⁰ Nelson Mandela Kuralları, 83 No.lu kural.

²⁴¹ CPT Standartları, 45 No.lu Paragraf.

²⁴² ibid, 84 No.lu Kural.

Denetimlerde personel ve mahpus arasındaki ilişkinin daha iyi izlenmesi ve raporlanması için ziyaret heyetinin dikkatlice oluşturulmasına dikkat edilmelidir. Nelson Mandela Kuralları uyarınca; ziyaret heyetinin sağlık profesyonellerini kapsar mahiyette yetkin ve deneyimli müfettişlerden oluşmasına ve cinsiyetin dengeli şekilde temsil edilmesine dikkat edilmesini düzenlemektedir. Ayrıca, her inceleme sonrası dış denetime ilişkin raporların kamuya açık hale getirilmesi, yetkili mercie sunulacak şekilde bir rapor yazılması ve yetkili makamların makul sürede dış denetim sonrası verilen tavsiyeleri uygun bir biçimde hayata geçirip geçirmediğini bildirmeleri gereklilik arz eden hususlar arasındadır²⁴³.

C. Personel-Mahpus İlişkisinin Denetiminde İncelenecek Hususlar

Personel-mahpus ilişkisinin denetiminde üzerinde durulması gereken konu başlıkları bulunmaktadır. Denetimin hem bağımsız olarak nitelendirilebilmesi hem de işlevsel olabilmesi için geniş kapsamlı izleme yapmak önem arz etmektedir. Mahpuslara yönelik muamele kapsamında ilk olarak mahpusların kendi aralarındaki ve personel ve idare ile aralarındaki ilişkiler ele alınmalıdır. Bu kapsamda, personelin tutumu, yaklaşımı ve atmosfer; idarecilere erişim; güvenliğin sağlanması; dinamik güvenlik; müdahale birimlerinin rolü ve şikâyetçi olan kişilere karşı misilleme konuları araştırılmalıdır.

Ceza infaz kurumlarına ziyaret düzenleyen ekibin; personelle ilgili şu bilgileri toplaması önerilmektedir; mahpusla ilişkili personel sayısı ve oranı, personelin işe alım kriterleri, personelin eğitim seviyesi, personelin kişisel özellikleri, personelin temel ve sürekli eğitim alması, personelin maaşı, kadın personel sayısı ve personelin yetki düzeyleri, personel ve mahpusların birbirlerine hitap tarzı, personel ile mahpuslar arasındaki temas, personelin mahpuslara, amirlerine ve işlerine karşı davranışı, cezaevi müdürünün mahpuslar açısından erişilebilirliği ve cezaevi müdürünün kurum ve koğuşları ziyaret etme sıklığı²⁴⁴.

Personel-mahpus ilişkisinin denetiminde üzerinde hassasiyetle durulması gereken konulardan biri, işkence ve kötü muamele yasağına uyumdur. Eğer personel tarafından gösterilen kötü muamele vakası varsa, işkence ve kötü muamele iddiaları; gizlilik ve misillemeye karşı koruma da dâhil olmak üzere şikâyet prosedürü; kuruma/üst yönetime iletilen şikâyetlerin sayısı; vakaların

²⁴³ ibid, 85 No.lu Kural.

²⁴⁴ Hülya Üçpınar ve Nergiz Tuba Ataş, Alıkonulma Yerlerinin İzlenmesi: Cezaevi İzleme Kılavuzu (Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayını 2018) 136.

kayda geçirilmesi; vakaların belgelenmesi; kullanıldığı iddia edilen yöntem ve modeller; işkenceyle mücadele sicili; ilgili kurumlara bildirim; vakaların soruşturulması ve soruşturmaların sonuçları; genel önleme ve koruma tedbirleri konuları araştırılmalıdır. İşkenceye ve kötü muameleye karşı güvenceler kapsamında ise haklara ilişkin bilgiye erişim ve bilgilendirme; bir yakını veya başka bir üçüncü şahsı bilgilendirme hakkı; avukata erişim; doktora erişim; şikâyet prosedürünün işlevselliği; iç ve dış teftişler ve bu teftişlerin işlevselliği; tutukluluk süresi, adli gözetim ve denetim; gözaltı tutanakları ile yaşama alanının video kayıtları, özel hayatın gizliliğine saygı, kapalı devre kamera sistemi, personel müdahalelerinin video kayıtları, depolama ve erişilebilirlik gibi konulardaki diğer güvenceler irdelenmesi gereken konular arasında yer almaktadır²⁴⁵.

Kötü muameleden sakınma kapsamında personelin mevcut negatif yükümlülüğünün yanı sıra pozitif yükümlülük kapsamında mahpusların korunması da gerekmektedir. Nitekim kurum personelinin görevleri arasında sorumlu oldukları mahpusları, onlara zarar vermek isteyen diğer mahpuslardan koruma sorumluluğu yer almaktadır. Bu bağlamda mahpuslar arası şiddet vakaları mevcutsa, söz konusu vakalara ilişkin iddialar; gizlilik ve misillemeye karşı koruma da dâhil olmak üzere şikâyet prosedürü; kuruma yöneltilen şikâyetlerin sayısı; vakaların kayda geçirilmesi; vakaların belgelenmesi; kullanıldığı iddia edilen yöntem ve modeller; vakaların soruşturulması ve soruşturmaların sonuçları; zil çağrı ve alarm sistemleri, güvenlik kamerası sistemleri ve infaz ve koruma memurlarının rolü de dâhil olmak üzere genel önleme ve koruma tedbirleri konuları araştırılmalıdır²⁴⁶.

Mahpuslara yönelik muamele kapsamında; onaylanmış ve mevcut araçlar; prosedür, tür ve süre, sıra; hukuka uygunluk, gereklilik ve orantılılık; sağlık muayenesi; vakaların bildirilmesi, kayda geçirilmesi; kurum idaresinin ve diğer mercilerin bilgilendirilmesi konularında “*güç, özel araçlar ve kısıtlama araçlarının kullanımı*”, cezaların gerekçeleri ve çeşitleri, istatistikler; disiplin prosedürü; usulle ilgili güvenceler, sürece şahsen katılım, görüşlerini ifade etme imkânı, hukuki destek, kararların yazılı olarak açıklanması; vakaların kayda geçirilmesi; itiraz usulü; tek başına hücre cezası verilmesi durumunda: ortalama süresi, sağlık personelinin rolü, ceza olarak tek kişilik odaya konulma durumunda oda-

²⁴⁵ Avrupa Konseyi, *Kamu Denetçiliği Kurumu ve Ulusal Önleme Mekanizması için Ceza İnfaz Kurumu İzleme El Kitabı* (Avrupa Konseyi 2022).

²⁴⁶ Trevor Stevens, Marcin Kusy, Jörg Pont ve Mehmet Özkan Aslıpek, *Ceza İnfaz Kurumu İzleme Araçları* (Avrupa Konseyi 2020) 22.

ların fiziki koşulları, yiyecek ve suya erişim, gündelik düzen ve faaliyetler ve her türlü sınırlama, hücre hapsi ve uzun süreli hücre hapsi; resmî ve gayiresmî cezalar konularında “*disiplin tedbirleri*”, sebepler ve gerekçeler; usul; sağlık personelinin rolü; süre; vakaların kayda geçirilmesi; itiraz usulü; tek kişilik oda-ya konulma durumunda fiziki koşullar, yiyecek, su ve ilaca erişim; gündelik düzen ve faaliyetler, her türlü sınırlama; hücre hapsi ve uzun süreli hücre hapsi; resmî ve gayiresmî cezalar konularında “*mahpusların disiplin dışındaki sebeplerle ayrılması*”, gayiresmî sınıflandırma; eşit muamele ve ayrımcılık; kurum idaresinin rolü, yönetim biçimi üzerindeki etki; incinebilir gruplara mensup mahpusların korunmasına yönelik tedbirler konularında “*imtiyaz sistemi ve suç alt-kültürü*”, alternatif tarama yöntemlerinin varlığı; usul; hukuka uygunluk, gereklilik, makullük ve orantılılık; detaylı vücut araması, ekipman ve ayrımcılık konularında “*üst araması*”, sayı ve yer; kullanıcılar, kullanıcıların/ziyaretçilerin kaydı; görüşmelerin sesli/görüntülü kaydı ve depolama konularında “*sorgu odaları*”, sebepler, usul ve süre konularında “*çeşitli kurumlara geçici nakil*” konu başlıkları da detaylıca irdelenmelidir²⁴⁷.

Sonuç

Modern infaz sistemi, uluslararası insan hakları hukuku standartları, Anayasa ve İnfaz Kanunu’nun amir hükümleri dikkate alındığında devletin ceza infaz kurumlarında özgürlüğü hilafına tutulan mahpuslara iyi yönetim ve iyi düzen ilkeleri çerçevesinde hizmet sunması gerekmektedir. Mahpusun pişmanlık duygusunu pekiştirme ve caydırıcılığı sağlamanın yanı sıra maddi ve manevi varlığının güçlenmesi için uygun koşulları oluşturma, yeniden suç işlemesini önleyici ıslah politikaları üreterek toplumu suça karşı koruma, sorumlu bir kişi olarak toplum yaşamına hazırlama ve yeniden sosyalleşmesini teşvik etme devletin hizmet anlayışının amaçları ve yükümlülükleri arasındadır.

Hapsedilmenin özünün “*özgürlükten yoksun bırakma*” olduğu dikkate alınarak, yönetim esası mahpuslara bir “*emanet*” gözüyle bakılması ve bakımı altındaki kişilere “*ilave mahrumiyetler dayatmama*” ve “*infaz içinde infaz olma*” düsturunun benimsenmesine dayanmalıdır. Devletin bir ceza infaz kurumunu etkili ve verimli yöneterek üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirebilmesi personel ve mahpus ilişkisinin doğasına bağlıdır. Dolayısıyla ceza infaz kurumlarının fiziksel yönlerinden ziyade insani boyutunun ne kadar önemli

²⁴⁷ Avrupa Konseyi, *Sivil İzleme Kurullarının Etkinliğinin Avrupa Standartları Doğrultusunda Artırılması Projesi: Uluslararası Standartlar* (Avrupa Konseyi 2021).

olduğu bu çalışmada ortaya konulmuştur. Bir ceza infaz kurumundaki en önemli iki insan grubu mahpuslar ve onların bakım, güvenlik, sağlık ve refahından sorumlu personeldir. Bir ceza infaz kurumunun iyi yönetilmesi bu iki grup arasındaki ilişkinin doğru zeminde kurulmasına bağlıdır. Bu iki grubun ortak insanlıklarını tanıyıp gözetmeleri nezih ve insani bir ceza infaz kurumunun en önemli ölçüsüdür. Bir başka ifadeyle; güvenli, iyi yönetilen ve insani bir ceza infaz kurumu sistemi personelin mahpuslarla ilişkisinin muhtevasına bağlıdır.

Ceza infaz kurumlarında yönetimi en zor alanlardan birini oluşturan personel-mahpus ilişkisinde dinamik güvenlik olgusunun varlığı iyi yönetim varlığının en büyük emarelerinden biri olarak belirlenmiştir. Personel ve mahpus arasında çatışma yerine yapıcı ilişkiler kurulduğunda gerilimin ve bu sayede şiddet olaylarının ve kötü muamelenin ortaya çıkma olasılığının azalması beklenmektedir. Bu nedenle personel-mahpus ilişkisinin doğru zeminde veya olumlu düzeyde seyri etkileyen faktörleri içselleştirmek, bir kültür haline getirmek önemlidir.

Personel-mahpus ilişkisinin doğru zeminde kurulması bu yöndeki uluslararası insan hakları hukuku standartlarında yer alan kural ve ilkelerin benimsenmesine ve içselleştirilmesine bağlıdır. Bu noktada, ceza infaz kurumlarında uluslararası insan hakları hukuku standartları tüm dünyadaki iyi ve kötü uygulama örneklerinden deneyimlenerek ortaya konulduğu hatırd tutulmalıdır. BM, Avrupa Konseyi gibi örgütlerin üye devletleri, örgütlerin yayımladığı ve hayata geçirilmesinin önemini vurguladığı belgelerin içeriğini dikkate almalıdır. Personel-mahpus ilişkisine ilişkin öncül uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan standartlar dikkate alınarak personel-mahpus ilişkisini etkileyen ve denetim mekanizmalarınca da irdelemesi gerektiği ortaya konulan faktörler; *“personelin işe alınma ve seçim kriterleri”*, *“personel sayısı, çeşitliliği ve uzmanlığı”*, *“ceza infaz kurumu idaresinin hizmet anlayışı”*, *“personelin mesleki gelişimi, çalışma şartları, mali koşulları ve özlük hakları”*, *“personelin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkeler”*, *“personelin alması gereken eğitimin niteliği”*, *“mahremiyet ilkesi ve hassas gruplar”* şeklinde belirlenmiştir.

Personelin işe alınma ve seçim kriterleri bağlamında; ceza infaz idaresindeki karmaşık işin niteliklerine uygunluk, maksimum faydayı sağlayacak adayın seçilmesine özen gösterilmesi, personel seçiminde ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine uyulması, personelin cezaevi hizmetlerinde çalışması için gerekli olan *“motivasyon, esneklik, atılganlık, mesleki ehliyet, olgunluk, derinlemesine düşünme kapasitesi, insancılık, dürüstlük, takım çalışması ve sosyal beceriler ve*

iletişim becerileri” gibi kişisel beceri ve değerlerin dikkate alınması, adil ve şeffaf bir seçim süreci ileletilmesi, farklı şüpheli ve suçluların özel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte personel çeşitliliği teşvik edilmesi gibi standartların geliştirildiği anlaşılmıştır.

Ceza infaz kurumlarında personel-mahpus ilişkisinin olumlu seyri ile personelin sayısının yeterliliği, çeşitliliği ve cinsiyet dengesi arasında doğrudan bir ilişki mevcuttur. Personel sayısının azlığı; personel ve mahpuslar için daha güvensiz bir ortam oluşmasına yol açmakta, fazla mesai, personelin hızlı yorulması ve cezaevi ortamının doğasında bulunan gerilimin artmasına yol açmaktadır. Özellikle çocukların ve kadınların bulunduğu kurumlarda kadın ve erkek personelin bir arada bulunmasının kötü muameleye karşı alınabilecek önlemlerden biri olduğu belirtilmelidir. Ceza infaz kurumlarındaki hizmetleri en iyi şekilde yansıtmak uzmanlık alanlarının çeşitliliği de önemlidir. Doktor, dış tabibi, pedagoğ, psikiyatr, psikolog, sosyolog, sosyal çalışmacı, öğretmen ve meslek eğitimcisi gibi uzman personelin çalışmalarının teşvik edilmelidir.

Tatminkâr bir personel-mahpus ilişkisi zemini ceza infaz kurumu idaresinin iyi yönetim ilkeleri çerçevesinde yürüteceği hizmet anlayışına ve personelin yaklaşımına bağlıdır. Ceza infaz kurumlarının iyi yönetim ilkelerine uyarınca idaresi, hem ceza infaz kurumlarında insan hakları ihlallerinin yaşanmasını hem de tatminkâr bir personel-mahpus ilişkisi zemininin kurulmasını kolaylaştıracaktır. Cezaevi hizmetleri, halkın gözünde bu işin öneme havi *“sosyal bir hizmet”* olduğu bilinciyle ve kurum personeli her daim *“mahpuslara örnek olacak tarzda”* ve *“saygınlıklarına yaraşır”* şekilde hareket etmelidir. Hizmet sunumunda hem personele hem de mahpuslara danışılması ve olumlu bir iletişim kanalının açık olması da önem arz eden hususlardandır. Yine, personelin kapalı ve izole bir ortamda çalışmalarından kaynaklı olarak zamanla personelin dar ve katı hale gelme riskine karşı önlemler geliştirilmelidir.

Personelin çalışma şartları, mali koşulları ve özlük hakları, mahpusların refah ve bakımını en yüksek düzeyde sağlayacak şekilde uygun ve yeterli olmalıdır. Kaliteli personelin işte tutulması, personelin mesleki gelişimine kayda değer önem verilmesi ve personelin rollerini yerine getirmelerine yardımcı olacak desteğin sunulması önem arz etmektedir. Örneğin ülkemizde bilhassa ceza infaz kurumu personelinin 4/5’ini oluşturan infaz ve koruma memurlarının mesleği istihdam ve güvence arayışı nedeniyle tercih etmeye devam etmesi, personelin zorlu sosyo-ekonomik şartlarda çalışmak durumunda kalması, *“Emniyet ve Güvenlik”* sınıfında yer alan diğer mesleklerin özlük haklarına sahip

olamamaları, sağlık çalışanları ve öğretmenlik gibi diğer mesleklere duyulan saygılıktan yoksun olunması, sözleşmeli ve kadrolu infaz ve koruma memurları arasındaki ayırım ve bu ayırma dayalı ücret farklılığı gibi sorunların çözümüne yönelik adımlar hızlandırılmalıdır.

Ceza infaz kurumu personelinin bağımsızlığı, adilliği ve yetkinliği gibi etik ilkelere uluslararası insan hakları hukuku standartlarında yer almaktadır. Güçlü bir etik bağlam oluşturarak ceza infaz kurumları yönetilmelidir. Etik bağlamdan yoksun bir biçimde personele mahpuslar üzerinde hatırı sayılır yetki verilmesi gücün kötüye kullanılması ve insan hakları ihlalleriyle sonuçlanabilir. Bu bağlamda, mahpusun işlediği suçun türü de dâhil olmak üzere herhangi bir ayrımcılık gözetilmemesi, mahpusun her şeyden önce bir insan olarak görülmesi, personelce alınan eğitim ve edinilen tecrübe sonucunda sahip olduğu bilgi, birikim, vasıf, beceri ve teknik uzmanlığın cezaevi hizmetlerine yansımaları önem arz eden hususlardandır.

Ceza infaz kurumu personelinin görevlerini “profesyonel” bir şekilde yerine getirmesi ancak yeterli bir eğitimle mümkündür. Eğitim, profesyonel kimliği teşvik etmeli ve kuruluşun kültürünü geliştirmelidir. Eğitimde, mahpusların insanlık onurunu ihlal etmeyen muamele vurgulanmalı, personel-mahpus ilişkisinin önemi üzerinde durulmalıdır. Karar alıcı mekanizmasında bulunanlar, ceza infaz kurumu personelinin yürüttüğü önemli toplumsal hizmet konusunda toplumu aydınlatmalı ve medyanın ilgisini teşvik etmelidir.

Ceza infaz kurumu idaresi, hassas gruplar karşısında ihtiyatlı ve özenli bir yaklaşım sergilemeli; çocuk, genç, kadın, azınlık, yabancı uyruklu, yaşlı ve engelli mahpuslar ile diğer korunmasız durumda olabilecek mahpusların özel ihtiyaçlarına duyarlı olmalıdır. Eşitlik ilkesinin hayata geçmesi için makul düzenlemeler yapılmalıdır.

Ceza infaz kurumlarının cezai ve ıslah edici amacını birlikte güdecek şekilde yönetilip yönetilmediği, personel-mahpus ilişkisinin sağlıklı bir zeminde ilerleyip ilerlemediği ve bilhassa dinamik güvenliğin var olup olmadığı ancak bağımsız bir denetimle mümkündür. Personelin tutumu, yaklaşımı ve atmosfer; idarecilere erişim; güvenliğin sağlanması; dinamik güvenlik; müdahale birimlerinin rolü ve şikâyetçi olan kişilere karşı misilleme, kötü muamele yaşama uyum, disiplin prosedürleri, arama gibi konular irdelenmesi gereken alanlar olarak belirlenmiştir.

Kaynakça

- Adalet Bakanlığı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber: Mahpus Hakları* (Adalet Bakanlığı 2019).
- , *İHEP* (Adalet Bakanlığı 2021).
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Ceza İnfaz Kurumu İstatistikleri 2022 Haber Bülteni Yayınlandı' <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cte-istatistikleri-bulteni29092022032841>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.
- AİHM, Aksoy v. Türkiye Kararı, B.N. 30873/96, K.T. 21.12.2000.
- , Artyomov v. Rusya Kararı, B.N. 14146/02, K.T. 27.5.2010.
- , Batı ve diğerleri v. Türkiye Kararı, B.N. 33097/96-57834/00, K.T. 3.6.2004.
- , Bouyid v. Belçika Kararı, B.N. 23380/09, K.T. 28.9.2015.
- , Eğmez v. Kıbrıs Kararı, B.N. 30873/96, K.T. 21/12/2000.
- , Gömi ve diğerleri v. Türkiye Kararı, B.N. 35962/97, K.T. 21.12.2006.
- , Gladovic v. Hırvatistan Kararı, B.N. 28847/08, K.T. 10.5.2011.
- , Khamtokhu ve Aksenchik v. Rusya Kararı, B.N. 60367/08 ve 961/11, K.T. 24.1.2017.
- , Khoroshenko v. Rusya Kararı, B.N. 41418/04, K.T. 30.6.2015.
- , Korneykova ve Korneykov v. Ukrayna Kararı, B.N. 56660/12, K.T. 24.3.2016.
- , Krastanov v. Bulgaristan Kararı, B.N. 50222/99, K.T. 30.9.2004.
- , McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, B.N. 19009/04, K.T. 13.5.2008.
- , Milic ve Nikezic v. Karadağ Kararı, B.N. 54999/10 ve 10609/11, K.T. 28.4.2015.
- , Murray v. Hollanda Kararı, B.N. 10511/10, K.T. 10.12.2013.
- , Premininy v. Rusya Kararı, B.N. 44973/04, K.T. 10.1.2011.
- , Pretty v. Birleşik Krallık Kararı, B.N. 2346/02, K.T. 29.4.2002.
- , Selmouni v. Fransa Kararı, B.N. 25803/94, K.T. 28.7.1999.
- , Tali v. Estonya Kararı, B.N. 66393/10, K.T. 13.2.2014.
- Akbulut B, Demirkol N ve Turan, T. Y. İnfaz Hukuku (2. Baskı, Adalet 2023).
- Albayrak Ş, *Tüm Yönleriyle Mahremiyet* (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 2022).
- APT, *Hapishanelerde Güvenlik ve İnsan Onuru Dengesi: Önleyici İzleme İçin Bir Çerçeve* (Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği ve Türkiye Hapishane Çalışmaları Merkezi 2013).
- , *Monitoring Places of Detention: A Practical Guide* (APT 2004).
- , *Monitoring Places of Detention: A Practical Guide for NGOs* (OSCE, ODIHR ve APT 2002).

- Aras B, 'Hükümlü ve Tutukluların İnsan Onuruna Uygun Koşullarda Barınma Hakkı', (2022), 4(2), Yaşar Hukuk Dergisi, 5-59.
- Aras B ve Güverçin S, *İnfaz Hukuku* (2. Baskı, Yetkin 2024).
- Artuk ME, 'Güvenlik Tedbirleri', (2008), 12(1-2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 461-492.
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet 2023).
- Avrupa Konseyi, *Sivil İzleme Kurullarının Etkinliğinin Avrupa Standartları Doğrultusunda Artırılması Projesi: Uluslararası Standartlar* (Avrupa Konseyi 2021).
- , *Kamu Denetçiliği Kurumu ve Ulusal Önleme Mekanizması için Ceza İnfaz Kurumu İzleme El Kitabı* (Avrupa Konseyi 2022).
- , (2024). 'Protecting and Understanding Human Rights', <<https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- , (2024). 'Standards and tools', <<https://www.coe.int/en/web/cpt/standards>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- AYM, Adem Erden Kararı, B.N. 2015/4032, K.T. 23.1.2019.
- , Cezmi Demir ve Diğerleri Kararı, B.N. 2013/ 293, K.T. 17.7.2014.
- , Esas Sayısı: 1970/42, Karar Sayısı: 1971/30.
- , Esas Sayısı: 2005/86, Karar Sayısı: 2010/111, K.T. 8.12.2010.
- , Tahir Canan Kararı, B.N. 2012/969, K.T. 18.9.2013.
- , Turan Günana Kararı, B.N. 2013/3550, K.T. 19.11.2014.
- Başçıl H, 'İşyeri Hekimliğinde Mesleki Bağımsızlık', (2003), 4(14), TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, 15-22.
- Benli A ve Şahin L, 'İnsan Kaynakları Yönetiminde İşgören Bulma ve Seçme: Çınar Hotel Uygulaması', (2004), 2004 (1), Bilgi Sosyal Bilimler Dergisi, 113-124.
- Bennett P ve Shuker R, 'Improving Prisoner-Staff Relationships: Exporting Grendon's Good Practice', (2010), 49(5), The Howard Journal, 491-502.
- CAT, *Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention Concluding observations of the Committee against Torture to Bulgaria* (CAT 2011).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (12. Bası, Beta 2023).
- Coyle A, *Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for prison staff Second edition* (International Centre for Prison Studies 2009).
- Crewe B, Schliehe A ve Przybylska DA, 'It causes a lot of problems: Relational ambiguities and dynamics between prisoners and staff in a women's prison', (2023), 20(3), European Journal of Criminology, 925-946.

- CTE, (2024), 'Ceza İnfaz Kurumlarımız: Genel Bilgi', <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.
- CTE, (2024), 'Personel Durumu', <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/personel-durumu>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2024.
- Çiftçi M ve Öztürk UC, 'Yetkinlik Bazlı Personel Seçme Faaliyetleri ve Türkiye'deki Büyük Ölçekli İşletmelerin İşgören Seçme Modeli Tercihlerindeki Eğilimler', (2013), 13(25), Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 145-172.
- Çömez MK, *İnfaz Hâkimliği Açısından Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Kişilerin Şikâyetlerinin Ele Alınması Süreci* (TİHEK 2022).
- Demirbaş T, 'Cezaevleri Gerçeği', (2000), 2000(1), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan), 235-247.
- Demirbaş T, *İnfaz Hukuku* (9. Baskı, Seçkin 2023).
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar* (1. Cilt, Yargıtay Başkanlığı 2012).
- Erdogan O, 'Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası ve İyi Yönetim İlkeleri Üzerinden Yerel Yönetimlerde Reform', *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2020), 10(1), 221-242.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Beta 2023).
- KDK, 'Özel Sayı 1: Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri', (2018), 2018(1), Akademik Ombudsman Dergisi, 1-402.
- Karakul S, 'İyi Yönetim ve İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler', (2018), 2018(1), Akademik Ombudsman Dergisi, 27-55.
- Kılıç M, *İnsan Hakları ve Ceza Adalet Sistemi Açısından Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesi Sempozyumu Tebliğ Kitabı Açılış Konuşması* (TİHEK 2022).
- Köksal TD, *Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesinde Baroların Rolü* (TİHEK 2022).
- Liebling A, 'Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited', (2011), 8(6), European Journal of Criminology, 484-499.
- Liebling A, Arnold H ve Straub C, *An exploration of staff - prisoner relationships at HMP Whitemoor: 12 years on Revised Final Report* (Cambridge Institute of Criminology Prisons Research Centre 2011).
- Mandela N, 'Speech by President Nelson Mandela at the official launch of the re-training and human rights project of the Department of Correctional Services', Kronstad, 25 Haziran 1998. <<https://www.sahistory.org.za/archive/speech-president-nelson-mandela-official-launch-re-training-and-human-rights-project>> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2024.
- Özbek VÖ, *İnfaz Hukuku* (18. Baskı, Seçkin 2024).
- Özgenç İ ve Şahin C, *İnfaz Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2023).

- Özgenç İ ve Üzülmüş İ, *Ceza Genel Hukuku* (5. Baskı, Seçkin, 2022).
- Özkaral M ve Çılgın H, 'Kamu Denetçiliği Kurumu İyi Yönetim İlkeleri Bağlamında Yönetimde Etik Paradigmasının Yerleşmesi Üzerine Bir Araştırma', (2020), 7(12), *Ombudsman Akademik Dergisi*, 129-154.
- PRI ve EHRC, *Essex paper 3: Initial guidance on the interpretation and implementation of the UN Nelson Mandela Rules* (PRI ve EHRC 2017).
- Sisli M, 'Uluslararası ve Ulusal Hukuk Çerçevesinde Özgürlüğünden Mahrum Bırakılan Engellilerin Tutulma Koşulları', (2019), 2019(2), *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, 79-105.
- SPT, *Fourth annual report of the Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: Forty-sixth session 9 May-3 June 2011* (SPT 2011).
- Stevens T, Kusy M, Pont J ve Aslıpek MÖ, *Ceza İnfaz Kurumu İzleme Araçları* (Avrupa Konseyi 2020).
- Şen M, *Ceza İnfaz Kurumu Uygulamaları Bağlamında Anayasa Mahkemesi Kararları* (TİHEK 2022).
- Şık H, *Ceza İnfaz Kurumu Uygulamaları ve Denetiminde Savcılığın Rolü: İnsan Hakları Bağlamında Bir İnceleme* (TİHEK 2022).
- TDK, (2024), 'Sözlük', <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2024.
- TİHEK, *İnsan Hakları ve Ceza Adalet Sistemi Açısından Ceza İnfaz Kurumlarının İzlenmesi Sempozyumu Tebliğ Kitabı* (TİHEK 2022).
- , *Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu* (TİHEK 2022).
- , *Gölbashi K1 Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023).
- , *Hakkâri Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023).
- , *Kars T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2022).
- , *Yozgat 2 No.lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Ziyareti Raporu* (TİHEK 2023).
- , 'UÖM Raporları', <<https://www.tihok.gov.tr/kategori/rapor/uom-raporlari>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2024.
- Tüfek R, *Ceza İnfaz Kurumlarında Sağlık Hakkı* (Yetkin 2024).
- UNODC, *Handbook for prison leaders: A basic training tool and curriculum for prison managers based on international standards and norms* (UNODC 2010).
- , *Handbook on Prisoners with special needs* (UNODC 2009).
- Urgan G, 'Avrupa Konseyi'nin Cezaevi ve Denetimli Serbestlik Hizmetleri Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine İlişkin Kılavuzlar', (2021), 29(1), *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 21-56.

- , 'Ceza İnfaz Kurumlarında Yürütülen İslah Faaliyetlerinin Başarısı İçin Temel Bir Unsur: Nitelikli Personel Eğitimi', (2023), 2023(71-2), Adalet Dergisi, (Cumhuriyet'in 100. Yılı Özel Sayısı), 1087-1118.
- Üçpınar H ve Ataş NT, Alıkonulma Yerlerinin İzlenmesi: Cezaevi İzleme Kılavuzu (Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayını 2018).
- Yazar E, 'Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisinde Eğitimin Rolü: İnsan Hakları Hukuku Açısından Bir Değerlendirme', (2022), 2022(2), Suç ve Ceza Dergisi, 291-336.
- , 'Ceza İnfaz Kurumlarında Tutulan Mahpusların İnsan Hakları: Cumhuriyet'in İlanının 100. Yılında Tamamlanan İnsan Hakları Eylem Planı Kapsamındaki Gelişmeler', (2023), 2023(1), Suç ve Ceza Dergisi, 73-133.
- , 'Vatandaşlıktan Yoksun Bırakmada Gözetilmesi Gereken İlkeler: İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme', (2023), 2023(1), Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 165-219.
- Yumak S, *Türk İnfaz Hukukunda Kadın Hükümlü ve Tutuklulara Ayrıcalıklı Uygulamalar* (TİHEK 2022).
- Yücel YG, *Kilidin Öte Tarafı Gardiyanlar* (İletişim 2017).

Mevzuat

Uluslararası Mevzuat:

AİHS.

Avrupa Cezaevi Kuralları.

Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası.

Bangkok Kuralları.

Cezaevi Personelinin Etik Kuralları.

Cezaevi Personelinin İşe Alımı, Seçimi, Eğitimi ve Mesleki Gelişimine Dair İlkeler.

CPT Standartları.

Havana Kuralları.

Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunmasına İlişkin Prensipler Bütünü.

İstanbul Protokolü.

Nelson Mandela Kuralları.

OPCAT.

Pekin Kuralları.

Ulusal Mevzuat:

Avukatlık Kanunu.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği.

İnfaz Hakimliği Kanunu.

İnfaz Kanunu.

İnfaz Yönetmeliği.

KDK Kanunu.

Kontrolörler Yönetmeliği.

Sivil İzleme Kurulları Kanunu.

TİHEK Kanunu.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

Ziyaret Yönetmeliği.

Koşullu Salıverme Süresinden Fazla Tutuklu Kalma Halinde CMK m. 141 Uyarınca Tazminat Ödenmesi Özelinde Tazminat Nedenleri Konusunda Beliren Sorunlar^(*)

Öğr. Gör. Dr. Erçağ METİNER^(**)

Öz

Koruma tedbirlerinin bireylerin temel hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale etmesinden dolayı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda her koruma tedbirine hangi koşullarda başvurulabileceği ayrı ayrı ve açıkça düzenlenmiştir. Koruma tedbirlerinin, kanunda belirlenen koşullar gerçekleşmeden hukuka aykırı bir şekilde uygulanması sonucunda, bu tedbirlere maruz kalan kişilerin maddi ve manevi zararlarla karşılaşması mümkündür. CMK'da koruma tedbirleri sebebiyle tazminat istenebilecek haller sınırlı/tahdidi olarak sayılmıştır. Bu haller dışında tazminat talep edebilmek mümkün değildir. Bu çalışmamızda CMK'da ve diğer kanunlarda açıkça düzenlenmediği için koşullu salıverme süresinden fazla tutuklu kalma halinde kişilere tazminat ödenip ödenmeyeceği hususu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Koruma Tedbirleri, Tazminat, Haksızlık, Tutuklama, Koşullu Salıverme.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 24.05.2024.

Atıf Şekli: Erçağ Metiner, 'Koşullu Salıverme Süresinden Fazla Tutuklu Kalma Halinde CMK m. 141 Uyarınca Tazminat Ödenmesi Özelinde Tazminat Nedenleri Konusunda Beliren Sorunlar' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 165, 217.

DOI: 10.52273/sduhfd..1465944.

^(**) Kırıkkale Üniversitesi, Fatma Şenses Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Büro Hizmetleri ve Sekreterlik Bölümü, Mahkeme Büro Hizmetleri Programı, Kırıkkale, Türkiye.

E-posta: ercagmetiner@kku.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2765-5894>.

The Problems Regarding the Reasons for Compensation in Case of Arrest beyond the Conditional Release Period in Accordance with Article 141 of the CPC

Abstract

Due to the fact that protection measures directly interfere with the fundamental rights and freedoms of individuals, the conditions under which each protection measure may be applied are separately and clearly regulated in the Criminal Procedure Code No. 5271. As a result of the unlawful application of protection measures without fulfilling the conditions specified in the law, it is possible for the people subjected to these measures to face material and moral damages. In CPC No. 5271, the cases where indemnity can be requested due to protection measures are listed as limited / restricted. It is not possible to claim indemnity other than these cases. In this study, we will discuss whether indemnity will be paid to people in case of arrest beyond the conditional release period, as it is not explicitly regulated in the Criminal Procedure Code and other laws.

Keywords

Protective Measures, Indemnity, Injustice, Arrest, Conditional Release.

Extended Summary

In order for the criminal proceedings to be carried out in accordance with its purpose and for the effective implementation of the judgment given as a result of the trial, protection measures are applied during the investigation and prosecution stages. Law No. 5271 on Criminal Procedure (CPC) regulates 'Protection Measures' under the title of 'Part Four'. The main purpose of protection measures is to reach the truth in criminal proceedings and to ensure the enforcement of final decisions. Criminal proceedings are directly related to the rights and freedoms of individuals. For this reason, both the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Constitution provide individuals with guarantees against criminal proceedings. Regardless of the degree of suspicion to be sought in order to apply protection measures, these measures should not be transformed into a means of imposing punishment in advance without a trial, since they can be applied for an act that has not been committed. For this reason, the application and implementation of protection measures by judicial authorities must be subject to strict conditions. These inconveniences are balanced with the conditions of the inconvenience of delay, facilitating the execution of the decision to be rendered at the end of the trial and apparent justification. Since protection measures have the characteristic of interfering with fundamental rights and freedoms, they must be subject to certain conditions and requirements. Their characteristics other than interfering with fundamental rights and freedoms can be listed as being regulated by law, being temporary, being instrumental, being coercive (non-consensual) and being discretionary.

Arrest is the deprivation of liberty of the suspect or defendant for a certain period of time before the final judgment in order to ensure that the criminal proceedings are carried out correctly and the judgment to be rendered at the end of the trial is fulfilled, in the presence of concrete facts indicating the existence of strong criminal suspicion. Arrest is the most severe of the protection measures. This is because the person is deprived of his/her liberty even though his/her guilt is not established. A decision to arrest a suspect or defendant can only be made if there is concrete evidence showing the existence of strong suspicion of a crime and a reason for arrest. Reasons for arrest are suspicion of fleeing or hiding, destruction, concealment or alteration of evidence, or attempts to put pressure on witnesses, victims or others. Article 100/3 of the CPC No. 5271 stipulates that if there are strong grounds of suspicion that the crimes listed in Article 100/3 of the CPC No. 5271 have been committed, the grounds for arrest are deemed to exist directly. No arrest warrant may be issued for any other purpose other than the purposes and reasons specified in the CPC No. 5271. Pursuant to Article 100 of the CPC No. 5271; in order to issue an arrest warrant, the importance of the case, the expected punishment and security measure must be proportionate and proportionate to the arrest.

In cases where judicial control is sufficient for crimes that require only a judicial fine or for crimes with an upper limit of imprisonment of no more than two years, except for crimes committed against bodily immunity, arrest cannot be ordered if the punishment to be imposed is not proportionate to arrest due to the importance of the case.

Since arrest is the most severe measure among the protection measures and has the same consequences as imprisonment, the arrest of the suspect in the investigation phase is decided by the criminal judge of peace upon the request of the public prosecutor, and the arrest of the defendant in the prosecution phase is decided by the court upon the request of the public prosecutor or ex officio. Arrest warrants must be justified. CPC attaches great importance to the justification of arrest decisions.

During the investigation phase, the criminal judge of peace, upon the request of the public prosecutor, will decide whether the suspect's arrest should be continued during the time the suspect is in the remand center and at the latest within thirty-day periods, taking into account the provisions of Article 100 of the CPC, by hearing the suspect or his/her defense counsel. The judge or court will decide whether or not to continue the arrest of the defendant in the remand center at each session or, if circumstances so require, between sessions or automatically within a period of thirty days at the latest.

Under Article 141/1, 141/3 and 323/3 of the CPC No. 5271, people who have suffered damages in limited cases may claim all kinds of material and moral damages from the State. It is not possible to claim indemnity other than these cases listed in the Law. Article 144/1 of the CPC regulates the persons who cannot claim indemnity. Article 141/2 of the CPC No. 5271 regulates the notification of the right to indemnity to the relevant person. A person who has been subjected to an unjust or unlawful protection measure should know that he/she can claim indemnity from the State. Pursuant to Article 141/1 of the CPC, persons who have suffered damages due to the protection measures listed in this article may claim indemnity. The defendant in lawsuits to be filed due to protection measures is the State. The lawsuit is filed against the Treasury representing the State. The lawsuit for indemnity may be filed within three months following the notification of the finalization of the decision or judgment to the person concerned, and in any case within one year following the date of finalization of the decision or judgment. The court in charge of the indemnity case arising from the protection measures is the heavy criminal court. The competent court is the court where the injured person resides.

Conditional release refers to the release of a prisoner upon completion of a certain part of the sentence that restricts his or her liberty, by a decision of the competent authority, provided that he or she does not commit intentional crimes during the remaining term of the sentence and complies with the conditions set.

Nowadays, conditional release is recognized as an important institution that aims to reduce the negative effects on convicts, especially those sentenced to long-term imprisonment, and to ensure the social rehabilitation of these individuals, encouraging the convict to be of good behavior. Conditional release is a practice in which convicts are released before completing their sentences. An advantage of this program is that convicts return to society earlier and at the same time are rehabilitated, reducing the likelihood of recidivism. The conditions for conditional release are that part of the sentence which has been served and good behavior. Conditional release is decided by the execution judge where the execution procedures are carried out. The sentence of the convict who spends the supervision period in accordance with his obligations and

in good behavior is deemed to have been executed. On the contrary, if the conditionally released convict commits an intentional crime that requires imprisonment during the supervision period or insists on not complying with the obligations imposed on him despite the warning of the execution judge, the conditional release decision is revoked.

In the event that the person stays in the remand center for a longer period of time due to the inability to benefit from conditional release due to a long period of pre-trial arrest; indemnity should not be claimed under Article 141/1-f of the CPC. In such a case, indemnity should be claimed for the unlawfulness of the arrest due to the violation of the principle of proportionality and proportionality due to Article 141/1-a of the CPC, or for exceeding the reasonable period of arrest due to Article 141/1-b.

Giriş

Koruma tedbirleri; ceza yargılamasının amacına uygun bir şekilde yürütülebilmesi ve yargılama sonucunda verilen hükmün etkin bir şekilde uygulanabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uygulanan tedbirlerdir. Tedbirler, doğrudan doğruya temel hak ve hürriyetlere el atma niteliği taşıdığından dolayı, bu tedbirler kanunda ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve sıkı şartlara bağlanmıştır. Şartların gerçekleşmemesi veya ilk etapta haklı gibi görünmesine rağmen, yargılama sürecinin sonunda bu tedbirlerin haksızlığının anlaşılması durumunda, bu tedbirlere tabi tutulan kişilerin maddi ve manevi zararlarla karşılaşabilirler¹. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, Devlet, kurumları aracılığıyla gerçekleştirdiği herhangi bir hukuka aykırı eylem veya işlem sebebiyle meydana gelen gerek maddi gerekse manevi zararları karşılamakla mükelleftir.

Koruma tedbirlerinden meydana gelen zararların giderilmesi, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda" da (CMK) düzenlenmiştir. CMK, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, aynı tarihte yürürlüğe giren "5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un" 18. maddesi ile "466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır. 5271 sayılı CMK'nın yedinci bölümünde "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlığı altında 141. maddesinde "tazminat nedenleri", 142. maddede "yargılama usulü", 143. maddede "tazminatın geri alınması" ve 144. maddede ise "tazminat isteyemeyecek kişiler" düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK'da "koruma tedbirleri sebebiyle tazminat" istenebilecek haller tahdidi biçimde sayılmıştır. Bu haller dışında tazminat talep edebilmek mümkün değildir. Yargıtay'ın konu hakkındaki farklı kararları da çalışmamızda ele alınacaktır. Bu çalışmamızda 5271 sayılı CMK'da ve diğer kanunlarda açıkça düzenlenmediği için koşullu salıverme süresinden fazla tutuklu kalma halinde kişilere tazminat ödenip ödenmeyeceği hususu tartışılacaktır. Diğer koruma tedbirleri kapsam dışında olduğundan sadece tutuklama tedbiri özelinde açıklamalar yapılacak olup, ayrıca kavramsal olarak koruma tedbirleri ve özellikleri, CMK'daki düzenleme kapsamında koruma tedbirleri sebebiyle tazminat ile genel hatları ile koşullu salıverme müessesesi incelenecektir.

¹ Nabi Özalp, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) (145) TBBĐ <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-145-1881>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2021.

I. Kavramsal Olarak Koruma Tedbirleri ve Özellikleri

A. Kavram

5271 sayılı CMK'da 'Dördüncü Kısım' başlığı altında 'Koruma Tedbirleri' düzenlenmiştir. Koruma tedbirlerini, ceza yargılamasında hakikate ulaşabilmek ve nihai kararların icra edilebilmesinin sağlanması, soruşturma ve kovuşturma evresinin işleyebilmesini kolaylaştırılması, yargılamanın hızlandırılması, verilecek hükmün infaz edilebilmesi, yargılama giderlerinin karşılanabilmesi, delillere veya şüpheli ya da sanığa erişilmesi amacıyla; gecikmesinde sakınca olan hallerde, görünüşte haklılık olmasına dayanılarak, temel hak ve hürriyetlerin birini ya da birkaçını ciddi düzeyde, gerekirse zor kullanılarak kısıtlayan, kanunla düzenlenen, geçici nitelikte usul işlemleri ya da araçlar biçiminde tanımlamak mümkündür².

Ceza muhakemesi hukuku normlarının uygulanabilmesi için, bir suçun işlendiğini hususunda şüphe bulunmalıdır. Dolayısıyla koruma tedbirleri, adli niteliğe sahip olan tedbirlerdir³.

Ceza muhakemesi bireylerin hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendirmektedir. Bu sebeple gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), gerekse Anayasa ceza muhakemesi işlemlerine karşı, bireylere güvenceler sağlamaktadır. Bu güvenceler soruşturma aşaması ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar devam etmektedir. Bireylerin hak ve özgürlüklerine ilişkin müdahaleler koruma tedbirlerinde daha çok ortaya çıktığı için, bu tedbirlere yönelik yapılan düzen-

² Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, İÜHFY 1978) 468; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım* (4. Baskı, İÜHFY 1984) 818; Faruk Erem, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, İŞİN 1986) 435; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özden Özyayın, Esra Akcan Alan ve Efser Erden, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2013) 445; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet 2018) 355; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2020) 313-314; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020) 280; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (11. Baskı, Seçkin 2020) 283; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020) 321; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. Bası, Beta 2022) 376; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2023) 1015; Faruk Yasin Turinay, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması' (2021) 70(2) AÜHFHD <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1348973>>, Erişim Tarihi 29 Ocak 2021. Bu yazarlar koruma tedbirlerinin farklı farklı amaçlarını öne çıkartmıştır.

³ Osman Yaşar, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, I. Cilt (9. Baskı, 2020) 667.

lemeler bir ülkenin yargı sistemi, insan haklarına verdiği değer vs. hususlarda müspet ya da menfi bir intiba edinilmesi için önemli birer ölçüt niteliği taşımaktadır⁴. Bu sebeple Anayasamızda “*koruma tedbirlerine*” ilişkin ana prensipler düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasamızda 19. maddede “*kişi hürriyeti ve güvenliği başlığı*” altında koruma tedbirlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu tedbirler temel hak ve hürriyetlere doğrudan müdahale eden, kısıtlayan ve etkileyen işlemlerdir. Bu sebeple tüm ceza muhakemesi hukuku sistemlerinde bu tedbirler belirli şartlara bağlanmıştır⁵.

Koruma tedbirlerinde esas olan tedbirlerin muhakemenin başından sona kadar hukuka uygun bir şekilde tatbik edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu tedbirlerin uygulanması sonucunda elde edilen delillerden daha çok tedbirlerin hukuka uygun uygulanmış olması önem arz etmektedir⁶.

Koruma tedbirlerine başvurabilmek için aranacak şüphenin derecesi her ne olursa olsun, (*örneğin tutuklama için her ne kadar kuvvetli suç şüphesi aransa da*) işlendiği sabit olmayan bir eylemden dolayı başvurulabilecek olması nedeniyle bu tedbirler yargılama yapılmadan peşinen bir ceza verme aracına dönüştürülmemelidir. Bu sebeple yargı makamlarının koruma tedbirlerine başvurusu ve uygulaması sıkı şartlara bağlanmak zorundadır. Koruma tedbirlerine başvurulurken gecikmesinde sakınca bulunması, yargılamanın sonunda verilecek kararın icrasını kolaylaştırması ve görünüşte haklılık koşullarıyla bu sakıncalar dengelenmektedir. Ancak bu tedbirlere acil biçimde başvurulması, bunları hürriyet-güvenlik ilişkisinde güvenliği ön planda tutan bir davranış biçiminin araçları haline getirmektedir. Burada dikkat edilecek husus temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır ve bu husus ceza muhakemesi kurallarının bütünü açısından önem arz etmektedir ancak bu önem koruma tedbirlerinde çok daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁷.

B. Koruma Tedbirlerinin Özellikleri

1982 Anayasası'nın 2. maddesi uyarınca, “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Ata-*

⁴ Ünver ve Hakeri (n 2) 321.

⁵ Friedrich-Christian Schroeder and Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (çev Salih Oktar, Yetkin 2019) 96; TURİNAY (n 2) 480.

⁶ Sami Selçuk, *Suç Yargılama Süreci Hukuku, Dogmatiği ve/ya Grameri* (1. Baskı, İmge 2022) 547; Ünver ve Hakeri (n 2) 321; Özen (n 2) 1015.

⁷ Şahin ve Gökürk (n 2) 287; Ünver ve Hakeri (n 2) 321; Turinay (n 2) 480.

türk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” Hukuk devleti olabilmenin en temel şartı temel hak ve hürriyetleri teminat altına alabilmektir. Koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetlere müdahale etme özelliği taşıdıkları için, belli koşullara ve şartlara bağlanmalıdır. Temel hak ve hürriyetlere müdahale dışındaki özellikleri; kanunla düzenlenmiş olma, geçici olma, araç olma, zorlayıcı (rıza dışı) olma ve ihtiyari olma olarak sıralanabilmektedir⁸.

1. Kanun ile Düzenlenmiş Olma

Koruma tedbirleri temel hak ve hürriyetlere henüz kesin bir mahkeme kararı olmadan müdahale etme özelliği taşıdığı için, önceden kanunlarla açık olarak belirlenmiş olması gerekmektedir⁹. Ceza yargılamasında kanunilik ilkesine en çok ihtiyaç duyulan yer koruma tedbirleridir¹⁰. Bu itibarla koruma tedbirlerinin mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Ceza muhakemesinde kanunla düzenlenmemiş bir koruma tedbiri kıyas yoluyla uygulanmaz ve koruma tedbirlerinin şartları kıyas yoluyla genişletilemez¹¹. Yine koruma tedbirlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği için, normlar hiyerarşisinde kanunun altında kalan, idarenin düzenleyici işlemleriyle, (olağan) CBK, yönetmelik ve diğer düzenleyici adsız işlemlerle, koruma tedbirleri konulamaz¹².

Uygulamada bazı yerel mahkemelerin, CMK m. 160'ı gerekçe göstererek, Cumhuriyet savcısının bazı koruma tedbirlerine tek başına karar verebileceği hususundaki kararları hatalıdır¹³.

Anayasa m. 13 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.”* Yine Anayasa m. 19 uyarınca, koruma tedbirleri mutlaka kanun ile düzenlenmelidir. 1982 Anayasası temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması hususunda umumi ve hususi olmak üzere iki tip sınırlama sebebi benimsemiştir. Umumi

⁸ Ünver ve Hakeri (n 2) 323.

⁹ Şahin ve Göktürk (n 2) 291.

¹⁰ Özen (n 2) 1016; Selçuk (n 6) 547.

¹¹ Ünver ve Hakeri (n 2) 326.

¹² Özen (n 2) 1017.

¹³ Ünver ve Hakeri (n 2) 326.

sınırlama Anayasa m.13'te düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa m. 13 temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini belirleyen bir çerçeve madde niteliğinde olup, bütün diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetlere uygulanabilir niteliktedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ancak Anayasa m. 13'te belirtilen şartlar ve sınırlar dâhilinde mümkün olabilir¹⁴.

AİHS m. 7 uyarınca kişiler haklarına müdahaleye izin veren kanunun ne olduğunu bilebilmeli veya öğrenebilmelidir. Yani kanun erişilebilir¹⁵ ve öngörülebilir¹⁶ olmalıdır. Dolayısıyla ulusal kanunlarda sözü edilen el atma dayanağını kanundan almalı, kanuna ulaşılabilir olmalı ve kanun yeterli derecede anlaşılabilir olmalıdır¹⁷. Erişilebilirlikten kast edilen kanunun açık ve yayımlanmış olmasıdır. Açık ve anlaşılır olmak, hem lisan açısından net ve anlaşılması mümkün olmak iken hem de kanunun düzenlendiği yer açısından net ve anlaşılmasının mümkün olmasıdır. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan kuralın, kural olarak CMK'da düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme akla gelmeyecek şekilde Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmesi açıklık, erişilebilirlik ve anlaşılır olma ilkesine aykırı olacaktır¹⁸.

AİHS m. 7, sanığın aleyhine olan kanunun geçmişe uygulanmasını yasaklamakla birlikte, suçların ve cezaların kanuniliğini ("*nullum crimen, nulla poena sine lege*") ve ceza hukukunda kıyas yasağı ilkesini de içermektedir. Dolayısıyla bir eylemin suç sayılabilmesi için açıkça kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Bu gereklilik, yürütme ve yargı erklerinin keyfilikliğini önleyecek, aynı zamanda kişinin hangi eylemlerinden dolayı cezalandırılacağını bildiği bir hale getirmiş olacaktır.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, "*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı*" olmamalıdır. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların kanunlara uygunluğu sadece

¹⁴ Kemal Gözler, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)' (2001) (4) Ankara Barosu Dergisi <<https://www.anayasa.gen.tr/madde13.pdf>,> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

¹⁵ Kokkinakis v Greece App no 14307/88 (ECHR, 25 May 1993) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

¹⁶ Cantoni v France App no 17862/91 (ECHR, 11 November 1996) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

¹⁷ Özcan Özbey, *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması* (Adalet 2004) 250.

¹⁸ Emrullah Ayıcı, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet 2014) 21.

şeklen değil, özünde de ilgili kanuna ama temelde evrensel hukuk normlarına ve ilkelerine uygun olmalıdır.

2. Geçici Olma

Koruma tedbirleri, adı üzerinde tedbir olmalarından dolayı belli bir amaca yöneliktir, ayrıca genellikle hüküm kesinleşinceye kadar uygulanmaktadır¹⁹. Dolayısıyla tedbirin amacı hâsıl olduğunda derhal sonlandırılmalıdır. Ancak hüküm verilinceye ya da kesinleşinceye kadar uygulanmaları gerektiği hususunda bir kural yoktur. Koruma tedbirleri geçici olduğundan, ihtiyaç halinde başvuru ancak ihtiyacın sona erdiği durumlarda sona erdirilen tedbirlerdir²⁰.

Geçici olmaları bu tedbirlere belli bir süreyle başvurulabilecek olmasındandır. Bu durum özünde araç olmanın bir sonucudur. Ayrıca kanunda koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için belli oranda bir “suç şüphesi” bulunması şartı da, bu tedbirlerin geçici olmasını zaruri hale getirmektedir²¹.

Geçici olma özelliği, başka bir tedbirin uygulanması ihtiyacı doğduğunda tedbirin sonlandırılması biçiminde ortaya çıkabilir. Örneğin yakalanan kişi hakkında, Cumhuriyet savcısının gözetimine alma kararı vermesi durumunda, yakalama tedbiri son bulur.

3. Araç Olma

Ceza muhakemesinde amaç, maddi gerçeğin hukuka uygun olarak ortaya çıkartılması olduğundan, bu amaca hizmet eden koruma tedbirleri başlı başına bir amaç değil araçtır²². Bu özellik dar anlamda araç olma ve geniş anlamda araç olma üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda araç olma, koruma tedbirlerinin ceza yargılamasının amaçlarına ulaşabilmesi için araç konumunda olmasıdır. Dar anlamda araç olma ise, bazı koruma tedbirleri, kendisinden sonra tatbik edilecek koruma tedbirine aracılık etmektedir. Örneğin, yakalama gözetimine aracılık etmektedir. Ya da gözetim, tutuklamaya aracılık etmektedir. Keza arama, elkoymadan önce tatbik edilerek elkoymaya aracı olmaktadır²³.

¹⁹ Özen (n 2) 1017.

²⁰ Ünver ve Hakeri (n 2) 323.

²¹ Caner A. Yenidünya, ‘Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Temel Özellikler’ (2019) <<https://caneryenidunya.medium.com/ceza-muhakemesinde-koruma-tedbirlerine-i%CC%87li%C5%9Fkin-temel-%C3%B6zellikler-f0f35107b92d>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

²² Özen (n 2) 1017.

²³ Ünver ve Hakeri (n 2) 323.

Koruma tedbirleri araç olmasından dolayı, başvuru tedbir ile istenilen amaç hasıl olmadığında, başka bir tedbire araç olarak başvurulabilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin kişinin firar etmesinin önüne geçmek amacıyla adli kontrol tedbiri uygulanabilir ancak kişi buna rağmen firar edebileceği hususunda şüphe uyandırırorsa, böyle bir durumda tutuklanabilir²⁴.

Yargılama sırasında uygulanan tedbirlerin araç olmasının önemli neticelerinden biri de koruma tedbirlerinin peşinen bir cezalandırma aracı olarak kullanılmamasıdır²⁵. Bu tedbirler peşinen bir ceza aracı olmayıp belli bir amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Dolayısıyla bu tedbirler tamamen ceza muhakemesine hizmet eden ve çoğu zaman bu tedbirlere başvurmadan yargılamanın yapılamayacağı araçlardır. Bu tedbirlerin amaçları dışında kullanılması kabul edilemez. Örneğin sanığın, mağdurun yakınlarından korunması amacıyla tutuklanması gibi bir husus tutuklamanın amacına aykırı olacaktır.

Araç olmanın sonucu olarak öncelikle bir amaç bulunmalı ve başvuru tedbir, bu amacı gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olmalıdır²⁶. Başvuru tedbir amacı gerçekleştirmeye elverişli olandan daha ağır veya hafif olmamalıdır. Örneğin adli kontrol araç olarak yeterli iken tutuklama kararı verilmemelidir. Esas olan amacı gerçekleştirmeye yönelik araçlardan hürriyetlere en az müdahale edecek olanı seçmeye özen göstermektir.

4. Zorlama ve/veya Rıza Dışı Olma

Koruma tedbirlerinin özü gereği zorlama niteliği bulunmaktadır. Ancak bu zorlama bütün koruma tedbirlerinde söz konusu değildir. Örneğin CMK m. 135 uyarınca telefon dinlemelerinde, CMK m. 140 uyarınca görüntü kaydı almada veya CMK m. 133 uyarınca şirket yönetimi için kayyım tayininde zor kullanılması söz konusu değildir. Bu tedbirlerde de ilgilinin rızası söz konusu değildir²⁷. Ancak bazı koruma tedbirlerine kişinin rıza gösterebileceği de düşünülebilir. Örneğin kişi üstünün veya konutunun aranmasına rıza gösterebilir. Ancak burada bile kişi çoğu zaman aklanmak veya masumiyetini ortaya koymak amacıyla kendisini mecbur hissetmektedir. Çünkü kimsenin durup dururken bir tedbire maruz kalmayı istemesi düşünülemez.

²⁴ Ayıcı (n 17) 41.

²⁵ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar, *İHAS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (Seçkin 2004) 212.

²⁶ Centel ve Zafer (n 2) 376.

²⁷ Ünver ve Hakeri (n 2) 323.

Koruma tedbirlerinin bu özelliği, bireylerin hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasının bazen ilgiliyi zorlayarak, bazen de rızası dışında başvurulması olarak anlaşılmalıdır. Zorlayıcı tedbirlerin ayırt edici özelliğinin genel olarak kişi hürriyetini sınırlandırması olduğu söylenebilir²⁸.

5. İhtiyari Olma

CMK'da düzenlenen bütün koruma tedbirlerine başvurulması ihtiyaridir. Tüm koşullar ve nedenler gerçekleşmiş olsa bile hiçbir koruma tedbirine başvurulması zorunlu değildir. CMK m. 100 tutuklama sebeplerinin varlığı durumunda bile "tutuklama kararı verilebilir" demektir. Dolayısıyla tutuklama şartlarının varlığı durumunda bile hâkim tutuklama kararı vermek zorunda değildir. Örneğin kasten öldürme suçundan dolayı suçüstü halinde yakalanan bir kişinin bile tutuklanması zorunlu değildir. Çünkü meşru savunma kapsamında eylemi gerçekleştirmiş olabilir.

II. Tutuklama

A. Genel Olarak

Tutuklama, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların bulunması halinde, ceza muhakemesi işlemlerinin doğru bir biçimde yerine getirilmesini ve muhakeme neticesinde hükmedilen kararın uygulanmasını sağlamak amacıyla şüpheli veya sanığın, kesin hükümden önce belli bir zaman dilimi içinde hürriyetinden alıkonulmasıdır²⁹.

Tutuklama, koruma tedbirlerinin en ağır olanıdır. Çünkü kişi suçluluğu sabit olmamasına rağmen hürriyetinden yoksun kalmaktadır. Bu sebeple tutuklama, Anayasa madde 19/3, AİHS m. 5 ve CMK m. 100'de ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Anayasa m. 19, AİHS ile benzer biçimde ilk olarak hürriyet ve güvenlik hakkını tanımış; daha sonra hürriyet hakkına hukuki ve belirli durumlarda sınırlama getirilebileceğini ortaya koymuş; akabinde hürriyeti elinden alınan bireylerin haklarını tanzim etmiştir³⁰. Hürriyet ve güvenlik hakkı, AİHS'e göre "demokratik bir toplumda" en üst seviyede değere sahiptir³¹.

²⁸ Turinay (n 2) 495.

²⁹ Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2008) 214.

³⁰ Feridun Yenisey, 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama' (2016) 32(1) Anayasa Yargısı <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/939533>> Erişim Tarihi 26 Mart 2021.

³¹ *Ladent v Poland* [4D], App no 11036/03 (EHRC, 18 March 2008) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-85487>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

AİHS m. 5/1'e göre hürriyetten yoksun bırakılma belirli durumlarda ve kanuni olmalıdır. Buradaki temel amaç keyfiliklerin önüne geçmektir. Yani bir kimse hürriyetinden yoksun bırakılacaksa burada hâkim veya mahkeme tarafından verilecek olan tutuklama kararı kanuni ve sınırlı hallerde olmalıdır. AİHS m. 5/1'de korunan hürriyet ve güvenlik hakkının sınırlanabileceği durumlar oldukça ayrıntılı biçimde sayılmıştır. Bu sınırlama sebeplerini dar yorumlamak gerekir. Çünkü bu sebeplerin bu kadar ayrıntılı olarak düzenlenmesi daha önce de belirtildiği gibi tutuklama gibi ağır bir tedbirin keyfi olarak uygulanmasını önlemektir³². AİHM de verdiği birçok kararda bu duruma dikkat çekmiştir. AİHM Büyük Daire'sinin 22.12.2020 tarihli Selahattin Demirtaş/Türkiye kararı; *"Madde 5'in esas amacı, kişilerin, keyfi ya da gerekçelendirilmemiş biçimde özgürlüklerinden mahrum edilmelerini önlemektir."* şeklindedir³³.

Ayrıca AİHS m. 5/1-b; *"Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;"* hükmünü ihtiva ettiğinden, hürriyetten yoksun bırakma, kanunların belirlediği yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamak üzere mümkündür. Dolayısıyla tedbire maruz kalan birey üzerinde yerine getirilmemiş bir yükümlülük olmalı ve hürriyetten yoksun bırakma bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla olmalı ve temelde cezalandırıcı bir amaç taşımamalıdır³⁴.

Sonuç olarak, demokratik toplumlardaki bahsi geçen yükümlülüklerin he-men yerine getirilmesini sağlamak ile hürriyet hakkının önemi arasında bir denge kurulmalıdır. Tutuklama bu dengeyi sağlamakla alakalı bir tedbirdir³⁵.

B. Tutuklama Nedenleri

CMK m. 100/1'e göre; *"Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez."*

³² Ünver ve Hakeri (n 2) 359.

³³ Demirtaş v Turkey App no 2 [BD], § 311; Aynı yönde, S., V. and A v Denmark [BD], § 73, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187391>>; McKay v UK [BD], § 30 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77177>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

³⁴ Ünver ve Hakeri (n 2) 359.

³⁵ Ünver ve Hakeri (n 2) 359; Nowicka v Poland [2D] App no 30128/96 (EHRC, 3 December 2002) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60791>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

CMK'nın 100. maddesi, AİHS'ten farklı olarak suç işlendiği konusunda ma- kul şüpheler yerine kuvvetli suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Kuvvetli suç şüphesi; hayatın olağan akışındaki deneyimler ve mevcut delillere göre şüphelinin suç işlediğinin yüksek ihtimalde olması ya da yargılama sonunda suçlu bulunup cezalandırılmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır³⁶. Kuvvetli suç şüphesinin varlığının devamı, tutukluluğun devamının geçerliliği için olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldur³⁷. Kuvvetli suç şüphesi tutuklama kararı verebilmek için zorunlu koşullardan bir tanesidir ancak belli bir sürenin aşılması durumunda tek başına tutuklama kararı verebilmek için yeterli değildir. Bu durumda Mahkeme, adli merciler tarafından öne sürülen gerekçelerin özgürlüğün kısıtlamasını haklı kılacak geçerli ve yeterli sebeplerin var olup olmadığını incelemelidir³⁸.

CMK m. 100/2'de tutuklamanın nedenleri sayılmıştır³⁹. Ayrıca CMK m. 100/3'te sayılan (katalog) bazı suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerinin varlığı halinde tutuklama nedeni var sayılabilmektedir.

Şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı ancak yukarıda belirtilen hallerde verilebilir. Öncelikle kişinin kaçma veya saklanma şüphesi bulunmalıdır. İşlenen suçun ağırlığı tek başına kaçma veya saklanma şüphesini doğurmaz⁴⁰. Bu sebeple kanun koyucu kaçma veya saklanma hususunda somut olgu aramaktadır. Örneğin kişinin bankadaki tüm birikimini çekmesi, havaalanında pasaportla yakalanması, yabancı ülkede otel rezervasyonu yaptırması, otogarda

³⁶ Recep Doğan, 'AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğu Denetimi' (2021) (155) TBB Dergisi <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2021-155-1983>> Erişim Tarihi 25 Mart 2022.

³⁷ Kalaycı v Turkey App no 16779/02 (EHRC, 22 September 2005) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-70247>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

³⁸ Mansur v Turkey App no 16026/90 (EHRC, 8 June 1995) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57932>> Erişim Tarihi 25 Mart 2021.

³⁹ "a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma," Hususlarında kuvvetli şüpheler oluşturuyorsa"

⁴⁰ Gökmen Avcı, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi' (2010) 5(41) Terazi Aylık Hukuk Dergisi 107.

bilet alırken yakalanması gibi örnekler kaçacağı hususunda somut olgulardır. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruya ilişkin vermiş olduğu bir kararda; “Öte yandan emniyet birimlerine e-posta yoluyla gelen bir ihbara dayanılarak başvuruçunun yasa dışı yollardan yurt dışına çıkacağı konusunda somut bir şüphenin bulunduğu ifade edilmişse de kimin tarafından ve neye dayalı yapıldığı anlaşılamayan böyle bir ihbarın somut şüpheyi ortaya koyan bir olgu olarak kabulü mümkün değildir.” şeklinde karar vermiştir⁴¹.

Bir diğer tutuklama sebebi olarak; kanun koyucu “delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme ya da tanık mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, hususunda kuvvetli şüphe” aramaktadır. Burada somut olgu değil, kuvvetli şüphe aranmaktadır⁴².

5271 sayılı CMK m. 100/3’te (katalog) sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde tutuklama sebepleri doğrudan var sayılmaktadır. Aslında ortada gerçek bir tutuklama sebebi olmamakla birlikte, kanun koyucu bu suçlarda karine olarak tutuklama sebeplerinin var olduğunu kabul etmektedir. Yani katalog suçların işlenmesi halinde kaçma, delil karartma, tanık veya mağdura baskı yapılacağı karine olarak kabul edilmektedir⁴³.

5271 sayılı CMK’da belirtilen amaçlar ve nedenler dışında başka bir amaçla tutuklama kararı verilemez. Tutuklama bir koruma tedbiridir, dolayısıyla bir cezaya (yaptırıma) ya da maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için bir baskı aracına dönüştürülmemelidir⁴⁴. Örneğin son yıllarda sosyal medyadan kaynaklı kamuoyunun tepkisini azaltmak adına ya da taksirle ölüme sebebiyet verilen bir olayda şüpheli veya sanığın öldürülmesini ya da yaralanmasını önlemek amacıyla da tutuklama kararları verildiği görülmektedir. Benzer şekilde suç işlemeyi planlayanları önlemek, öç almak, devletin gücünü göstermek, ikrar temin etmek, suç ortaklarının veya delillerin ortaya çıkmasını sağlamak, şüpheli veya sanığın gözünü korkutmak⁴⁵, siyasi baskı aracı olarak kullanmak, cezaevinin zorlayıcı etkisinden yararlanmak, şüpheli veya üçüncü kişilerin ifadelerini etki-

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, Eren Erdem Bireysel Başvuru No 2019/9120 [1B] (AYM, 19.06.2020) <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/tutuklamanin-hukuki-olmamasini-nedeniyle-kisi-hurriyeti-ve-guvenligi-hakkinin-ihlal-edilmesi-2/>> Erişim Tarihi 29 Mart 2022.

⁴² Avcı (n 38) 107.

⁴³ Özen (n 2) 1083.

⁴⁴ Ünver ve Hakeri (n 2) 360.

⁴⁵ Özalp (n 2) 97.

lemek gibi amaç ve nedenlerle verilen tutuklama kararı kanuna aykırıdır ve devletin tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır.

5271 sayılı CMK m. 100 uyarınca; *“tutuklama kararı verilebilmesi için; işin önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbirinin, tutuklama ile ölçülü ve orantılı olması gerekir.”* Dolayısıyla tutuklama kararı yerine başka bir tedbir uygulanabiliyorsa, tutuklama kararı verilemez. Örneğin trafik kazası yaparak taksirle ölüme sebebiyet verilen bir davada, CMK m. 109/3-d’de sayılan *“Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.”* adli kontrol tedbiri yeterli bir tedbir olabilecek iken bunun yerine kişinin tutuklanması durumunda ölçülülükten ve orantıdan söz edilemez.

Türkiye’de tutuklama tedbirine durumun gerektirdiğinden daha fazla başvurulmaktadır. Alternatif tedbirlere yeterince başvurulmadığı, uygulamada sık sık görülmektedir. AİHM, Türkiye aleyhine verdiği birçok kararında⁴⁶ alternatif tedbirlerin hiç gözden geçirilmediğini belirterek hak ihlali olduğunu karara bağlamıştır. AİHM de tutuklama kararları verilirken, tutuklama şartları oluşmuş olsa da ölçülülük ve orantılık ilkesinin sonucu olarak alternatif tedbirlerin; tutuklamanın hedeflediği amaçları sağlamak için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesini aramaktadır⁴⁷.

C. Tutuklama Kararı Verilemeyecek Haller

Ölçülülük ve orantılılık ilkesinden kaynaklı olarak 5271 sayılı CMK m. 100/4’te tutuklama kararı verilemeyecek haller düzenlenmiştir⁴⁸.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m. 21 uyarınca; *“on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilememektedir.”*

Tutuklama kararı verilebilmesinin diğer koşulları adli kontrol uygulamasının yetersiz kalması, sanığın duruşmada hazır bulunmaması, güvence (teminat)

⁴⁶ Getiren v Turkey App no 10301/03 (EHRC, 11 July 2008) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-87735>> Erişim Tarihi 31 Mart 2022; AHİM Yavuz v Turkey App no 47043/99 (EHRC, 24 July 2007) <<https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-124798>> Erişim Tarihi 31 Mart 2022.

⁴⁷ Jarzynski v Poland App no 15479/02 (EHRC, 4 October 2005) <<https://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-70369>> Erişim Tarihi 31 Mart 2022.

⁴⁸ *“Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.”*

belgesinin verilmemiş olması, muhakeme şartının gerçekleşmiş olmasıdır⁴⁹. Dolayısıyla ölçülülük ve orantılılık ilkesine aykırı olarak verilen tutuklama kararları devletin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

D. Tutuklama Kararı Verme Yetkisi ve Gerekçe

5271 sayılı CMK'da koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Ancak bazı koruma tedbirlerinde bu kurala istisnalar tanınmaktadır. Tutuklama, koruma tedbirleri içinde en ağır olanıdır ve bu tedbir hapis cezasına mahkûmiyet ile aynı sonuçları doğurmaktadır. *“Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece karar verilir. Tutuklama kararlarında mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir (CMK 101/1).”* Cumhuriyet savcısının ve doğal olarak kolluğun tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir. Bu kuralın istisnası bulunmamaktadır.

Tutuklama eğer CMK 101/1 ya da 101/2'ye aykırı gerçekleşirse, hukuka aykırılık söz konusu olacağından devletin tazminat sorumluluğu doğmaktadır.

Burada kuşkusuz en önemli husus, tutuklamanın gerekçeli olmasıdır. Tutuklama kararlarında gerekçe bulunmasına CMK büyük bir önem vermiştir⁵⁰. 6352 sayılı Kanun ile CMK m. 101/2'de yapılan değişiklikle tutuklama kararlarında gerekçe gösterilmesi zorunlu olduğuna bir kez daha dikkat çekilmiştir. Tutuklama kararlarının gerekçeli olması, kararı veren hâkimin kendi kararını denetlemesini sağladığı gibi, tutuklanan kişinin de neden tutuklandığını öğrenmesini sağlamaktadır⁵¹. Tutuklama kararının gerekçesiz olduğu durumlarda kanun yoluna başvuracak olan kişi, kararın hangi noktalarına itiraz edeceğini bilemez. Bu ise savunma hakkını kısıtlamak suretiyle adil yargılama hakkının ihlali anlamına gelmektedir⁵².

Uygulamada *“gerekçesiz gerekçeli”* kararlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Anayasa'nın 141/3'e göre *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak*

⁴⁹ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2014) 224, Özalp (n 1) 97.

⁵⁰ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. Baskı, Asil 2006) 226.

⁵¹ Feridun Yenisey, 'Tutuklama Kararında Gerekçe Gösterme Sorunu, Suç ve Ceza' (2009) (1) CHD 9.

⁵² Ayçi (n 17) 165; Salov v Ukraine App no 655801/01 (EHRC, 6 December 2005) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70096>,> Erişim Tarihi 31 Mart 2022.

yazılır.” Burada gerekçe soyut değil, somut olmalıdır⁵³. Gerek Anayasa Mahkemesi⁵⁴ gerekse AİHM, gerekçesiz ya da birbirinin tekrarı biçimde olan, kısa, matbu tutuklama veya tutukluluğun devamı niteliğindeki kararların hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Kalay/Türkiye Davasında; “*Dava dosyasındaki belgelerden, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin, başvuranın tutuklu yargılanmasının devamına, ‘suçun niteliğine, delillerin durumuna ve tutuklama tarihine ilişkin olarak’ gibi benzer basmakalıp ifadeler kullanarak hüküm verdiği ortaya çıkmaktadır*”⁵⁵ şeklinde karar vererek gerekçenin somutlaştırılması gerektiğine vurgu yapmıştır. Bu şekilde verilen tutuklama veya devamı niteliğindeki kararlar devletin maddi ve/veya manevi tazminat ödemesini gerektirmektedir.

E. Tutukluluğun İncelenmesi (Gözden Geçirilmesi)

Tutuklama bir koruma tedbiri olmasından dolayı geçicidir. AİHM de kararlarında bu durumu sıkça vurgulamaktadır. AİHM’e göre, makul şüphenin ortadan kalkması durumunda, kişinin tutukluluk hali devam ederse bu durum sözleşmeye aykırılık doğurur. Makul şüphe devam etse bile tek başına bir tutukluluk nedeni olamaz⁵⁶. Dolayısıyla tutuklama kararı verilmesini gerektiren sebepler ortadan kalktığında, tedbirin uygulanmasına son verilmelidir. Tutuklama kararı verildikten sonra geçen zaman dilimi içinde, tedbirin hukuki koşullarının devam edip etmediği değerlendirilmelidir⁵⁷. Şüpheli veya sanık tutuklandıktan sonra davanın sonuna kadar tutuklamanın tekrar gözden geçirilmemesi düşünülemez. Bu sebeple CMK m.108’de tutukluluğun incelenmesi düzenlenmiştir⁵⁸.

⁵³ Özen (n 2) 1092.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, Hakan Aygün Bireysel Başvuru No 2020/1312 (AYM, 12 Ocak 2021) <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/13412?KelimeAra%5B%5D=hakan+aygun%5C%BCn&BasvuruNoYil=2020&BasvuruNoSayi=13412>> Erişim Tarihi 17 Mart 2022.

⁵⁵ Kalaycı v Turkey App no 16779/02 (EHRC, 22 December 2005) <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70247,>> Erişim Tarihi 31 Mart 2022.

⁵⁶ Ayıcı (n 17) 160.

⁵⁷ Turhan (n 48) 227.

⁵⁸ CMK m. 108’e göre;

“(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

Her şeyden önce tutuklu kimselerin davalarının öncelikli olarak görülmesi gerekir. Almanya ve İngiltere’de tutuklama genellikle soruşturma evresinde başvuru bir tedbir olup kovuşturma evresinde yapılan tek celselik duruşma ile hazır bulunan sanığın kişisel özellikleri de göz önünde bulundurularak hakkında karar verilmektedir⁵⁹.

Avrupa’da nüfusa oranla en çok tutuklu bulunan ülkelerden bir tanesi Türkiye’dir. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi tarafından hazırlanarak yayınlanan 5 Ocak 2011 tarihli Tutuklama Raporu’na göre, 2010 yılında Haziran ayı itibarıyla ceza ve tutukevlerinde bulunanların %50’si tutuklulardan oluşmaktadır⁶⁰. Yine Türkiye’nin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi, 2022 ceza istatistikleri raporuna göre Türkiye, 31 Ocak 2022 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi’ne üye 47 ülke arasında, her 100 bin kişiye düşen tutuklu ve hükümlü sayısında ilk sırada yer almaktadır⁶¹. Bunun temel sebeplerinden biri haksız ve hukuka aykırı verilen kararlar iken, diğeri tutukluluk sürecinin doğru bir şekilde gözden geçirilmemesidir. Bir kişi tutuklandıktan sonra yapılan tutukluluk incelemeleri ve tutukluluğun devamına ilişkin verilen kararlar tabiri caiz ise kopyala yapıştır şeklindedir. Soruşturma evresinde şüpheli tutuklandıktan yıllar sonra hakkında iddianame düzenlenmekteydi. 17.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7188 sayılı kanunun 18. maddesiyle soruşturma evresinde tutukluluğa bir üst sınır getirilerek isabetli bir düzenleme yapılmıştır.

Yine kovuşturma evresinde duruşmalar arasında uzun süreler bulunması ve mahkûmiyet hükmü verildikten sonra kanun yollarında incelemelerin uzun sürmesi, tutuklu yargılanan sanıklar açısından makul sürede yargılama hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır⁶².

Tutuklama kararı soruşturma evresinde şüphelinin sulh ceza hakimi huzurunda dinlenmesi suretiyle verilmektedir. Zaten kural olarak gıyapta tutuklama

(3) *Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re’sen karar verir.*”

⁵⁹ Yenisey, ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama’ (n 28) 226.

⁶⁰ Recep Doğan, *Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu* (Türkiye Barolar Birliği 2011) 17.

⁶¹ Marcelo F. Aebi, Edoardo Cocco and Lorena Molnar, *Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I survey* (Council of Europe, 2023) <https://wp.unil.ch/space/files/2023/06/230626_Key-Findings-SPACE-I_Prisons-and-Prisoners-in-Europe-2022.pdf> Erişim Tarihi 31 Mart 2024.

⁶² Yenisey, ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama’ (n 28) 226.

kararı verilemez⁶³. Nitekim CMK m. 108 tutukluluğun devamına “*şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.*” hükmünü içerdiğinden, tutukluluğun devamına da dosya üzerinden karar verilemez⁶⁴.

Tutukluluğun devamına karar verilirken sürekli aynı gerekçelerin tekrar edilmesi de hukuka aykırıdır. Tutuklama için yeterli olan gerekçeler, çoğu zaman tutukluluğun devamı için yeterli değildir. Hâkim/Mahkeme tutukluluğun devamına karar verirken, tutukluluğun devamına ilişkin hukuki gerekçelere dayandırılmalıdır⁶⁵. Aksi yöndeki kararlar ve incelemeler devletin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. AİHM’e göre de şüpheli/sanık dinlenerek ve gerekçeli olarak karar verilmesi gerekir⁶⁶. AİHM, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı hususunu incelerken, ulusal bağlamda hâkimlerin veya mahkemelerin yargılama sırasında gereken özeni gösterip göstermediklerine bakmaktadır⁶⁷.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer sorun da tutuklama halinin gözden geçirilme sürelerinin istinaf veya temyiz kanun yollarında göz önüne alınıp alınmayacağı konusudur⁶⁸. CMK m. 2’de yer alan tanımlarda kovuşturma evresi; “*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir.*” şeklindedir. Dolayısıyla olağan kanun yollarından olan istinaf ve temyiz aşamalarında da CMK m.108/3’te yer alan süreler göz önünde bulundurulmalıdır.

III. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

A. Tazminat Nedenleri

5271 sayılı CMK m. 141/1’de tahdidi olarak sayılan hallerde⁶⁹ zarara uğrayan kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

⁶³ Yurt dışında bulunan kaçaklar hakkında giyabi tutuklama kararı verilebilir. (CMK248/5); CMK Yürürlük Kanunu 5/2).

⁶⁴ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanun’un Geçici m.19-c uyarınca; “*Tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir.*”

⁶⁵ Behiye Kazancı Eker, ‘İHAS ve İHAM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması’ (2012) (98) TBB Dergisi 75, 93.

⁶⁶ Bilgin v Turkey App no 8610/02 (EHRC, 17 June 2007) <<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-124226>> Erişim Tarihi 31 Mart 2022.

⁶⁷ Hüsnü Aldemir, ‘Tutuklama’ (2014) Terazi Hukuk Dergisi 441, 441-460.

⁶⁸ Ayıcı (n 17) 170.

⁶⁹ Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; “*a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan hakla-*

5271 sayılı CMK m. 141/1'de yazılan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemlerden doğan zararlar için tazminat talep edilebileceği CMK m. 141/3'te düzenlenmiştir. Bu davalar ancak Devlet aleyhine açılabilir.

5271 sayılı CMK m. 323/3. maddesinde de yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar için de tazminat talep edebilmek mümkündür. 5271 sayılı CMK m. 323/3. maddesinde bir koruma tedbiri söz konusu olmamasına rağmen kanun koyucu 5271 sayılı CMK m. 141-144 arasındaki hükümlere göre tazminat talep edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Kanun'da sayılan bu haller dışında tazminat talep edebilmek mümkün değildir. Yargıtay'ın nadiren aksi yönde kararları olsa da genel olarak tazminat nedenlerinin tahdidi düzenlendiğini ve bu haller dışında tazminat talep edilemeyeceği görüşündedir⁷⁰. Ancak Yargıtay nadiren CMK 141/1. maddesinde düzenlenmeyen hak ihlallerinde de CMK 141/3 maddesi uyarınca tazminat talep edilebileceği görüşündedir⁷¹. Her ne kadar kanunda belirtilen haller dışında CMK uyarınca tazminat talep edebilmek mümkün olmasa da genel hükümlerle-

ndan yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayla yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen, j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, k) Yakalama, adli kontrol veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan, l) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmayla yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

⁷⁰ Yargıtay 12 CD 2019/1795 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2021.

⁷¹ Yargıtay 12 CD 2014/10649- 2015/1856 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2021.

re dayanarak kusurlu kamu görevlisinden her zaman tazminat talep edilebilir⁷². Ayrıca Kanun'da belirtilmeyen ve Kanun'a aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmek de mümkündür⁷³.

Devlet, iftira veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının rücu eder. Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının 1 yıl içinde rücu edilmelidir.

B. Tazminat Talep Edemeyecek Kişiler

CMK m. 144/1'de tazminat talep edemeyecek kişiler düzenlenmiştir⁷⁴. CMK'nın ilk şeklinde m. 144/1-a'da "gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler" Devlettten tazminat talep edemez hükmü bulunmaktaydı. Ancak 30.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı İnsan Hakları ve İrade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 18. maddesi ile CMK m. 144/1-a yürürlükten kaldırdı. Böylece artık gözaltı ve tutukluluk süreleri başka bir mahkûmiyetinden mahsup edilenler de, hukuka aykırılık dolayısıyla Devlettten tazminat talep edebilecektir. Yargıtay da anılan hükmü geçmişe yürütmek suretiyle, henüz kesinleşmemiş davalarda lehe değerlendirme yaparak, bu kimselerin de tazminat isteyebileceği kabul etmiştir⁷⁵. Kesinleşen davalarda ise bu değişikliğe dayalı olarak tazminat istemleri kabul edilmemiştir.

⁷² Metin Feyzioğlu, 'Tutuklamadan Doğan Zararların giderilmesi' (1993) 50(1) Ankara Barosu Dergisi <<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1993-1/4.pdf>> Erişim Tarihi 5 Eylül 2022.

⁷³ Özalp (n 1) 91.

⁷⁴ "Kanuna uygun olarak yakalanan, adli kontrol altına alınan veya tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler: a) (Mülga: 11/4/2013-6459/18 md.) b) Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler. c) Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler. d) Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler. e) Adli makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suçta katıldığını bildirecek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar."

⁷⁵ Yargıtay 12 CD 2013/24578-2014/1048 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Kasım 2021.

Burada kanun koyucu çok isabetli ve yerinde bir düzenleme yapmıştır. Her gözaltı ve tutukluluğu kendi şartları içinde ele almak gerekmektedir. Cinsel saldırıdan tutuklanan kişinin, tutuklulukta geçirdiği süreyi, taksirle yaralama suçundan aldığı mahkûmiyetten mahsup edersek, kişinin uğradığı manevi zararın mahsupla giderilebildiğini kabul edebilmek mümkün değildir⁷⁶.

Öncelikli olarak dikkat edilmesi gereken husus, kanunda belirtilen tazminat engelleri bütün tazminat nedenleri için geçerli olmayıp sadece kanuna uygun yakalanan, adli kontrol altına alınan⁷⁷ veya tutuklanan kişiler açısından söz konusu olacaktır.

Diğer tazminat nedenleri açısından bu hususlar tazminat engeli oluşturmayacaktır. Örneğin kanuna aykırı olarak arama ve elkoymaya maruz kalanlar kanundaki şartlar söz konusu olsa bile Devletten tazminat talep edebilirler⁷⁸. Kanunda yakalama ve tutuklama tedbiri denildiği için, gözaltı tedbirinin bu kapsamda olup olmayacağı akla gelebilir. Ancak mülga olan a bendinde “gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler” hükmü geçtiğinden gözaltı tedbiri de bu kapsamda ele alınmalıdır⁷⁹. Kaldı ki yakalama ve gözaltı arasındaki fark her iki tedbirin uygulanma şartları, uygulayan makamlar ve tedbirlerin süresinden kaynaklı olduğu için gözaltının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

C. Tazminat İstemenin Koşulları

1. Tazminat Hakkının İlgilisine Bildirilmesi

CMK m. 141/2’de tazminat hakkının ilgisine bildirilmesi düzenlenmiştir. İlgili fıkra “Birinci fıkranın (e), (f) ve (I)⁸⁰ bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.” şeklindedir.

CMK m. 141/1’in e, f ve I bentleri uyarınca “Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına

⁷⁶ Ayıcı (n 17) 339.

⁷⁷ 12.03.2024 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 7499 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

⁷⁸ Yargıtay 12 CD 2014/6869-2014/26731 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01 Nisan 2023.

⁷⁹ Yargıtay CGK, 2014/93-2015/144 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01 Nisan 2023.

⁸⁰ 12.03.2024 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 7499 sayılı Kanun ile eklenmiştir.

veya beraatlerine karar verilen kişiler, mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan ve konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmayla yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, kişilere” tazminat talep edebilecekleri hususu bildirilecek ve bu husus verilen karara geçirilecektir. Tazminat talep edilebileceği hususundaki bildirim karara geçirileceğinden yazılı olması zorunludur. Bu husus hazır bulunan kişiye tefhim edilse bile, bu husus duruşma tutanağına kaydedileceğinden yazılı hale gelmektedir.

Haksız veya kanuna aykırı olarak koruma tedbirine maruz kalan bir kimse- nin Devlettten tazminat talep edebileceğini bilmesi gerekir. 12.03.2024 tarihli 7499 sayılı Kanunla CMK'nın 141. maddesinin 1. fıkrasına I bendi eklenmiş ve ayrıca CMK m. 141/2'ye de m. 141/1-I dolayısıyla ilgiliye bildirim yapılması gerektiği hususu eklenmiştir. Bu düzenleme kanaatimizce yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Kanunda tazminat talep edilebileceği bildirimının sadece CMK m.141/1-e, 141/1-f ve 141/1-I bentleri ile sınırlı tutulmuş olması büyük bir eksiklik⁸¹. Çünkü her bireyin haksız koruma tedbirine maruz kaldığı durumlarda, Devlettten tazminat talep edebilme hakkını, bildiği kabul edilemez.

Kişinin koruma tedbirlerinden dolayı zarara uğradığı durumlarda, haksız uygulanan koruma tedbirlerinden dolayı bireyin mutlak tazminat hakkı bulunmaktadır. Ancak zarar Devlet tarafından re'sen giderilmez. Tazminat için ilgilinin talepte bulunması şarttır⁸².

2. Tazminat İsteminde Bulunabilecek Kişiler (Davacı)

CMK m.141/1 uyarınca, bu maddede sayılan koruma tedbirlerinden dolayı zarara uğrayan kişiler tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu hak, haksız ve hukuka aykırı koruma tedbirine maruz kalan kişiye (zarara uğrayana) tanınan, sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Koruma tedbirlerinin haksız ve hukuka aykırı uygulanmasından dolayı zarara uğrayan üçüncü kişiler Devlettten tazminat talep

⁸¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2008) 1076.

⁸² Uğur Alacakaptan, 'Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti' (1961) 18(1) AÜHFD 185, 219.

edemezler⁸³. Öğretide bu durumun aksi de savunulmaktadır⁸⁴. “Zarara uğrayan” ibaresi geniş düşünülürse, koruma tedbirine maruz kalan kişiler dışındaki zarar gören kimseler de Devletten tazminat talep edebilecektir. Örneğin yakalanan veya gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmemesi durumunda, koruma tedbirine maruz kalan kişinin iş ortağının zarara uğraması muhtemeldir. Hukuk devleti ilkesi gereği olarak, yargı makamlarının işlemlerinden doğan zararların tazmin edilmesi gerekir. Dolayısıyla koruma tedbirlerinden kaynaklı olarak doğan zararlarda, zarar gören üçüncü kişilerin de dava açarak tazminat talep edebileceğinin kabulü daha isabetli olacaktır. Ancak mevcut yasal düzenlemede koruma tedbiri dolayısıyla zarar gören üçüncü kişiler tazminat davası açamazlar. CMK m. 141/1 lafzından da bu husus açıkça anlaşılacaktır.

CMK m. 141’de “kişiler” ibaresi kullanıldığı için tüzel kişiler de zarara uğradıkları durumlarda tazminat talep edebilecektir. Kanunda gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır. Tüzel kişilerin yakalanması, gözaltına alınması veya tutuklanması mümkün değildir. Ancak tüzel kişiler arama veya elkoyma gibi koruma tedbirlerinden dolayı pekâlâ zarara uğrayabilirler. Ayrıca daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere CMK m.141/3 uyarınca iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya teknik araçlarla izleme gibi tedbirler nedeniyle zarara uğrayan tüzel kişiler de, devletten tazminat talep edebilir. Burada tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, hem gerçek hem de tüzel kişilerin kişilik haklarını koruma altına almıştır. Kişilik haklarına saldırı olması durumunda ise, saldırının durdurulmasını isteme ve saldırı neticesinde ortaya çıkan manevi zararın giderilmesi amacıyla manevi tazminat istenmesi mümkündür. Yargıtay da birçok içtihadında tüzel kişilerin de manevi tazminat isteyebileceği belirtmiştir⁸⁵.

Zarar gören ölmüş ise, mirasçılarının tazminat talep edebilmesi hukukun genel ilkelerine daha uygun olacaktır. Zaten CMK’da bu hususa aykırı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay, uygulamada zarara uğrayan ölmeden önce dava açmış ise mirasçılarının davaya devam edebileceklerini kabul etmekte,

⁸³ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (Adalet 2017) 672.

⁸⁴ Hakan Hakeri, *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (2. Baskı, Seçkin 2021) 316.

⁸⁵ Yargıtay HGK, 2014/213-2016/70 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 09 Haziran 2023.

eğer kişi ölmeden önce dava açmamış ise davacıların dava açamayacağını ve davanın reddedilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁸⁶.

Mümeyyiz olup, 18 yaşından küçük olanlar, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindeki tazminat davasını bizzat veya vekili aracılığıyla açabilirler⁸⁷. Türk Medeni Kanunu m. 462/8 uyarınca vesayet altındaki kişiler açısından vesayet makamından izin alınması gerekmektedir. Vesayet altındaki küçüğe temsilen de tazminat davası açılabilir. Vasinin Sulh Hukuk Mahkemesi'nden izin almadan, vasisi olduğu küçük için dava açması ve dava devam ederken, küçüğün vesayeti gerektiren halinin ortadan kalkması, açılan davanın ortadan kalkmasını gerektirmemektedir⁸⁸.

Yabancı uyruklu kişilerin de haksız uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla devletten tazminat talep edebilmeleri mümkündür. Mülga 466 sayılı Kanun döneminde mütekabiliyet şartı aranmaktaydı. CMK m. 141 vd. bu hususta herhangi bir sınırlama getirmemiştir.

Avukat aracılığı ile dava açılması durumunda vekâletnamede özel yetki bulunması gerekmez. Çünkü CMK'da avukatın özel yetkiye sahip olmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar CMK m. 142 gerekçesinde; "*Dava zarara uğrayanın kendisi, yasal temsilcisi veya özel yetkili vekili tarafından açılacak, Devleti temsilen Hazine davalı gösterilecektir.*" hükmü bulunsa da gerekçenin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın 466 sayılı mülga Kanun döneminde özel yetki aradığı kararları bulunmaktaydı⁸⁹. Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında, koruma tedbirleri sebebiyle tazminat davası açılması için vekâletname de özel yetki⁹⁰ ve davacının asilin avukata muvafakatini aramamaktır⁹¹.

⁸⁶ "... koruma tedbirleri nedeniyle dava açma hakkının kural olarak zarar görene ait olduğu, bu hakkın ancak zarar görenin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça izhar etmesi durumunda mirasçılara intikal edeceği, mirasçıların bu şartlarda açılmış davaya devam edebilecekleri veya dava açabilecekleri" Yargıtay 12. CD, 2018/4190-2018/9992 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2023.

⁸⁷ Yargıtay CGK, 1979/1-122-1979/203 <<https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-1979-1-122-k-1979-203-t-07-05-1979/278017/>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2023.

⁸⁸ Hakeri (n 82) 319.

⁸⁹ Hakeri (n 82) 320; Yargıtay 5 CD, 1463/1657, 14.05.1980.

⁹⁰ "Davacı vekilinin... Noterliği tarafından düzenlenmiş ... yevmiye numaralı, ... tarihli genel vekaletnameye istinaden haksız tutuklama nedenine dayalı olarak davacı adına tazminat talebinde bulunduğu ve vekaletnamede tazminat davası açma hususunda özel yetki bulunmadığı görülmekle birlikte, bu durumun davacı adına tazminat davası açılmasına engel teşkil etmeyeceği" Yargıtay 12 CD, 2017/489-2017/8062 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2023.

3. Davanın Açılacağı Kişiler (Davalı)

Koruma tedbirleri dolayısıyla açılacak davalarda davalı Devlettir. Dava, Devleti temsilen Hazineye karşı açılır. Devlet hazinesini illerde defterdarlıklar, ilçelerde mal müdürlükleri temsil eder⁹². Koruma tedbirleri dolayısıyla açılacak davalar, tedbiri uygulayan hâkim, C. savcısı veya kolluk aleyhine açılmaz (CMK m. 141/3). Bu davalar ancak Devlet aleyhine açılabilir.

4. Başvuru Süresi (Dava Açma Süresi), Sürenin Başlangıcı, Sürenin Niteliği ve Başvuru Şekli

CMK m. 142/1 uyarınca, *“Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”*

Kararın kesinleşmesi, kanun yoluna başvuru hakkı olan kişilere hükmün tebliğinden itibaren, başvuru süresinin geçirilmesi ile veya kanun yoluna başvuru halinde kanun yoluna başvuru isteğinin reddi veya hükmün onanması durumunda gerçekleşmektedir. Bu sebeple kararın sanığa tebliği üç aylık süreyi başlatmaz. Ayrıca hükmün kesinleştiğinin de tebliğ edilmesi durumunda üç aylık süre başlamaktadır. Hükmün kesinleştiği hiç tebliğ edilmemişse, kesinleşme tarihinden itibaren bir yıllık süre içerisinde tazminat davası açılabilmesi mümkündür⁹³. Yargıtay da içtihatlarında karar veya hükmün kesinleşmiş olmasını tazminat davasının ön koşulu kabul etmektedir⁹⁴. Karar veya hüküm kesinleşmeden dava açılırsa, ön koşul gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilecektir⁹⁵. Avukat ile takip edilen işlerde kesinleşmenin avukata tebliğ yeterlidir. Ayrıca asile tebligat yapılmasına gerek yoktur. Ancak Yargıtay’ın yerleşik içtihadı uyarınca kesinleşmiş beraat kararlarının sanığa tebliğ edilmesi gerekmektedir. Eğer tebligat avukata yapılırsa dava açma süresi başlamayacaktır⁹⁶.

⁹¹ *“Davacı vekilinin dosyada bulunan 24/07/2015 tarihli vekaletnameye istinaden davacı adına haksız tutukluluk sebebiyle tazminat davası açtığı, açılan davaya muvafakat edip etmediği hususunda davacının beyanının alınmasına gerek bulunmadığı”* Yargıtay 12 CD, 2019/1375-2020/11 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2023.

⁹² Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Seçkin 2007) 701.

⁹³ Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları* (2. Baskı, Seçkin 2009) 470.

⁹⁴ Yargıtay 1 CD, 2008/6025-2009/1984 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2023.

⁹⁵ Yargıtay 12 CD, 2017/8495- 2018/5987 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2023.

⁹⁶ Yargıtay 12 CD, 2018/3768-2018/8972 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2023.

Tazminata konu olan davada suç iştirak halinde işlenmiş veya birden fazla sanık söz konusu ise, kararın veya hükmün tüm sanıklar yönünden kesinleşmesi gerekmez. Sadece tazminat davası açacak kişi tarafından kesinleşmesi yeterlidir⁹⁷. Kuşkusuz adli tatilde süre işlemeyecektir⁹⁸. Uygulamada uzun yıllardır devam eden karar ve hükmün kesinleşmesinden davanın kesin hükümlerle sonuçlanması anlaşılmaktaydı. Ancak son yıllarda Yargıtay bu uygulamadan vazgeçerek çok önemli ve doğru bir adım atmıştır⁹⁹. Yargıtay'ın bu kararı sonrasında AİHM, Demir/Türkiye¹⁰⁰ davasında; Türkiye'de 2005 yılından itibaren tutukluluk tedbiri için bir iç hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir. AİHM bu kararıyla kanunda bulunan tazminat yolunun bir iç hukuk yolu olduğunun kabulü anlamında önemli bir karar vermiştir¹⁰¹.

Kanunda başvuru için belirtilen süre hak düşürücü süredir¹⁰². Başvuru süresi her ne kadar CMK'da düzenlenmiş olsa da bir usul süresi değil, istem dava niteliğinde olduğundan, maddi hukuka ilişkin bir süredir. Dolayısıyla sürenin kaçırılması durumunda eski hale getirme mümkün değildir¹⁰³.

⁹⁷ Özalp (n 1) 135; Yargıtay 11 CD, 2006/393-2006/9581 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2023.

⁹⁸ Mehmet Handan Surlu, 'Haksız Tutuklamanın Tazmini Konusunda Uygulamadaki Yeni Gelişmeler' (1973) 64(11) Adalet Dergisi <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1973/sayi11-kasim1973-sene-64-144%20sayfa-cilt1.pdf>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2023; Yargıtay 5 CD, 3448/3401, 14.11.1969.

⁹⁹ "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19/son maddesi "Hürriyeti kısıtlanan kişilerin en kısa zamanda bırakılmasının" sağlanmasını öngördüğü gibi yine Anayasa'nın 90/son maddesine göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalardan olan ve uygulama önceliği olan, İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/3. maddesindeki "Yakalanan veya tutuklu durumda bulunan herkes hemen bir hâkim veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır" düzenlemeleri bulunmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun 141/1-d maddesi "Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen" kişilere de tazminat verilmesini öngördüğünden bir kısım işlemler ve koruma tedbirleri nedeniyle davanın sonuçlanmasının beklenmesine gerek olmadığından davanın kabulü yerine yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup (...)" Yargıtay 12 CD, 2011/15700-2012/9187 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 09 Haziran 2023.

¹⁰⁰ Demir v Turkey app no 58881/11 (EHRC, 6 September 2018) <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-186071>> Erişim Tarihi 30 Haziran 2013.

¹⁰¹ Aycı (n 17) 275.

¹⁰² Alacakaptan (n 80) 220.

¹⁰³ Faruk Erem, 'Kanundışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat' (1964) 55(7-8) Adalet Dergisi <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1964/sayi7-8-temmuz-agus-tos1964-sene-55-196sayfa-cilt5.pdf>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

Başvurunun bir dilekçe ile yazılı olarak yapılması gerekmektedir¹⁰⁴. CMK'nın bazı durumlarda izin verdiği bir yöntem olan, sözlü beyanın tutanağa kaydedilmesi yöntemi burada kabul edilmemiştir¹⁰⁵.

Dilekçede açık kimlik ve adres, davada yetki açısından önemlidir. Tazminat davası, davacının oturduğu yerde açılacağından, adres yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Davacının dilekçesinde, zarara uğradığını ileri sürdüğü işlemin (yakalama, gözaltı, tutuklama, arama veya elkoyma vs.) ne olduğunu belirtmesi gerekmektedir. CMK m. 141/1'de yer alan tazminat sebeplerinden birinin bulunup bulunmadığı bu işleme göre belirlenecektir.

Koruma tedbirleri sebebiyle açılan tazminat davaları karma nitelikli davalar olduğundan HMK'da yer alan şartlara uygun olması aranmamaktadır. Tazminatın hesaplanması, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre yapılmaktadır. Ancak davanın açılması ve muhakeme usulü ayrıca düzenlenmiştir¹⁰⁶. Dilekçede bulunması gereken hususlarda bir eksiklik olması halinde CMK m. 142/4'te düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *"Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur."*

CMK m. 142/5'e göre; mahkeme, dosyayı inceler ve eksik hatalı bir husus bulunmayan yani yeterli olan dilekçe ve eklerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını iki hafta içinde yazılı olarak bildirmesini talep etmektedir.

Dilekçede bulunması gereken zorunlu unsurları mahkeme re'sen toplayabilir veya toplattırabilir. CMK m. 142/6'da bu husus; *"İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza davaları kural olarak yargı harcına tabi değildir. Ancak, koruma tedbirleri nedeniyle görülen tazminat davalarının harca tabi olmadığına ilişkin ya-

¹⁰⁴ Ünver ve Hakeri (n 2) 481.

¹⁰⁵ Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 81) 672.

¹⁰⁶ Ayıcı (n 17) 279.

sal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada niteliği itibarıyla ceza davası olmayan bu tür davaların açılması esnasında yargı harcı alınmamakta ve dava sonunda tarafların leh veya aleyhine harca hükmedilmemektedir¹⁰⁷.

5. Başvuru Mercii

Tazminat istemi hakkında öncelikle mahkeme kararının bulunması hususunda öğreti ve kanunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁰⁸. Devletin yani idarenin, tazminat sorumluluğunun bulunduğu bir davada, idari yargının görevli olması, idari yargının adli yargı üzerinde bir nevi denetleme yetkisine yol açabilir. Dolayısıyla hukukumuzda koruma tedbirlerinden kaynaklı tazminat davalarında adli yargı görevli kılınmıştır¹⁰⁹.

Koruma tedbirlerinden kaynaklı olarak görülecek tazminat davasında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise zarara uğrayanın oturduğu yer mahkemesidir. Cumhuriyet savcısı duruşmada hazır bulunmalıdır. Bu düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde yargılamada, ceza yargılamaya yönteminin ağır basacağı görülmektedir¹¹⁰. Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. Davacı ile Hazine temsilcisi, çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

CMK m. 142/2'ye göre, *“yetkili mahkeme zarara uğrayanın oturduğu yer mahkemesidir. Eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesi yetkilidir.”* Ancak, CMK m. 141/1-e, 141/1-f ve 141/1-l kapsamındaki istemler bakımından 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. *“6384 sayılı Kanun kapsamında olmasına rağmen ağır ceza mahkemesine yapılan başvurular, Tazminat Komisyona gönderilecektir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen başvurular birlikte yapılmış ise ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle Komisyona gönderecektir. Bu gibi durumlarda ağır ceza mahkemesine yapılan istem tarihi esas alınacaktır.”*

Kişinin Türkiye’de oturduğu yerin bulunmaması durumunda yetkili mahkemenin neresi olacağı kanunda yazmamaktadır. Böyle durumlarda koruma

¹⁰⁷ Uğur Yiğit ve İlhami Öztürk, ‘Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemiyle Ağır Ceza Mahkemelerinde Açılan Davalarda Yargı Harcı’ (2020) (1) MHFD 33, 33.

¹⁰⁸ Alacaktan (n 80) 219.

¹⁰⁹ Erem, ‘Kanundışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat’ (n 101) 728.

¹¹⁰ Ayıcı (n 17) 290.

tedbirine karar veren makamın yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca CMK m. 13 kıyasen uygulanarak kişinin Türkiye’de en son adresinin bulunduğu yer, kişinin Türkiye’de adresi yoksa ilk usuli işlemin yapıldığı yer mahkemesi de yetkili olarak kabul edilebilir¹¹¹.

Tazminat davası açılan ağır ceza mahkemesi, tazminata sebebiyet veren işlemin yapan mahkeme ise dava CMK m.142/2 uyarınca, “*ya o yerdeki başka bir ağır ceza dairesinde ya da o yerde başka ağır ceza dairesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesinde görülecektir.*” Davacı ilk olarak davayı oturduğu yer mahkemesinde açmalıdır. Kişinin oturduğu yer esas yetkili mahkemedir. Eğer bu mahkeme tazminat konusu işlemi yapan mahkeme ise istisnai yetki kuralı uygulanmalıdır. Bu durumda mahkeme yetkisizlik kararı vererek davanın yetkili mahkemede açılmasını sağlamalıdır.

Tazminat konusu işleme karar vermemiş, ancak beraat kararı vermiş olan mahkeme asil işlemi yapmış sayılmamaktadır¹¹². CMK m. 142/8 uyarınca, “*kara- ra karşı, davacı, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf kanun yoluna başvurabilir. Başvuru sonrasında yapılacak inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılmaktadır. Kararın yerinde görülmediği durumlarda, BAM için esas hakkında karar verebilir. Bu durumda BAM tarafından verilen kararlar kesindir.*”

IV. Koşullu Salıverme

A. Genel Olarak

Koşullu salıverme, bir mahkûmun çağdaş ceza hukukunun amaçları doğrultusunda ıslah olma sürecinde gösterdiği iyi hali temel alan bir infaz türüdür. Bu kapsamda, mahkûmun özgürlüğünü kısıtlayan cezanın belirli bir bölümünün tamamlanmasıyla birlikte, kalan ceza süresi boyunca kasıtlı suç işlemek ve belirlenen şartlara uymak koşuluyla, yetkili merci tarafından verilen bir kararla serbest bırakılmasını ifade etmektedir¹¹³. Ancak, mahkûmun bu ayrıcalığı sürdürebilmesi için belirlenen şartlara uyması gerekmekte, aksi takdirde koşullu salıverme hakkı geri alınabilmektedir.

¹¹¹ Hakan Hakeri, ‘Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat’ (2008) Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi (Ord. Sulhi Dönmezer’e Armağanı, C. II) 867, 901.

¹¹² Mümin Kavali ve Naci Ünver, *Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklanana Tazminat Verilmesi* (Kazancı 1979) 102.

¹¹³ Murat Başman, ‘Şartla Salıverilme’ (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 1996) 4.

Öğretide davranışları incelenen hükümlünün işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyduğunun belirlenmesi durumunda koşullu salıverilmeden yararlanabileceğine dikkat çekilmektedir¹¹⁴. Yani koşullu salıverilme müessesesinin ana koşulu olan iyi halli olma halinin belirlenmesindeki esas kıstas bireyin işlediği suçtan pişmanlık duymasıdır.

B. Koşullu Salıvermenin Amacı ve Hukuki Niteliği

Günümüzde, koşullu salıverme, özellikle uzun süreli hapis cezalarına mahkum olan hükümlülerin üzerindeki olumsuz etkileri azaltmayı ve bu bireylerin sosyal rehabilitasyonunu sağlamayı amaçlayan¹¹⁵, hükümlüyü iyi halli olmaya yönlendiren¹¹⁶ dikkate değer bir müessese olarak kabul edilmektedir.

Çağdaş ceza hukukunda, ceza uygulamalarının temel amacı genellikle suçlunun ıslah edilmesi, yani topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bu hedefe ulaşabilmek için hükümlünün belirli bir irade göstermesi önemlidir. Bu çerçevede, cezai müdahaleler “*özel önleme*” amacını sağlamayı yani suçlu bireyin rehabilitasyonunu amaçlar¹¹⁷.

Bu hedeflere ulaşmada önemli bir rol oynayan kurumlardan biri de koşullu salıvermedir. Koşullu salıverme, hükümlülerin cezaevi dışında kontrollü bir şekilde serbest bırakılmasını içerir. Bu süreç, hükümlünün topluma uyum sağlaması, suç işleme eğilimini azaltması ve yeniden sosyalleşmesine katkıda bulunma amaçlanmaktadır.

Özel önleme ve hükümlünün topluma kazandırılması yanında, koşullu salıverilmenin bir diğer önemli hedefi de toplumu yeniden suç işleme tehlikesinden korumaktır. Bu nedenle, koşullu salıverme kararları, hükümlünün toplum içinde güvenli bir şekilde yaşayabileceğine ve suç işleme riskinin en aza indirildiğine dair güvencelerle desteklenir.

Hâkim, suçlu hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı durumlarda, ıslah için gerekli cezadan daha fazla cezaya karar verebilmektedir. Ancak koşullu salı-

¹¹⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2020) 638.

¹¹⁵ Lopez Rey, ‘Salıverme ve Şartlı Salıverme’ (çev Mustafa Tören Yücel), (1970) 61(1) Adalet Dergisi <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1970/sayi1-ocak1970-sene-61-70sayfa-cilt1.pdf>>, Erişim Tarihi 31 Ocak 2024.

¹¹⁶ Mustafa Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (Adalet 2023) 551.

¹¹⁷ Ahmet Hulusi Akkaş, ‘Koşullu Salıverme’ (2008) (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789718>>, Erişim Tarihi 31 Ocak 2024.

verme ve iyi hal gösterme gibi etkenlerle hapisanede geçirilen süre düşürülecek, cezanın ağırlığı azaltılmaktadır¹¹⁸. Bu sayede, mahkûmun toplum içindeki uyumunu teşvik ederek cezanın daha adil ve etkili bir şekilde uygulanması amaçlanmaktadır.

Koşullu salıverme, hükümlülerin ceza infaz süreçlerini tamamlamadan önce serbest bırakıldığı bir uygulamadır. Bu programın bir avantajı, hükümlülerin topluma daha erken dönmesi ve aynı zamanda ıslah edilerek suç tekrarı olasılığının azaltılmasıdır. Ayrıca, koşullu salıverme sayesinde hükümlüler, tüketici konumundan çıkarak topluma fayda sağlayan birer üretici konumuna geçebilir ve ekonomiye katkıda bulunarak devletin de çeşitli kazanımlar elde etmesi sağlanabilmektedir¹¹⁹.

Koşullu salıverme konusundaki hukuki temel, iki farklı görüşe dayanmaktadır. İlk görüşe göre, koşullu salıverme bir emniyet tedbiridir çünkü ceza, cezaevinde çektirilir. İkinci görüşe göre ise, cezanın bir infaz şekli olarak koşullu salıverme düşünülmelidir. Çağdaş ceza infaz anlayışında, sert ceza uygulamalarından kaçınılmakta ve cezaevindeki mahkûmların iyi hal göstermeleri durumunda infazın sonuna kadar cezaevinde tutulmalarına gerek olmadığı düşünülmektedir¹²⁰.

Koşullu salıverilme müessesesi, kanaatimizce bir cezayı yerine getirme, yani çektirilme yöntemidir. Bu sistem, hükmolunan cezanın bir kısmının, cezaevi dışında belirli şartlar altında infaz edilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, kişinin cezasının infazına devam edilirken, hükümlü ile devlet arasındaki ceza bağlantısı da varlığını sürdürmektedir¹²¹. Koşullu salıverilmenin cezanın çektirilme yöntemi olarak kabul edilmesinden kaynaklı iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır.

İlki, koşullu salıverilme kararı, hükümlünün istemi olmasa da uygulanacaktır. Böylece kanun koyucu, bu kurumu otomatikleştirerek, cezaevi idaresini bu süreçte sorumlu tutmayı amaçlamaktadır. Ancak, koşullar uygun olduğunda, hükümlü aynı zamanda serbest bırakılma talebinde bulunabilir.

¹¹⁸ Mustafa Avcı, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1994) 242.

¹¹⁹ Süheyl Donay, 'Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı' (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96640>>, Erişim Tarihi 31 Ocak 2024.

¹²⁰ Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 551.

¹²¹ Ahmet Caner Yenidünya, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme* (Legal 2002) 98.

İkincisi ise, koşullu salıverilme, cezanın bir infaz biçimi olduğundan dolayı, hükümlünün bunu reddetme hakkı bulunmamasıdır¹²².

C. Koşullu Salıvermenin Koşulları

1. Cezanın Bir Kısımının İnfaz Edilmiş Olması

Koşullu salıverme, yalnızca kanunun belirlediği şartları yerine getiren mahkûmların faydalanabileceği bir uygulamadır. Sadece hapis cezaları için kabul edilen bu kurumda, cezanın bir bölümünün cezaevinde çekilmiş olması temel koşul olup bu koşulun yerine getirilmemesi durumunda diğer koşulların bir önemi bulunmamaktadır¹²³.

Koşullu salıverilmenin kanunda belirtilen koşullara bağlı olarak değil, hâkimin takdirine göre, belli kişilere yönelik tatbik edilmesi halinde bu müesseseden umulan fayda söz konusu olamayacaktır¹²⁴.

Hükümlünün koşullu salıverme hakkından yararlanabilmesi için hapis cezasının belirli bir bölümünün cezaevinde tamamlanmış olması şarttır. Bu müddet içinde birey gözlem altında tutulacak, değerlendirilecek ve suçtan pişmanlık duyup duymadığı belirlenecektir¹²⁵. Koşullu salıverme için cezaevinde tamamlanması gereken müddetin uzunca olması, bu müessesenin müessiriyetini azaltacaktır, ancak hapisnede çekilecek müddetin çok kısa olması da müeyyidenin amacıyla bağdaşmayacaktır¹²⁶.

Hükümlüyü müşahede etmek ve işlediği suç dolayısıyla pişman olup olmadığının belirlenmesi için yeterli bir müddet olması önemlidir. Bu müddet, müessesenin amaçlarına ulaşabilmesi için kritik bir rol oynamaktadır. Eğer bu süreç yeterince "uzun" olmazsa, hükümlünün içinde bulunduğu durumu değerlendirmek ve olumlu değişimlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek zorlaşabilir, dolayısıyla müesseseden beklenen hedefler de başarılamaz.

Hükümlü, işlediği suçun türüne ve alınan cezanın miktarına dayanarak, kanunda belirtilen kesinleşmiş mahkûmiyet süresinin bir kısmını ya infaz kurumunda geçirebilir ya da belirli bir süre öncesini denetimli serbestlik koşulları içinde

¹²² Akkaş (n 115) 310.

¹²³ Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 551.

¹²⁴ Akkaş (n 115) 310.

¹²⁵ Veli Kafes, *Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar* (Adil 1998) 29.

¹²⁶ Akkaş (n 115) 310.

tamamlayabilir. “Denetimli serbestliğin uygulanma şartları ve süreleri Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGTİHK) m. 105/A ve CGTİHK Geçici madde 6 ve 9’da düzenlenmiştir¹²⁷.” CGTİHK’da koşullu salıverilme için hapisshanedede geçirilmesi gereken müddetler çeşitli olasılıklara göre tasnife tabi tutulmuştur. Bu ayırım adi suçlar, örgüt suçları, terör suçları ve tutukluluk durumlarında tutukluluktan geçen süre olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁸.

a. Adi Suçlar

Adi suçlarda koşullu salıverme süreleri ve oranları CGTİHK m. 107/2’de düzenlenmiştir. Buna göre; “Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.” Ancak CGTİHK m. 107/2- ikinci cümlede sayılan suçlarda¹²⁹ koşullu salıverme oranı 2/3 olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla CGTİHK’da adi suçlar için 2

¹²⁷ Denetimli Serbestlik ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114).

¹²⁸ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2021) 528 vd.; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 553.

¹²⁹ “ Türk Ceza Kanununun;

- a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- b) Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
- f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,
- g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,
- h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.

farklı koşullu salıverme oranı kabul edilmiş olup bunlar, 1/2 ve 2/3 oranı şeklindedir. 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile İnfaz Kanunu'na suç kataloğu eklenmiş ve katalogda yer alan suçlarda koşullu salıverme oranı 2/3 olarak kabul edilmiştir.

Adi suçlarda, birden fazla hapis cezasına mahkûmiyet durumunda CGTİHK m. 107/3'te infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreler düzenlemiştir¹³⁰.

Yine CGTİHK m. 107/5'te "*Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.*" hükmüne yer verilmiştir.

b. Örgüt Suçları

CGTİHK m. 107/4-ilk cümleye göre, "*Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.*" Bu düzenlemeye göre örgütlü suçlarda süreli hapis cezalarında koşullu salıverme oranı 2/3'tür.

c. Terör Suçları

Terör suçlarında koşullu salıverme oranı açıkça düzenlenmemiş olup, CGTİHK m. 107/4-ikinci cümlede, "*Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabii oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.*" ifadesine yer verilerek dolaylı bir düzenleme yapılmıştır. Burada Terörle Mücadele Kanunu'nu (TMK) göz önünde bulundurmamak gerekir. İlgili TMK m. 17/1 uyarınca koşullu salıverme süresi 3/4'tür.

CGTİHK m. 107/4-ikinci cümleye göre, "*Ancak, bu süreler; a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası*

¹³⁰ Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre;

- a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı,
- b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz,
- c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı,
- d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz,
- e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz, yıldır."

ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk, b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört, c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk, d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört, e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki, yıldır. Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

d. Mükerrirler

Tekerrür, daha önce mahkeme tarafından kesin bir hükümle mahkum edilen kişinin, belirli bir müddette ikinci bir suç işlenmesidir. Ancak, tekerrür hükümleri sadece ilk suçun kesinleşmiş olması durumunda uygulanabilir. Tekerrürde, mahkum cezasını “mükerrirlere özgü infaz rejimi” kapsamında çekmektedir. Dolayısıyla CGTİHK m. 108/1- ilk cümleye göre, “Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının, b) Müebbet hapis cezasının otuzüç yılının, c) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yılının, d) Süreli hapis cezasının üçte ikisinin, İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.”

CGTİHK m. 108/1- ikinci cümleye göre, “Ancak, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.” hükmü yer almaktadır.

CGTİHK m. 108/1- ikinci cümlede koşullu salıverilme oranı 2/3’ten fazla olanlar ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte bu ifadede iki husus belirtilmemiştir. Bunlardan ilki 2/3’ten fazla olan oranın ne olduğu belli değildir. İkincisi belli olmayan bu oran hangi suçlara uygulanacaktır¹³¹. Bu belirsizlik CGTİHK m. 108/9’da yer alan düzenleme ile giderilmektedir.

CGTİHK m. 108/9’a göre, “Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. Ancak, süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır.”

¹³¹ Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 558.

Yukarıdaki düzenlemeler göz önüne alındığında mükerrerler için 2/3 ve 3/4 olmak üzere Kanunda iki farklı koşullu salıverme oranı düzenlenmiştir.

e. Tutukluluk Durumlarında Tutuklulukta Geçen Süre

Koşullu salıverilme cezaların infazı için getirilen bir kurumdur. Hapis cezasına mahkumiyet kararları, kesinleşmeden hapisanede çektirilemeyeceğinden dolayı bu müessesenin tutuklular açısından tatbik edilebilme imkanı bulunmamaktadır¹³². CGTİHK m. 107/1'de "mahkûm kişi", "mahkûm edilmiş olmak" ifadeleri kullanılmıştır.

Bir mahkûmun yargılama sürecinde tutuklu olarak geçirdiği belirli bir zaman diliminin, koşullu salıverilme için gerekli olan cezaevinde tamamlanması gereken süreyi hesaplarken göz önüne alınıp alınmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cezasının koşullu salıverilmeye mukabil gelen bölümünü tutuklulukta geçirmiş, tutuklu iken iyi hal göstermiş ve karar sırasında da tutuklu bulunmayan kimseler, ceza infaz kurumuna alınmaksızın doğrudan koşullu salıvermeden faydalanabilecektir¹³³. Örneğin; tutuklu A, koşullu salıverme oranı 1/2 olan adi bir suçtan dolayı 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. A, 5 yıl 10 gün tutuklu kalmış ve sonrasında tahliye edilmiştir. A, tutuksuz yargılanırken 10 yıllık hapis cezası kesinleşmiştir. A, tutuklu kaldığı zaman diliminde iyi hal göstermiş ise artık, bu suçtan dolayı infaz kurumuna girmeyecek, koşullu salıverme müessesesinden faydalanabilecektir. Diğer bir ihtimalde ise, tutuklu A, koşullu salıverme oranı 1/2 olan adi bir suçtan dolayı 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. A, 2 yıl 8 ay tutuklu kalmış ve sonrasında tahliye edilmiştir. A, tutuksuz yargılanırken 10 yıllık hapis cezası kesinleşmiştir. A, tekrar infaz kurumuna girecek, 2 yıl 4 ay daha infaz kurumunda iyi hal göstererek kaldığı takdirde, koşullu salıvermeden faydalanabilecektir. Burada, kişinin denetimli serbestlik hakkı da söz konusudur. Ancak çalışmamızda konu sadece koşullu salıverme açısından ele alınmaktadır.

Başka bir olasılık ise, hüküm verildiği anda tutuklu olan ve tutukluluk müddetleri hükümde belirtilen cezaya ilişkin koşullu salıverilme müddetini karşıla-

¹³² Demirbaş (n 126) 534; Akkaş (n 115) 316; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 558.

¹³³ Demirbaş (n 126) 534; Akkaş (n 115) 316; Kafes (n 123) 45; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (114) 559.

yan hükümlüler hakkında tutukluluk halinin devamına karar verilip verilemeyeceğidir. Öğreti ve uygulamada bu kişiler “hüküm özlü” olarak tesmiye edilmektedir¹³⁴.

Hüküm özlüler, tutuklu olarak yargılandıkları davada mahkûmiyetlerine karar verilen, ancak bu kararın henüz kesinleşmediği kimselerdir¹³⁵. Örneğin, tutuklu A, koşullu salıverme oranı 1/2 olan adi bir suçtan dolayı 8 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir ve bu sırada tutukludur. A, yargılama esnasında 4 yıldır tutuklu kalmıştır. A'nın tutuklulukta geçirdiği 4 yıllık süre hükmedilen cezaya göre koşullu salıverme süresine karşılık gelmektedir. Ancak bu gibi durumlarda, hüküm kesinleşmediğinden koşullu salıverilmenin tatbik edilmesi mümkün değildir. Çünkü CGTİHK m. 4'te yer alan “Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmeden infaz olunmaz” hükmü ile CGTİHK m. 107'deki düzenleme, koşullu salıvermeye yararlanmayacaklarını belirtmektedir¹³⁶.

Uygulamada mahkemeler, mahkûmiyet kararı verdiğinde, Cumhuriyet savcılarını “hüküm özü” adı verilen kararın özetini infaz kurumuna idaresine yollamakta, idare de hüküm kesinleşmiş olmadığından ilamda yazılı müddetin bitimine kadar cezayı çektirip müddet dolunca hükümlüyü salıvermektedir¹³⁷. Bu husus öğretilerdeki yazarlar tarafından eleştirilmektedir¹³⁸. Uygulamada bu durumdaki kişiler bir dilekçeyle başvurarak haklarındaki tetkikin öne alınmasını

¹³⁴ Ülkemizde uzun süren yargılamalar dolayısıyla, koşullu salıverme süreleri dolmasına rağmen tutukluluğu devam eden birçok kimse kanun yollarından vazgeçmektedir. Bu durum Türkiye’de azami tutukluluk sürelerinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunun ve AİHS m. 5/3 uyarınca makul sürede yargılamanın ihlal edildiğinin ibret verici bir örneğidir. Özellikle Adalet Bakanlığının 22.01.2007 tarihli 45/1 sayılı Genelgesi ile ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet hükmü verilen fakat hükümleri kesinleşmeyen sanıklar için “hüküm özlü” kavramına yer verilmiştir. Bu genelge hüküm özlüleri, tutuklu yargılanan diğer sanıklardan daha sıkı bir rejime tabi tutmuştur. Uygulamada koşullu salıverme sürelerinin dolması dolayısıyla, kanun yollarından vazgeçenler genellikle hüküm özlülerdir.

(Daha geniş bilgi için bkz; Levent Korkut, ‘Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme’ (2014) (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102128>>.

¹³⁵ Akkaş (n 115) 317.

¹³⁶ Demirbaş (n 126) 534; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 559.

¹³⁷ Demirbaş (n 126) 534; Akkaş (n 115) 316; Kafes (n 123) 46; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 560.

¹³⁸ Demirbaş (n 126) 534; Akkaş (n 115) 316; Kafes (n 123) 46; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 560; Yenidünya, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme* (n 119) 133.

üst derece mahkemelerinden istemektedirler. Ancak Cumhuriyet savcısının ve katılanın hükmü istinaf veya temyiz etmediği hallerde sanık, kanun yoluna başvuru hakkını kullanmayarak hakkındaki hükmü kesinleştirmekte ve hükümlü durumuna geçmektedir. Bu şekilde kişi koşullu salıverilmeden faydalanabilecek hale gelmektedir. Böyle bir durum muhtemelen hukuka aykırı olarak hükmedilen bir hükmün kesinleşmesine ve sanığın başvurabileceği kanun yollarına başvurmamasının önüne geçmektedir¹³⁹.

Kanaatimizce tutuklulukta geçen müddetlerin koşullu salıverilmede geçmesi gereken müddeti karşıladığı bu gibi durumlarda kişi salıverilebilmelidir. Bu konuda kanunda bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Hüküm özlülerin, tutukluluk hallerinin en geç 1 ay içinde inceleneceği gibi bir düzenleme getirilmelidir. Böylelikle istinaf ve temyiz aşamalarının uzun sürmesi durumunda kişiler koşullu salıverme hakkından mahrum kalmayacaktır¹⁴⁰.

2. İyi Halli Olmak

Koşullu salıverilme ile hükümlünün ıslah edilmesi ve toplumla tekrardan uyumlu hale gelmesi hedeflenmektedir. Hükümlü iyi hal gösterdiğinde koşullu salıvermeden faydalanabilecektir. Aksi takdirde koşullu salıverme kurumu sıradanlaşacak ve bu kurumdan beklenen amaçların gerçekleşmemesi durumu ortaya çıkacaktır.

İyi halli olmak koşulu CGTİHK m. 107/1’de açıkça ifade edilmiştir. Hükümlünün iyi halli olup olmadığının tespiti veya belirlenmesinde dikkate alınacak olan hususlar ile iyi halin tespitini yapacak kurul ve kurulun kimlerden oluşacağı “CGTİHK m. 89’da” ve “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliği’nin¹⁴¹ m. 109’da” düzenlenmiştir.

“İyi hal kararı verilmesi için hükümlünün;

1- Ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla kurulmuş kurallara içtenlikle uyması,

2- Haklarını iyi niyetle kullanması,

3- Yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi,

¹³⁹ Kafes (n 123) 47; Akkaş (n 115) 318.

¹⁴⁰ Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 560.

¹⁴¹ RG 29.03.2020/31083.

4- Uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olması,

5- Tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olması gerekmektedir.”

Hükümlüye uygulanmış ve kaldırılmamış disiplin cezaları, koşullu salıverilme müessesesinin uygulanmasına engeldir.

İyi hal tespit ve değerlendirmesinde, mahkûmun işlediği suçtan pişman olması aranmamalıdır. Uygulamada sözlü olarak mahkûmdan işlediği suçtan dolayı pişman olduğuna ilişkin beyan alınmaktadır. İyi hal değerlendirmesinde, disiplin kurallarına uyma, verilen görevleri ya da yükümlülükleri yapma, haklarını kanuna uygun kullanma gibi ölçütler esas alınmalıdır¹⁴². Pişmanlık yargılama sürecini etkileyecek bir husus olduğundan, bu süreçte aranmaması gerekmektedir.

3. Koşullu Salıverme Kararını Verecek Mercî

CGTİHK m. 107/11'e göre, koşullu salıvermeye, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliği karar verir.

“Koşullu salıverilme hakkında bir karar verilebilmesi için, hükümlünün iyi halini tespit eden, ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli raporun, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliğine verilmesi gerekmektedir.”

“İnfaz hâkimi, hükümlünün iyi halini tespit eden raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir; raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.”

İnfaz hâkiminin, Ceza İnfaz Kurumu İdaresi'nin ya da İdare Gözlem Kurulu'nun verdiği raporla bağlı olup olmadığı hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İnfaz hâkimi, hükümlü hakkında iyi halli olduğuna ilişkin düzenlenen raporda hatalı tespit ve değerlendirmeler varsa bağlı değildir. Bu gibi durumlarda hata önemsiz ise kendisi düzeltmeli, aksi takdirde hata önemli ise, düzeltilmesi için raporu idareye geri göndermelidir. Bahse konu bu gönderme durumlarının bulunmadığı hallerde, infaz hâkimi gerekçeli raporla bağlı olmalı-

¹⁴² Akkaş (n 115) 320; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 567.

dır¹⁴³. İnfaz hâkiminin karar verirken göz önünde bulunduracağı ilk şey, cezanın kanunda belirtilen müddetinin cezaevinde geçirilip geçirilmediğidir. Sonrasında verilen iyi hal kararının kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun olup olmadığı incelenmektedir.

CGTİHK m. 107’de hükümlünün koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için başvuru ya da talepte bulunmasının zorunlu olup olmadığı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak mülga Ceza İnfaz Kanunu m. 19/1’de “*talepleri olmasa dahi şeklinde*” açık bir hüküm bulunmaktaydı. Kanaatimizce koşullu salıvermeden faydalanabilmek için hükümlünün talebine gerek yoktur. Şartları oluşmuşsa infaz hâkimliği koşullu salıverme hükümlerini uygulamalıdır. Ancak hükümlünün talepte bulunmasına mani bir hüküm de bulunmamaktadır. Hükümlü koşullu salıvermeden faydalanmak için bir talepte bulunabilir. Bu talep üzerine bir karar vermek zorunludur¹⁴⁴.

4. Koşullu Salıvermenin Uygulanmayacağı Suçlar

TMK m. 17/2’ye göre, “*Tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*”

TMK m. 17/3’e göre, “*Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanunun kapsamına giren bir suçta işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar.*”

TMK m. 17/4’e göre, “*Ölüm cezaları, 14.07.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanununun 1. maddesi ile değişik 03.08.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkın-da ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder.*”

CGTİHK m. 106/9’a göre, “*(Değişik: 26/2/2008-5739/5 md.) 16. madde hükümleri saklı kalmak üzere, adlî para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse*

¹⁴³ Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 570.

¹⁴⁴ İbid 570.

çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.”

CGTİHK m. 107/16'ya göre, “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, “Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” başlıklı Dördüncü Bölüm, “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı Beşinci Bölüm, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.”

CGTİHK m. 108/3'e göre, “İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez. (Ek cümle: 14/4/2020-7242/49 md.) Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.” CMK m. 2/1-1'de düzenlenen disiplin hapsi ve İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 340, 341, 343 ve 344'te düzenlenen tazyik hapislerinde koşullu salıverme hükümleri uygulanmamaktadır.

5. Koşullu Salıvermenin Geri Alınması

a. Denetim Süresi İçinde Kasıtlı Bir Suçun İşlenmesi

“Denetim süresini yükümlülüklerine uygun ve iyi hâlli olarak geçiren hükümlünün cezası infaz edilmiş sayılır. Bunun aksine, koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, infaz hâkiminin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır¹⁴⁵.”

Bir kişinin suç işlediğinin tespit edilebilmesi için yalnızca bir soruşturma veya kovuşturma yapılması yeterli değildir. Ayrıca, kişinin suçlu olduğu hususundaki hükmün, olağan kanun yollarına başvurarak ya da kanun yollarına başvurma sürelerinin sona ermesini ardından kesinleşmiş olması gerekmektedir. Kanunda yer alan düzenlemeden yola çıkarak, hükümlünün denetim müddetinde kasıtlı bir suça vücut vermesi halinde, kesinleşmiş bir hapis cezası hükmünün varlığının gerekmediği düşünülebilir ancak CGTİHK m. 107/15'te yer alan “Hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse...” tabiri de; kanun koyucunun, koşullu salıverme kararının geri alınması için, hükümlünün daha sonra işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetini aradığını işaret etmektedir.

¹⁴⁵ 5275 sayılı CGTİHK m. 107/12, 14.

Eğer bir suç kasıtlı olarak işlenmemişse veya kasıtlı işlenmiş olsa bile ceza hapis cezası değil, adli para cezasını gerektiriyorsa, koşullu salıverme kararı geri alınamaz¹⁴⁶.

Hükümlü denetim müddetinde hapis cezası gerektiren kasıtlı suç işlemiş olsa bile, eğer hükmedilen kısa süreli hapis cezası, TCK'nın 50. maddesi uyarınca *“adli para cezasına veya seçenek yaptırıma çevrilmişse, uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya seçenek yaptırım olacaktır.”* Dolayısıyla, koşullu salıverilme kararı geri alınamayacaktır¹⁴⁷.

Denetim süresi içinde kasten işlenen suçtan dolayı verilen hapis cezası TCK m. 51 uyarınca ertelenen hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü TCK m. 51/8 uyarınca *“hapis cezası ertelenen kişi denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılmaktadır.”* Dolayısıyla hapis cezasının ertelenmesi kişinin hapis cezasını infaz kurumunda çekmesinin önüne geçen bir infaz rejimidir¹⁴⁸. Ancak kişinin ertelenen hapis cezası taksirli bir suçla ilişkin ise koşullu salıverilme kararı geri alınamayacaktır.

Denetim süresinde işlediği kasıtlı suçtan verilen hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hakkında CMK m.231/8 uyarınca hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlünün koşullu salıverilme kararı geri alınamaz¹⁴⁹.

Koşullu salıverme kararının geri alınması için; denetim süresi içinde işlenen kasıtlı suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün mutlaka denetim süresinde kesinleşmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilecek husus hükümlünün denetim süresi içinde bu suçu işlemiş olmasıdır¹⁵⁰.

Denetim müddeti içinde vücut bulan kasıtlı suç, genel af muhtevasına girmediğinde, verilen ceza tamamen ortadan kalkar¹⁵¹. Bu durumda, koşullu salıver-

¹⁴⁶ Yenidünya, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartlı Salıverme* (n 119) 177.

¹⁴⁷ Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023) 402; Özgenç (n 112) 820; Demirbaş (n 126) 544.

¹⁴⁸ Aynı yönde Akkaş (n 115) 327 ve Hakan Gündüz, ‘Koşullu Salıverme Kararının Geri Alınması’ (2021) 16(2) ERÜHFD 389, 403.

¹⁴⁹ Feridun Yetgin, *İnfaz Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Adalet 2021) 853; Gündüz (n 146) 404; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 576.

¹⁵⁰ Demirbaş (n 126) 544; Özgenç (n 112) 821; Yetgin (n 147) 852; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 576; Gündüz (n 146) 406.

¹⁵¹ TCK m. 65/1; *“Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.”*

rilme kararının geri alınmaması gerekmektedir¹⁵². Ancak, özel af durumunda böyle bir hukuki sonuç doğmaz¹⁵³. Dolayısıyla, denetim müddeti içinde vücut bulan kasıtlı suç özel af muhtevasına girse bile, koşullu salıverilme kararının geri alınması gerekmektedir¹⁵⁴.

b. Hükümlünün Denetim Süresinde Kendisine Yüklenen Yükümlülüklerle İnfaz Hâkiminin Uyarısına Rağmen Uymamakta Israr Etmesi

Koşullu salıverme kararının geri alınmasını gerektiren bir başka durum ise mahkûmun denetim mühleti içinde üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesidir.

Koşullu salıverilen kişi denetim mühleti içinde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmiş ve bu çerçevede CGTİHK m. 107 belirtilen yükümlülüklerden bir veya birkaçı kendisine yüklenmişse, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'ne¹⁵⁵ göre gerçekleştirilecektir.

İlgili yönetmeliğin 41. maddesine göre, denetimli serbestlik kararları kayıt işlemlerinin tamamlanmasından itibaren yükümlülere 3 iş günü içinde yazılı veya elektronik olarak tebliğ edilmektedir. Tebliğden itibaren 10 gün içinde müdürlüğe başvurulması gerektiği kendisine bildirilir. Ayrıca tebligatta, “yükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen bir mazereti olmadan denetimli serbestlik müdürlüğüne gelmemesi veya kendisi için belirlenen yükümlülüklerin gereğini yerine getirmemesi durumunda, koşullu salıverilme kararının geri alınabileceği bildirilir¹⁵⁶.”

“Yükümlülüğün yerine getirilmesi için uyulması gereken kurallar ile bu kapsamda hazırlanan programa ve ilgili personelinin bu bağlamdaki uyarı ve çağrılarına uyulmaması yükümlülüğün ihlali sayılmaktadır. Yükümlülüğün ihlali halinde yükümlü, komisyon tarafından veya komisyonun önerisi üzerine infaz hâkimi tarafından, bir yazının tebliği suretiyle uyarılır¹⁵⁷.”

¹⁵² Yetgin (n 147) 853; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 576; Gündüz (n 146) 407.

¹⁵³ TCK m. 65/2-3; “Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Cezaya bağlı olan veya hükümdede belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.”

¹⁵⁴ Yetgin (n 147) 852; Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (n 114) 576; Gündüz (n 146) 407.

¹⁵⁵ RG 10.10.2022/31655.

¹⁵⁶ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 41/2.

¹⁵⁷ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 44.

CGTİHK'nın 107/12. fıkrasında bulunan “hükümlünün, ... kendisine yüklenen yükümlülüklerle, infaz hâkiminin uyarısına rağmen, uymamakta **ısrar etmesi halinde...**” ifadesinde geçen ısrar etme kavramından ne anlaşılacağı önem arz etmektedir. Bu hususta ısrardan ne anlaşılması gerektiği yönetmeliğin 44. Maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “denetimli serbestlik kararlarının infazında, yükümlülüğün bir yıl içinde mazeretsiz olarak ve kasıtlı şekilde üç defa ihlal edilmesi yükümlülüğe uymamada ısrar etme sayılmaktadır. Yükümlünün ikinci kez uyarılmasının akabinde bir yıl içerisinde üçüncü ihlalin tespit durumunda dosyanın kapatılması ile ilgili aşama başlatılmaktadır. Suça sürüklenen çocuklar ve denetimli serbestlik kararının infazına başladığı tarihte on sekiz yaşını doldurmamış olup infaz sürecinde on sekiz yaşını dolduranlar için ise hükümlünün bir yıl içinde üçüncü kez uyarılmasının ardından bir yıl içinde dördüncü ihlalin tespit edilmesi durumunda dosyanın kapatılması ile ilgili aşama başlatılmaktadır.”

c. Koşullu Saliverilme Kararının Geri Alınmasının Yöntemi

Hükümlünün “koşullu saliverilme” kararı iki durumda geri alınabilir. Bunlardan ilki İnfaz Kanunu m. 107/15 uyarınca, “denetim süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmesidir.” ikincisi ise, “bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmemesi” durumudur. İşbu durumlarda “hüküm veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliği tarafından koşullu saliverilme kararının geri alınmasına dosya üzerinden karar verilir¹⁵⁸.”

Cezaların içtima ettirildiği durumlarla karara BAM veya Yargıtay tarafından hükmedilmiş olması durumunda ise “CGTİHK m. 101/2'ye göre belirlenen infaz hâkimliği tarafından koşullu saliverilme kararının geri alınmasına dosya üzerinden karar verilir¹⁵⁹.” Bu karar karşı “itiraz” yolu açıktır¹⁶⁰.

Kanaatimizce koşullu saliverilme kararının geri alınması kararını verme yetkisinin; infaza başlandığı andan başlayarak süreci yürüten “infaz işlemlerinin

¹⁵⁸ 5275 sayılı CGTİHK'nun 107/15. maddesinin 7242 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle değiştirilmeden önceki haline göre, koşullu saliverilme kararının geri alınmasına karar verme görevi hüküm veren mahkemeye ait iken, söz konusu Kanun değişikliği ile; koşullu saliverilme kararını geri alma görevinin hüküm veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliğine ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹⁵⁹ 5275 sayılı CGTİHK m. 107/15.

¹⁶⁰ 5275 sayılı CGTİHK m. 107/15.

yapıldığı yer infaz hâkimi" yerine, uygulama sürecine etkisi bulunmayan "hüküm veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimi" tarafından yapılması yerinde bir düzenleme değildir¹⁶¹.

Sonuç

Koşullu salıverilme, en basit tabirle; uygulamaya başlanmış olan hapis cezası çeken hükümlünün, özgürlüğünün kısıtlanmasına belli şartlarla erkenden son verilmesidir¹⁶². 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nda tanzim edilen koşullu salıverme, infaz kurumunda bulunan hükümlü kişinin ceza mühleti tamamlanmadan, erkenden özgür bırakılmasıdır. Koşullu salıvermenin, şarta bağlanmasının nedeni hükümlünün bakiye cezası zarfında suç işlememesi ve bazı mükellefiyetlere uyma koşuludur. Bu yönüyle koşullu salıvermeden faydalanıp erken çıkan kişinin cezasının infazı tamamlanmamıştır. Koşullu salıverme, hak ederek tahliye (bihakkın tahliye) zamanına kadar geçecek zaman diliminde birtakım koşullarla mahkumun infaz kurumundan daha erken çıkmasını sağlar¹⁶³. Önemle belirtilmelidir ki, İnfaz Kanunu'nda düzenlenen koşullu salıvermeye ilişkin hükümler tabiri caiz ise bir bulmaca gibi düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunu okuyan bir vatandaşın, müesseseyi anlayabilmesi pek mümkün değildir. Kanunlar, toplum içindir dolayısıyla sadece infaz ile ilgilenen kişilerin anlayabileceği bir şekilde değil daha sade ve anlaşılır bir biçimde okuyan her vatandaşın anlayabileceği bir düzenleme yapılmalıdır.

CMK m. 141/1-f'de "Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, (...) kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler." hükmü yer almaktadır. İlgili düzenleme uyarınca iki farklı durumda devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır; ilk olarak kişinin gözaltı ve tutuklama tedbiri

¹⁶¹ Benzer bir görüş için bkz: İzzet Özgenç, Adem Sözüer ve Mahmut Koca, 'Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi' <[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-(2020.04.06).pdf)> Erişim Tarihi 1 Mart 2024; Gündüz (n 146) 409.

¹⁶² Mehmet Maden, 'Koşullu Salıvermenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği' (2020) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 633, 636.

¹⁶³ Özbek (n 145) 381.

dolayısıyla geçirdiği zaman, hükümlülükte geçecek zamandan fazla olursa devletin tazminat yükümlülüğü doğacaktır. İkinci olarak işlediği suç için yasada belirlenen cezanın yalnızca adli para cezası olması sebebiyle mecburi olarak kişinin adli para cezasıyla cezalandırılması durumunda devletin tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Her iki durumda da kişiyi tazminat alabilmesi için gözaltına alınmanın veya tutuklamanın kanundaki şartlara uygun olması gerekir. Yani tedbirlerin haksız uygulanması gerekir¹⁶⁴. Eğer gözaltı ve tutuklama tedbiri haksız değil de kanuna aykırı uygulanırsa, hükümlülük süresinin fazla olup olmadığına dikkat edilmeden CMK m. 141/1-a uyarınca devletin tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁶⁵.

Burada akla gelen husus, tutukluluk süresinin mahkûm olunan hapis cezasından daha fazla olması durumunda tazminat talep edilirken, kişinin koşullu salıverme süresi mi yoksa bihakkın tahliye süresi mi göz önünde bulundurulmalıdır? Örneğin tutuklulukta 2 yıl geçirmiş olan bir kimse, 1 yıl hapis cezasına çarptırılmış olabilir. Bu tazminat sebepleri değerlendirilirken kişinin hapis hane de geçireceği süre değil, sonuç olarak aldığı hapis cezası ile tutuklulukta geçirdiği süreler karşılaştırılmalıdır. Başka bir deyişle koşullu salıverme süresi değil, bihakkın tahliye süresi göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶⁶. Yargıtay da hükümlülük süresinin bihakkın tahliye süresi olduğunu kabul etmektedir¹⁶⁷. Ancak Yargıtay bu içtihadını değiştirip “bazı davalarda tutuklu yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan ve dolayısıyla 5275 sayılı İnfaz Kanunu’nun 107. maddesinde yer alan koşullu salıvermeden yararlanamayan ve mağdur olan sanık için¹⁶⁸; Anayasamıza göre bağlayıcı olan

¹⁶⁴ “Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen bir kişi kanunsuz olarak tedbire maruz kalmış iken, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra kişi hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmesi durumunda kişi haksız olarak tedbire maruz kalmıştır.”

¹⁶⁵ Özalp (n 1) 114.

¹⁶⁶ Nuri Düzgün ve Şerafettin Elmacı, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (2. Baskı. Adalet 2014) 134.

¹⁶⁷ Yargıtay 12 CD, 2018/8362-2019/449 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

¹⁶⁸ Ülkemizde uzun süren yargılamalar dolayısıyla, koşullu salıverme süreleri dolmasına rağmen tutukluluğu devam eden birçok kimse kanun yollarından vazgeçmektedir. Bu durum Türkiye’de azami tutukluluk sürelerinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunun ve AİHS m. 5/3 uyarınca makul sürede yargılamanın ihlal edildiğinin ibret verici bir örneğidir. Özellikle Adalet Bakanlığının 22.01.2007 tarihli 45/1 sayılı Genelgesi ile ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet

AİHS m. 5/3 uyarınca tazminatın koşullu salıverme tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğine” karar vermişse de¹⁶⁹, daha sonra yine eski içtihadına dönmüştür¹⁷⁰.

Yargıtay’ın eski içtihadına dönmesi isabetlidir. Kanun şüphesiz “*hükümlülük sürelerinden fazla olan*” bölüme ilişkin zararın karşılanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda mahsup edilecek süre koşullu salıverme değil bihakkın tahliye süresi olmalıdır¹⁷¹. Koşullu salıverme herkesin yararlanabileceği, kesin bir hak değildir. Adından da anlaşılacağı üzere belirli koşulların gerçekleşmesi halinde kişinin faydalanabileceği bir haktır. Koşullu salıverme süresi zarfındaki tutukluluk süresinin tazmini ancak olası bir zarar olarak değerlendirilebilir¹⁷². Kişinin uzun süre tutuklu yargılanmasından dolayı koşullu salıvermeden yararlanamamasından kaynaklı tutukevinde daha fazla kalması halinde; CMK m.141/1-f bendinden tazminat istenmemelidir. Böyle bir durum da CMK m. 141/1-a bendi dolayısıyla tutuklamanın ölçülülük-orantılılık ilkesine aykırı olmasından dolayı kanuna aykırı olması ya da m. 141/1-b bendi dolayısıyla tutuklamada makul sürenin aşılması dolayısıyla tazminat talep edilmelidir¹⁷³. Çünkü Yargıtay da yerleşik içtihadını değiştirip, hükümlülük süresinin hesabında koşullu salıvermenin gözetilmesi gerektiğini belirttiği kararlarında, AİHS m. 5/3 uyarınca tutuklamanın makul süreyi aşmaması gerektiğini belirtmiştir.

hükmü verilen fakat hükümleri kesinleşmeyen sanıklar için “hükümlülük” kavramına yer verilmiştir. Bu genelge hükümlülükleri, tutuklu yargılanan diğer sanıklardan daha sıkı bir rejime tabi tutmuştur. Uygulamada koşullu salıverme sürelerinin dolması dolayısıyla, kanun yollarından vazgeçenler genellikle hükümlülüklerdir.

(Daha geniş bilgi için bkz; Korkut (n 132) 103.

¹⁶⁹ Yargıtay 12 CD, 2014/832-2014/10020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

¹⁷⁰ Yargıtay 12 CD, 2017/4905- 2018/3817 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

¹⁷¹ Aynı yönde, Hakeri, *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (n 82) 261.

¹⁷² Hakeri, *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (n 82) 261.

¹⁷³ Özalp (n 1) 114; Yargıtay 12 CD, 2014/832-2014/10020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2022.

Kaynakça

- Aebi M F, Cocco E and Molnar L, *Prisons and Prisoners in Europe 2022: Key Findings of the SPACE I survey* (Council of Europe, 2023).
- Akcan Alan E ve Erden E, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2013).
- Akkaş A H, 'Koşullu Salıverme' (2008) (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 305-335.
- Alacakaptan U, 'Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti' (1961) 18(1) AÜHFD, 185-221.
- Aldemir H, 'Tutuklama' (2014) Terazi Hukuk Dergisi 441-460.
- Avcı G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Tutuklama Kurumunun İncelenmesi' (2010) 5(41) Terazi Aylık Hukuk Dergisi.
- Avcı M, 'Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 1994).
- Aycı E, *Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Adalet 2014).
- Başman M, 'Şartla Salıverilme' (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 1996).
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (22. Bası, Beta 2022).
- Çolak H ve Taşkın M, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Seçkin 2007).
- Demirbaş T, *İnfaz Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2021).
- Doğan R, 'AİHM Kararları Işığında Tutuklama Tedbirinin Hukuka Uygunluğu Denetimi' (2021) (155) TBB Dergisi, 1-50.
- Doğan R, *Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu* (Türkiye Barolar Birliği 2011).
- Donay S, 'Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı' (1974) 40(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 759-777.
- Düzgün N ve Elmacı Ş, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (2. Baskı, Adalet 2014).
- Erem F, 'Kanundışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat' (1964) 55(7-8) Adalet Dergisi, 714-731.
- , *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku* (6. Baskı, Işın 1986).
- Gökcan H T, *Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları* (2. Baskı, Seçkin 2009).
- Gökcen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (3. Baskı, Adalet 2018).
- Gözler K, 'Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13'üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme)' (2001) (4) Ankara Barosu Dergisi, 53-67.
- Gündüz H, 'Koşullu Salıverme Kararının Geri Alınması' (2021) 16(2) ERÜHFD, 389-420.
- Hakeri H, 'Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat' (2008) Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi (Ord. Sulhi Dönmezer'e Armağanı, C. II), 867-912.

- , *Genel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine Göre Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (2. Baskı, Seçkin 2021).
- Kafes V, *Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar* (Adil 1998).
- Kavalı M ve Ünver N, *Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi* (Kazancı 1979).
- Kazancı Eker B, 'İHAS ve İHAM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbirleri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması' (2012) (98) TBB Dergisi 75-104.
- Korkut L, 'Türkiye'de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme' (2014) (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 75-106.
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, İÜHFY 1978).
- Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta 2008).
- Maden M, 'Koşullu Salıvermenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği' (2020) 22(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 633-651.
- Mustafa Özen, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İnfaz Hukuku* (Adalet 2023) 551.
- Özalp N, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) (145) TBBD, 81-158.
- Özbey Ö, *İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması* (Adalet 2004).
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Adalet 2023).
- Özgenç İ, Sözüer A ve Koca M, 'Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi'
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Seçkin 2020).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Ö, Saygılar Kırıt Y F, Özaydın Ö, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2013).
- Rey L, 'Salıverme ve Şartlı Salıverme' (çev Mustafa Tören Yücel), (1970) 61(1) Adalet Dergisi, 42-58.
- Schroeder F C ve Verrel T, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (çev Salih Oktar, Yetkin 2019).
- Selçuk S, *Suç Yargılama Süreci Hukuku, Dogmatiği ve/ya Grameri* (1. Baskı, İmge 2022).
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020).
- Surlu M H, 'Haksız Tutuklamanın Tazmini Konusunda Uygulamadaki Yeni Gelişmeler' (1973) 64(11) Adalet Dergisi, 957-968.
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I* (11. Baskı, Seçkin 2020).
- Şahin C, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Yetkin 2014).
- Tezcan D, Erdem M R ve Sancaktar O, *İHAS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* (Seçkin 2004).

- Toroslu N ve Fezyioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Savaş 2008).
- Tosun Ö, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Cilt I Genel Kısım* (4. Baskı, İÜHFY 1984).
- Turhan F, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (1. Baskı, Asil 2006).
- Turinay F Y, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması' (2021) 70(2) AÜHFD, 475-541.
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Adalet 2020).
- Veli Özer Özbek, *İnfaz Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2023).
- Yaşar O, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, I. Cilt (9. Baskı, 2020).
- Yenidünya A C, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme* (Legal 2002).
- , 'Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Temel Özellikler' (2019).
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2020).
- Yenisey F, 'Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama' (2016) 32(1) Anayasa Yargısı, 213-229.
- , 'Tutuklama Kararında Gereke Gösterme Sorunu, Suç ve Ceza' (2009) (1) CHD.
- Yetgin F, *İnfaz Hukuku El Kitabı* (4. Baskı, Adalet 2021).
- Yiğit U ve Öztürk İ, 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemiyle Ağır Ceza Mahkemelerinde Açılan Davalarda Yargı Harcı' (2020) (1) MHFD, 33-74.
- Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (Adalet 2017).

Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) ile Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun (TCK m. 277) Karşılaştırmalı İncelemesi^(*)

Arş. Gör. Dr. Rukiye KAHYA^(**)

Öz

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesini korumaya yönelik yer alan suç türlerinden birisi adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu (TCK m. 288); diğeri ise yargı görevi yapanı, bilirkişiyi, tanığı etkilemeye teşebbüs suçudur (TCK m. 277). Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu 765 sayılı (Mülga) Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan, ilk olarak 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş bir suç tipidir. Hem yeni bir suç tipi olması nedeniyle uygulamada karşılaşılan sorunlar neticesinde madde kısa bir zaman diliminde önemli değişikliklere uğramış hem de TCK m. 277 ile olan benzerliği ve ilişkisi beraberinde tartışmaları da gündeme getirmiştir.

Çalışmada her iki suç tipinin suç teorisi açısından özellikleri ortaya konmuş, maddelerin geçirmiş oldukları değişiklikler ile suçların birbirlerine olan benzerlikleri ve farklılıkları açısından geçirdikleri dönüşümler ele alınmış, korunan hukuki değer bağlamında her iki suç karşılaştırılarak nasıl bir düzenleme öngörülebileceği yönünde bir bakış açısı sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs, Yargı Görevi Yapanı Etkileme, Tanığı veya Bilirkişiyi Etkileme, Adil Yargılanma Hakkı, İfade Özgürlüğü.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2024.

Atıf Şekli: Rukiye Kahya, 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) ile Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun (TCK m. 277) Karşılaştırmalı İncelemesi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 219, 266.

DOI: 10.52273/sduhfd..1473814.

Bu çalışma, yazarın Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Mustafa Özen danışmanlığında hazırlanan "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)" başlıklı doktora tezinden derlenerek hazırlanmıştır.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: rukiyekahya@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2487-6747>.

A Comparative Analyses of the Crime of Attempting to Influence a Fair Trial (TPC Art. 288) and the Crime of Attempting to Influence a Judicial Officer, Expert or Witness (TPC Art. 277)

Abstract

One of the types of crimes in the Turkish Penal Code (TPC) aimed at protecting the principle of an independent and impartial court, which is one of the elements of the right to a fair trial, is the crime of attempting to influence a fair trial (TPC art. 288) and the other is the crime of attempting to influence a judicial officer, expert, or witness (TPC art. 277). The crime of attempting to influence a fair trial is a type of crime that is not included in the (Repealed) Turkish Penal Code No. 765, but was first regulated in the Turkish Penal Code No. 5237. As a result of the problems encountered in practice due to it being a new type of crime, the article has undergone significant changes in a short period of time, and its similarity and relationship with TPC art. 277 has brought up discussions.

The study revealed the characteristics of both crime types in terms of crime theory, discussed the changes that the substances have undergone and the transformations that crimes have undergone in terms of their similarities and differences with each other, and tried to present a perspective on what kind of regulation can be envisaged by comparing both crimes in the context of the protected legal value.

Keywords

Attempting to Influence a Fair Trial, Influencing a Judicial Officer, Influencing Witness or Expert, Right to a Fair Trial, Freedom of Expression.

Extended Summary

One of the regulations in the Turkish Penal Code, which aims to protect the same legal values, is still valid and similar in terms of elements, is the crime of attempting to influence a judicial officer, expert or witness (TPC art. 277), and the other is the crime of attempting to influence a fair trial (TPC art. 288). While TPC art. 277 provides protection against attempts to influence those directly performing judicial duties in order to make a decision, action or statement that will have consequences in favor or against one of the parties to the case, the defendant, the participant or the victim, in order to prevent the truth from being revealed or to create an injustice; TPC art. 288 provides protection against statements made for the sole purpose of making an illegal decision or taking action or making an untrue statement, aiming to indirectly influence the persons listed.

The remarkable point is that, contrary to the similarities in terms of the elements of these two such similar crimes, which have a generality-specificity relationship, there is an inordinate difference between their sanctions. While the penalty for the crime of attempting to influence a judicial officer, expert or witness is imprisonment from two to four years, it is not an appropriate regulation that the penalty for the crime of attempting to influence a fair trial is a judicial fine. This disproportionate difference between the sanctions of two similar types of crimes created to protect the same legal values has led to the necessity of making this comparison with the question of whether it is a manifestation of an effort to make a classification among the possible perpetrators of the crimes.

With the amendment Law No. 6352 (2012), TPC art. 277 has undergone radical changes, and the optional actions constituting the crime of “giving orders, putting pressure, exerting influence”, which were stated as optional in the first version of the article, were changed and turned into a free movement crime; with the act and intention of attempting to influence to make a decision or to take an action or to make a statement that will have consequences in favor or against the defendant, participant or victim; power centers such as the government or other official authorities, criminal organizations, influential persons or institutions have been removed from the scope of the article and these potential perpetrators have been necessarily directed to the scope of TPC art. 288, where less punishment is foreseen.

The crime of attempting to influence a fair trial was originally regulated as a type of crime aimed at preventing the oppressive and malicious broadcasts of the media, and with the changes it has undergone, it has moved away from being a type of crime that sanctions and resulted in evaluation in one area that the unlawful intervention of the media, and the attempts of power-oriented individuals to influence the judiciary have been “softened” by envisaging only judicial fines; whereas these changes in question were brought as a result of harsh criticism of TPC art. 288 in terms of freedom of expression and freedom of the press.

In order to reveal this relationship between two crimes; in the first part of the study, the first version of TPC art. 277 and its changes were examined, in the 2nd part, the first version of TPC art. 288 and its changes were examined, and in the 3rd part, the results of these changes were analyzed comparatively.

Since changing the persons to whom two such similar regulations will be imposed due to certain nuances will not serve the fair trial that is tried to be protected by the crime in the first place, what needs to be done is to classify these articles well by sub-articles. TPC art. 277, the crime of attempting to influence a judicial officer, expert or witness, continues to exist as a regulation to protect the principle of impartial and independent court, while TPC art. 288, in accordance with its article title, aims to protect the elements of the right to a fair trial regulated by ECHR art 6, making it a more comprehensive regulation can be adopted as one of the methods to be followed in the changes that need to be made.

In this case, the course of investigations or cases can be controlled directly or indirectly, before or outside the court, with a gradual regulations made with more than one paragraph, such as the umbrella crimes of “contempt of court” regulated in the AngloSaxon legal systems or “obstruction of justice” regulated in the Continental European legal systems; any intervention that may have an indirect impact should be designated as a crime. However, when making such a regulation, assurances protecting freedom of expression and the press and the right to criticism must be cared. In the gradual regulation of the crime, specific regulations in the nature of concrete danger crimes can also be done.

The repeal of art. 288, together with the changes and additions to be made in similar types of crimes aimed at protecting the values intended to be protected by TPC art. 288, can also be presented as a solution offer. However, for example, expanding TPC art. 277 or art. 285 to include the elements of the right to a fair trial, will not be an easier and more functional method, as it will significantly change the nature of the crime.

Therefore, what needs to be done as a solution suggestion is; even if the scope of TPC art. 277 will be expanded, it is a multi-paragraph regulation that includes multiple crimes and multiple types of penalties -in line with the title of TPC art 288 - in a way that protects the elements of the right to a fair trial. In a detailed regulation of the crime, different degrees of crimes should be created, taking into account the distinction between intent and *dolus specialis* or between concrete and abstract danger crimes.

Giriş

Adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesini sağlamaya yönelik Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) başlıca iki suç türü ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birisi adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu (TCK m. 288), diğeri yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçudur (TCK m. 277). Her iki düzenleme de kanunda *Adliyeye Karşı Suçlar* başlığı altında yer almaktadır. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ile yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu; suç ile korunan hukuki değer, suçun maddi konusu ve hareket unsuru açısından paralel düzenlemeler olup, bu nedenle ayrı madde olarak düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı tartışmalarını gündeme getirmiştir.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda yapılan 2012 değişikliği gerekçesinde; *"Suçun oluşması bakımından, yapılan açıklamanın alenî olması gerekmekte olup, açıklamanın yazılı veya sözlü olması ya da basın ve yayın yoluyla yapılması önem taşımamaktadır..."* denilmektedir. TCK m. 288'de suç oluşturulan hareket, alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmaktadır. Oysa TCK m.277'de düzenlenen suç için aleniyet aranmamaktadır. Öyle ki yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığa ulaştırılan mesaj çoğu zaman gizli bir surette iletilmektedir. Diğer yandan TCK m. 277'de suça konu uyuşmazlık türü bir dönem, dava ve soruşturma aşamalarını kapsamış olsa da mevcut düzenlemede yalnızca görülmekte olan bir dava suça konu olabilir. Bu nedenle soruşturma aşamasında bağımsız ve tarafsız yargıya müdahale etmeye yönelik beyanlar, yalnızca TCK m. 288 kapsamında tartışma konusu olabilecektir.

Suçların unsurlarındaki farklılıklar ve suçları düzenleyen maddelerin geçirdiği değişiklikler bir arada ele alındığında "iki suçun olası faileri arasında bir belirlemeye gidilmesi mi amaçlanmış?" sorusu akıllara gelmektedir. Her iki suç da incelendikten sonra bu odaktan bakılmaya çalışılarak iki suç türü karşılaştırılmış, çalışmamız bu planla yürütülmüştür.

I. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Kanuni Düzenlemesi

A. Genel Olarak

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 277. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, yargı lamanın doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun biçimde yürü-

tülmesi sağlanarak yargının tarafsızlığı korunmakta, bireyin adil yargılanma hakkı güvence altına alınmaktadır¹.

TCK m. 277’de mevcut düzenleme şu şekildedir:

“Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs(1)

MADDE 277- (Değişik: 2/7/2012 - 6352/90 md.)

(1) Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/69 md.) Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

5237 sayılı Yeni TCK’nın ilk halinde 277. madde, *Yargı Görevi Yapanı Etkileme* başlığı ile düzenlenmişti². 2012 yılında, suçun maddi konusunda, hareket unsurunda ve manevi unsurunda değişiklikler yapılarak adeta madde yeniden

¹ Yargıtay 12 CD E 2019/12692 K 2020/2399, 04.03.2020 kararının konuya ilişkin ilgili kısmı şu şekildedir:

“... Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunda korunan hukuki yarar, yargı organlarının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasından ibaret değildir. Bu suçla korunması amaçlanan başlıca hukuki yarar; yargılamanın doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun biçimde yürütülmesini sağlayarak bireylerin adil yargılanma hakkının korunmasıdır. Nitekim, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun’la TCK’nın 277. maddesinde yapılan değişikliğin madde gerçeğinde de; adil yargılanma hakkını ihlal eden, yargılamanın doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun olarak işlemesi yönündeki toplumsal beklentiyi zedeleyen tutum ve davranışlardan kaçınılması gerektiği ifade edilerek, suçla korunmak istenen başlıca hukuki yararın bireylerin adil yargılanma hakkı olduğu vurgulanmıştır...” Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

² *“Yargı görevi yapanı etkileme*

MADDE 277.- (1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya dava ya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.”

formüle edilmiştir³. Bu değişiklik ile fikri içtima hükümlerinin yer aldığı nitelikli hal de ikinci fıkra olarak eklenmiştir. Ancak bu düzenlemenin belirsizlik içerdiği ve neredeyse suçun işlenmesini imkansız hale getirdiği gerekçesi ile iptali talep edilmiş, Anayasa Mahkemesi ise oybirliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir⁴.

2012 değişikliği ve de Anayasa Mahkemesince bu değişikliğin iptali talebinin reddi sonrasında 2014 yılında madde metninde ikinci ve son bir değişiklik daha yapılmıştır⁵. Madde metninden *soruşturma aşaması* ve *şüpheli* ifadeleri kaldırılmış, böylece yapılan bu değişiklik ile soruşturma evresinde savcıya veya sulh ceza hakimine yapılacak müdahaleler suç olmaktan çıkarılmıştır. Öte yandan suça konu kişilerin, yargı görevi yapanın, bilirkişinin, tanığın etkilenip etkilenmemesi nazara alınmadan hukuka aykırı etkileme girişiminin suç fiili olarak düzenlenmiş olması ve bu nedenle suçun etkisi bakımından soyut tehlike suç olması dolayısıyla suçun bu niteliğine paralel bir şekilde teşebbüsün iltimas derecesinde kaldığı durumlar, suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali olarak madde metnine eklenmiş ve madde metni bugünkü halini almıştır⁶.

Söz konusu değişikliğe karşı yine Anayasa Mahkemesi'ne iptal talebinde bulunulmuştur. Ceza muhakemesinin soruşturma evresinde yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs fiilinin suç olmaktan çıkarılması sonucu TBMM üyelerince, bu suçlarla etkin bir şekilde mücadelenin engellendiği ve Cumhuriyet savcısının gerçeği araştırma ve gerekirse kamu davası açma görevinin ortadan kaldırıldığı gerekçeleri ileri sürülerek açılmış olan bu iptal davası ise Anayasa Mahkemesince oy çokluğuyla reddedilmiştir⁷.

³ 02/07/2012 tarihli 6352 sayılı Değişiklik Kanunu/ Madde 90.

Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁴ Anayasa Mahkemesi E 2012/100 K 2013/84, 04.07.2013, Süleyman Özar, 'Anayasa Mahkemesi'nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun On Altı Yılı' (Haziran 2021) 11 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 409, 421-422.

⁵ 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Değişiklik Kanunu/ Madde 69.

⁶ "Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır." şeklindeki bu cümle, maddenin ilk halinde mevcut olup, 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Değişiklik Kanunu'nun 90. maddesi ile madde metninden çıkarılmış, 18/06/2014 tarih ve 6545 sayılı Değişiklik Kanunu'nun 69. maddesi ile ilk fıkranın son cümlesi olarak tekrar eklenmiştir.

⁷ Anayasa Mahkemesi E 2014/146 K 2015/31, 19.03.2015, Özar (n 4) 434.

B. 765 sayılı ETCK ile 5237 sayılı TCK Karşılaştırması

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun aksine, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun eski TCK'da düzenlenmiş bir karşılığı bulunmaktaydı. Bu suç, 765 sayılı eski TCK'nın, *Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler* başlıklı üçüncü babında, *Memuriyet ve Mevki Nüfuzunu Suistimal Edenler ve Memuriyet Vazifelerini Yapmayanlara Ait Cezalar* başlıklı dördüncü faslında 232. maddede düzenlenmiştir⁸. 5237 sayılı TCK'da ise 277. maddede düzenlenmiş olan bu suç, günümüzdeki haline kavuşana kadar yukarıda kısaca değindiğimiz 2012 ve 2014 yıllarında iki değişiklik geçirmiştir. Özellikle 2012 yılında yapılan ilk değişiklik suçun *anatomisini* değiştiren önemli bir değişiklik olmuştur.

Eski TCK'da bir karşılığı bulunan bu suçun, yeni bir düzenlemede yer alırken geçirdiği değişikliklerin vurgulanması amacıyla; çalışmanın bu başlığında madde metninin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 2005 yılındaki ilk hali ile eski kanunda yer alan hali karşılaştırılarak değerlendirilecek, maddenin geçirdiği değişiklikler ise sonraki başlıkta ele alınacaktır.

765 sayılı TCK'da "yargı görevi yapanlar" şeklinde kategorik bir belirlemeye gidilmemiş, yalnızca hakimlerden söz edilmiştir. Yani Eski TCK'da suç fiili ile etkilenmeye konu olacak kişiler yalnızca hakimlerdi⁹. 5237 sayılı TCK'da ise suç, "Yargı görevi yapanı etkileme" başlığı ile düzenlenmiş, suçun konusu herhangi bir yargı görevi yapan kişi olarak kabul edilmişti. Yargı görevi yapan kişiler ile kastedilenler; hakimler, savcılar ve avukatlardır.

Ünver, bir davanın varlığını kabul koşullarının olması halinde arabuluculuk veya tahkim heyetlerindeki görevlilerin de yargı görevi yaptıklarının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰. Ancak TCK m. 6/1-d'de yargı görevi yapan

⁸ "Madde 232:

Görülmede olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya garaz ve menfaata müsteniden hakimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse birinci ve ikinci surrette iki seneden ve üçüncü takdirde altı aydan az olmamak üzere hapis olunur. Fail memur ise başkaca müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır.

Bu müdahale üzerine dava haksız şekilde hüküm olunmuş ise ceza üçte biri kadar artırılır."

⁹ Davanın suçun ön şartı olduğuna, yargı görevi yapanların suçun maddi konusu olduğuna ilişkin görüş için bk. Nur Centel, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu', Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları (2008) 135, 147; Ali Parlar ve Mustafa Öztürk, *Uygulamada Adliyeye Karşı Suçlar* (Aristo 2018) 252-253.

¹⁰ Yener Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları* (7. Baskı, Seçkin 2023) 346.

deyimiyle *yüksek mahkemeler, adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatların* kastedildiği açıkça belirtilmektedir. Adil yargılama sürecine *hizmet eden* kavramı sadece karar merci olan kişilerle sınırlandırılmayacağından suça konu kişilerin hakimlerden yargı görevi yapanlara genişletilmesi yerinde bir yeniliktir. Daha sonra bilirkişi ve tanık da eklenecektir ancak olması gereken, soruşturma ve dava aşamalarında doğrudan etkisi olan kolluk personeli, uzlaştırmacı, arabulucu, tercümanın da madde kapsamına dahil edilmesidir.

Eski kanunda ve yeni kanunun ilk halinde suça konu uyuşmazlık türü dava olarak belirtilmişti. Suçun oluşması açısından suça konu davanın niteliği önem arz etmemekteydi¹¹. Görülmekte olan “dava” ceza mahkemelerinde, hukuk mahkemelerinde, idare ve vergi mahkemelerinde, üst derece mahkemelerde görülen tüm davaları kapsamaktaydı.

765 sayılı TCK düzenlemesinde suçun hareket unsuru *emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas etmek* şeklinde sınırlı olarak sayılmış, suç bağlı hareketli bir suç türü olarak düzenlenmişti. Failin müdahalesi üzerine haksız bir hüküm tesis edilmesi veya suçun bir memur tarafından işlenmiş olması ise cezayı ağırlaştırıcı sebepler olarak kabul edilmişti. 5237 sayılı TCK’da ise suçu oluşturan hareketi *emir vermek veya baskı yapmak veya nüfuz icra etmek veya her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek* şeklinde seçimlik hareketli olarak sayılmış, iltimas ise daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmişti. Ağırlaştırıcı sebeplere ise yer verilmemişti.

Suçun eski kanunda yer alan halinde taraflardan biri hakkında *sahabet veya garaz ve menfaata müsteniden*, yani taraflardan birinin lehine veya aleyhine haksızlık sağlama amacıyla bu eylemin gerçekleşmesi şeklinde özel bir kast aranmaktaydı. 5237 sayılı TCK’daki ilk düzenlemede ise genel kast yeterli görülmüştü¹². Daha sonraki başlıkta inceleneceği üzere suçun manevi unsuruna ilişkin bu husus 6352 sayılı Kanun ile değişecektir.

¹¹ Centel (n 9) 147.

¹² Centel (n 9) 151; İsmail Malkoç, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345)* II. Cilt (Ankara 2007) 2060. Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Madde 441.- Madde, bir davada taraflardan birinin veya bir kaçının ve sanıkların, katılanların veya mağdurların leh veya aleyhine yargı görevi yapanlara emir vermeyi veya baskı yapmayı veya nüfuz icra etmeyi veya yargı görevleri yapanları ne suretle olursa olsun etkilemeye teşebbüs etmeyi cezalandırmaktadır. Emir verildiği, baskı yapıldığı veya nüfuz icra edildiği veya etki yapılmasına girildiği anda cürüm tamamlanmış olur.

C. 6352 sayılı Değişiklik Kanunu ile Yapılan 2012 Değişikliği

5237 sayılı TCK'nın 277. maddesi ilk olarak *Yargı Görevi Yapanı Etkileme* başlığı altında düzenlenmiştir¹³. 02/07/2012 tarihli 6352 sayılı değişiklik kanununun 90. maddesi ile suçun maddi konusu genişletilerek madde başlığına bilirkişi ve tanık eklenmiş, suç serbest hareketli bir suç haline getirilmiş ve suçun manevi unsuruna ilişkin değişiklikler yapılmıştır¹⁴. Meclis üyeleri tarafından, suçun önceki halinde maddi unsurlar arasında sayılan "emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek" gibi ibarelere yer verilmeyerek ve manevi unsurlarda da önemli değişiklikler yapılarak failin saikine dair çok sayıda belirleme yapılmasıyla suçun oluşumunun neredeyse imkânsız hale getirildiği, ayrıca "bir haksızlık oluşturma" kavramının da belirsiz olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne iptal talebinde bulunulmuş, Anayasa Mahkemesi ise oybirliğiyle iptal talebinin reddine karar vermiştir¹⁵.

5237 sayılı TCK'da suç ilk olarak "*Yargı görevi yapanı etkileme*" başlığı ile düzenlenmiş, suçun konusu herhangi bir yargı görevi yapan kişi olarak kabul edilmiştir. Ancak 6352 sayılı Kanun ile bilirkişi ve tanık da etkilemeye konu kişiler arasına alınarak ve maddede düzenlenmiş olan teşebbüs kavramı da eklene-

Suç, herhangi bir yargı görevi yapana karşı işlenebilir.

Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde faille daha az ceza verilmesi öngörülmüştür. Burada iltimastan maksat, hatıra binaen ricada bulunmaktadır."

<<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-aa54-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5237#step-2>> Erişim Tarihi 01 Aralık 2023.

¹³ "*Yargı görevi yapanı etkileme*

MADDE 277.- (1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya dava-ya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır."

¹⁴ "*Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*

Madde 277- (Değişik: 2/7/2012-6352/90md.)

(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır."

¹⁵ Anayasa Mahkemesi E 2012/100 K 2013/84, 04.07.2013, Özar (n 4) 421-422.

rek madde başlığı “*Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*” olarak yeniden düzenlenmiştir.

Eski kanunda ve yeni kanununun ilk halinde suça konu uyuşmazlık olarak yalnızca dava öngörülmüştü. Ancak 6352 sayılı Kanun ile görülmekte olan dava veya yapılmakta olan soruşturma şeklinde sayılmıştır. Değişiklik öncesinde (suçun konusu “*Bir davanın...*” şeklinde belirtildiği dönemde), geniş yorumlamayla soruşturma evresinde yapılan işlemler bakımından da yargı görevlisini etkileme suçunun oluşabileceği yönünde tartışmalar yapılmıştı. Bu dönemde Yargıtay, dava kavramını dar yorumlamakta ve bu nedenle ceza muhakemesinin soruşturma evresinde yapılan etkileme girişimlerinin suçu oluşturmayacağına karar vermekteydi¹⁶. Bu doğrultuda ceza yargılaması dışındaki yargılamalarda da dava aşamasından önceki muhakeme işlemleri sırasında yapılacak eylemlerin ceza soruşturmaları gibi suç kapsamında olmayacağı kabulü gerekiyordu¹⁷. Nitekim bu tartışmaları sona erdirecek değişiklik 2012 yılında 6352 sayılı değişiklik kanunu ile yapılmış, “görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada” şeklinde düzenlenen yeni haliyle suçun konusu herhangi bir dava ya da soruşturma veya kovuşturma olarak belirlenmiştir¹⁸. Tüm bunlarla birlikte 277. madde 2014 yılında ikinci bir değişiklik daha geçirerek “yapılmakta olan bir soruşturmada” ibaresi madde metninden çıkarılmış, suçun maddi konusu açısından madde ilk haline dönmüştür. Böylece açıkça suça konu uyuşmazlığın yalnızca devam eden bir dava olarak sınırlanması amaçlandığından bu yönde bir geniş yorumlamaya gidilemeyecektir. Bu değişikliğin “görülmekte olan bir davada” ibaresinin geniş yorumlanmaması yönünde kanun koyucunun işaret ettiği bir değişiklik olduğu da söylenebilir.

¹⁶ Yargıtay CGK E 2009/4-156 K 2009/298, 22.12.2009 ve E 2008/5.MD-16 K 2009/139, 26.05.2009, Legalbank İçtihat Programı, Erişim Tarihi 01.11.2023.

¹⁷ Aynı yönde bk. Centel (n 9) 148; Cem Şenol, ‘5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 277)’ (2013) LXXI (1) İÜHFMD 1119, 1134, 1125. Malkoç, her ne kadar geniş anlamda yargılama ile kastedilen davanın soruşturma ve kovuşturma aşamaları olsa da maddeden dava kavramının geniş anlamıyla ele alınması gerektiğine ilişkin bir anlam çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Malkoç (n 12) 2059.

¹⁸ Şenol, yapılan bu değişiklik ile aynı zamanda suça ilişkin özel kast unsuru “bir haksızlık oluşturmak amacıyla” ibaresine de yer verilmesine vurgu yaparak artık ceza yargılaması dışındaki yargılamalarda davadan önce yapılan usul işlemlerinin de madde kapsamına dahil olacağı yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Şenol (n 17) 1125 dp. 24. Ancak yazar, aynı eserin de 6352 sayılı Kanunla getirilen değişiklikleri “Sonuç olarak maddenin mevcut hali itibarı ile suçun ön şartlarını “görülmekte olan bir dava” ve “yapılmakta olan bir soruşturma” oluşturmaktadır. Bu nedenle dava öncesi yapılan ihtiyati tedbir işlemleri ile icra kanalıyla yapılan işlemlerin söz konusu suçun oluşumuna sebebiyet vermeyeceğinin kabulü doğru olacaktır.” şeklinde değerlendirerek önceki yorumundan vazgeçmiştir. Şenol (n 17) 1126.

5237 sayılı TCK'nın ilk halinde hareket unsuru *emir vermek veya baskı yapmak veya nüfuz icra etmek veya her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek* şeklinde seçimlik hareketli olarak sayılmış, iltimas ise daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmişti. 6352 sayılı Kanun ile hareket unsuru *yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek* şeklinde belirtilmiş, etkileme eylemi herhangi bir şekilde olacağından serbest hareketli bir suç haline getirilmiştir.

Değişiklik getirilen bir diğer konu da suçun manevi unsuruna ilişkindir. 5237 sayılı TCK'daki ilk düzenlemede genel kast yeterli görülmüştü¹⁹. 6352 sayılı değişiklik kanunu ile failin *gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacı* taşıması aranarak suç özel kasıtlı bir suç haline getirilmiştir²⁰. Suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı; davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için hukuka aykırı olarak etkilemeye bilerek ve isteyerek teşebbüs etmek tek başına yeterli olmayacak; bu fiilin davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak özel kastıyla yapılması aranacaktır. Maddenin ilk halinde aranmayan özel kast unsurunun 2012 değişikliği ile metne eklenmesi ile kuşkusuz maddenin uygulama alanı bu yönüyle daraltılmış, dolayısıyla ifade özgürlüğünü güvence altına alan bir sınır çizilmiştir²¹. Ancak 5237 sayılı TCK'daki mevcut düzenlemede suçun maddi konusu olan kişiler *yargı görevi yapan, bilirkişi ve tanık* olarak genişletilmiş; suç (kanunun ilk halinde seçimlik hareketli bir suç iken²² daha sonra geçirdiği deği-

¹⁹ Centel (n 9) 151.

²⁰ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. Baskı, Beta 2016) 370; Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet, Ankara, 2023) 433; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022) 252; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları* (Seçkin 2010) 3919.

²¹ Şenol (n 17) 1134.

²² *Yargı görevi yapanı etkileme*

MADDE 277- (1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.

şiklik ile²³) serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiş ve madde metninde ağırlaştırıcı sebepler yer almamıştır. Saikle ilişkin bir kısıtlamaya gidilerek etkiye konu kişiler açısından kapsamın genişletilmesi madde ile amaçlanan adil yargılama ilkesine uygun yerinde bir değişikliktir.

D. 6545 sayılı Değişiklik Kanunu ile Yapılan 2014 Değişikliği

2012 değişikliği ve bu değişikliğin iptal talebinin Anayasa Mahkemesince reddi sonrasında süreçte madde metninde ikinci ve son değişiklik 2014 yılında yapılmıştır. 18.06.2014 tarihli 6545 sayılı değişiklik kanununun 69. maddesi ile *soruşturma aşaması* ve *şüpheli* ifadesi madde metninden çıkarılmış ve madde metni bugünkü halini almıştır. 2013 yılında yaşanan 17/25 Aralık operasyonları sonrasında yürürlüğe girmiş olan bu kanun ile aynı zamanda sulh seza hakimlikleri de kurulmuştur. Yani TCK m.277’de yapılan bu değişiklik ile soruşturma evresinde savcıya veya sulh ceza hakimine yapılacak müdahaleler suç olmaktan çıkarılmıştır. Nitekim 2013 yılında yaşanan 17/25 Aralık operasyonlarında soruşturma evresinde savcıya veya sulh ceza hakimine yapılacak müdahalelerin suç olmaktan çıkarılması amacına yönelik bu düzenleme neticesinde²⁴ söz konusu operasyona ilişkin basına çokça yansımış olan soruşturmalar kapsamında görevli asliye ceza mahkemeleri ile sulh ceza hakimlikleri arasında görev ve yetki krizleri yaşanmıştır. Ceza muhakemesinin soruşturma evresinde yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs fiilinin suç olmaktan çıkarılmasıyla bu suçlarla etkin bir şekilde mücadelenin engellendiği ve Cumhuriyet savcısının gerçeği araştırma ve gerekirse kamu davası açma görevinin ortadan kaldırıldığı ileri sürülerek Meclis üyelerince açılan iptal davası ise oy çoklu-

²³ *Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*

MADDE 277- (Değişik: 2/7/2012 - 6352/90 md.)

(1) *Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”*

²⁴ İzzet Özgenç, ‘Yargı Görevi Yapanı Etkilemeye Teşebbüs, Suçluyu Kayırma ve Rüşvet Suçlarına İlişkin Bir Olay Üzerine Hukuki Tespit ve Değerlendirmeler’, Yayın Tarihi 29.08.2020, <<https://izzetozgenc.com/makale/yargi-gorevi-yapani-etkilemeye-tesebbus-sucluyu-kayirma-ve-rusvet-suclarina-iliskin-bir-olay-uzerine-hukuki-tespit-ve-degerlendirmeler>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023.

ğuyla reddedilmiştir²⁵. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısını veya sulh ceza hakimini etkilemeye yönelik fiillerin bu madde kapsamında çıkarılması, soruşturma aşamasında yargı görevi yapanları etkilemeye yönelik eylemlerin suç teşkil etmeyeceği anlamına gelmektedir ve bu hukuken kabul edilebilir bir değişiklik değildir. Zira etkilemeye yönelik eylem aleniyet unsuru taşımadığı sürece TCK m. 288 kapsamında tartışılması da mümkün olmayacaktır²⁶.

Son olarak maddede sayılan yargı görevi yapanın, bilirkişinin, tanığın etkileneip etkilenmemesi nazara alınmadan bu kişileri hukuka aykırı olarak etkileme girişimlerinin suç oluşturması ve suçun etkisi bakımından soyut tehlike suç olması dolayısıyla, suçun bu niteliğine paralel bir şekilde 2014 tarihli madde değişikliği ile teşebbüsün iltimas derecesinde kaldığı durumlar suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali olarak madde metnine eklenmiştir²⁷. Bu dereceyle kastedilen hatıra binaen ricada bulunmaktır.

²⁵ Anayasa Mahkemesi E. 2014/146 K. 2015/31, 19.03.2015, Özar (n 4) 434.

²⁶ Konuya ilişkin Yargıtay 12 CD E. 2019/13239 K. 2020/517, 15.01.2020 kararının ilgili kısmı şu şekildedir:

"... isnat edilen eylemin, TCK'nın 277. maddesinde düzenlenen tanığı etkilemeye teşebbüs suçu kapsamında kaldığı, söz konusu yasa maddesi ile, soruşturma aşamasında gerçekleşen eylem de cezalandırılırken, 03/11/2016 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile soruşturma aşamasında gerçekleşen tanığı etkilemeye teşebbüs eyleminin suç olmaktan çıkarıldığı, yerine, 'görülmede olan dava' ibaresinin getirildiği, suçlamaya konu eylemin ise soruşturma aşamasında gerçekleştiği ve yaptırma bağlanmadığı anlaşıldığından..." ibarelerine dayalı olarak şüpheliler hakkında 30.05.2018 tarihli 2018/15577 soruşturma, 2018/13008 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verildiği,...

TCK'nın 288/1. madde ve fıkrasındaki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun oluşabilmesi için ise, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye yönelik sözlü ya da yazılı beyanın "alenî" yani, "belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilir" olması gerekir.

... şüpheliler hakkında yürütülen soruşturma esnasında gerçekleştiği ifade edilen ve bu sebeple TCK'nın 277. maddesindeki yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmadığı anlaşılan şüphelilerin bir kafede söyledikleri iddia olunan tanıkları etkilemeye yönelik sözlerinin, TCK'nın 288/1. madde ve fıkrasında düzenlenen adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun "alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma" ögesini de taşımadığı,...

başkaca bir tehdit iddiasına da yer verilmediği, dolayısıyla Büyükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 30.05.2018 tarihli 2018/15577 soruşturma, 2018/13008 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda ve bu karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Bakırköy 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 25.07.2018 tarihli 2018/4255 değişik iş sayılı kararında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmakla;... kanun yararına bozma talebinin ... REDDİNE, dosyanın gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 15.01.2020 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

²⁷ "Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır." şeklindeki bu cümle, maddenin ilk halinde mevcut olup, 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Değişiklik Kanunu'nun 90. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır. 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Değişiklik Kanunu'nun 69. maddesi ile ilk fıkranın son cümlesi olarak tekrar eklenmiştir.

II. Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Kanuni Düzenlemesi

A. Genel Olarak

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu Türk hukuk sisteminde ilk olarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 288. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı 4. kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde yer alan maddenin, 2012 yılında geçirdiği son değişiklik ile bugünkü hali şu şekildedir²⁸:

"(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır."

765 sayılı TCK'da yer almayan bu suç tipi 5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan yeni suç tiplerinden birisidir. Meclise sunulan tasarıda bu madde "Kararı Etkileme" başlığı ile yer almış, suç fiili "... etkilemek amacıyla yönelik yayınlarda bulunmak" şeklinde düzenlenmiştir²⁹. Ancak madde, Adalet Komisyonunca "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs" başlığı ile kabul edilmiş, suç fiili ise "... alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan" şeklinde değiştirilerek düzenlenmiştir³⁰.

²⁸ Değişiklik Kanunu; 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, Kabul tarihi 2/7/2012, 28344 sayılı 5/7/2012 tarihli Resmî Gazete.

²⁹ Bakanlar Kurulunca 14.4.2003 tarihinde kararlaştırılan Türk Ceza Kanunu Tasarısının 453. maddesi şu şekildedir:

"Kararı Etkileme

Madde 453.-Kesin bir yargı kararı verilmeden önce, hüküm ve kararları veya tanık beyanlarını veya bilirkişi mütalâalarını etkilemek amacıyla yönelik yayınlarda bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

14.04.2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 12.5.2003 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092 sayılı yazısı, YD.22, YY.2, S. Sayısı.664, <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>> s. 361, Erişim Tarihi 01 Eylül 2023.

³⁰ Adalet Komisyonunca kabul edilen ve 12.05.2003 tarihinde Meclise sunulan 288. madde şu şekildedir:

"Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs

MADDE 288. - (1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar, savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun düzenlenme amacı yargılama sürecine etki edecek baskıcı ve kötü niyetli yayınların engellenmesidir. Madde gerekçesinde işaret edildiği üzere adaletin yalnızca iktidarlara karşı korunması yeterli değildir³¹. Anayasa m. 138/2 gereği toplumda kitle iletişim araçları ile yargısız infazlara neden olabilecek uygulamalara karşı da adaletin korunması gerekmektedir. Ancak basın özgürlüğü ve adil yargılanma haklarının çatışması karşısında basın özgürlüğünü koruma iddiasıyla yapılan söz konusu değişiklikler gerçekten ifade özgürlüğü, iletişim ve medya özgürlüğü için atılan adımlar mıdır, yoksa özellikle maddenin formunu yenileyen 2012 değişikliği ile birlikte medya özgürlüğünü korumak bir yana, suçun kapsamını medya ve kitle iletişim araçları ile belirlemekten dahi uzaklaşmış mıdır? Basın mensupları hakkında yürütülen soruşturmalar ve kovuşturmalar, bu yönde koruyucu düzenlemelere gidilmesini zorunlu kılmış, öyle ki yalnızca TCK m. 288 değil, TCK m. 285 ve 277’de de değişiklikler yapılmış, Basın Kanunu m. 19 *Yargıyı Etkileme* suçu yürürlükten kaldırılmıştır³². Bütün bu değişimlerin medya özgürlüğünü korumaktan bağımsız olduğu düşünülemez. Ancak maddenin -özellikle söz konusu değişiklikler ile birlikte değerlendirildiğinde- sadece medyanın hedef alındığı bir düzenleme olarak varlığını sürdürdüğünü söylemek artık mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü sağlamaya yönelik olduğu söylenen bu adımların iktidar odaklı olası failleri korumaya yönelik değişiklikler olduğundan söz edilebilir.

Görülmekte olan bir davanın çeşitli nedenlerle toplumun dikkatini çekmesi ve medya özgürlüğü kapsamında yoğun bir ilgiyle üzerinde durulması

(2) *Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Esas No: 1/593, Karar No: 60, 08.03.2004, YD.22, YY.2, S. Sayısı.664, <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>> s. 679, Erişim Tarihi 01 Eylül 2023.

³¹ “GEREKÇE (MADDE 288):

Madde, kesin bir yargı kararı verilmeden önce tanıkların beyanlarını veya bilirkişi mütalâalarını ve hüküm ve kararları etkilemek amacıyla baskıcı ve kötü niyetli yayınlar yapılmasını ve bunların açıklanmasını cezalandırmaktadır. Adalet cihazının yansızlığını sadece iktidarlara karşı koruyucu güvenceler yeterli değildir; kamuoyunda, “kapıları tutanların” etkisinden de adaleti kurtarmak ve sükûnetle çalışmasını sağlamak gereklidir.

Kitle iletişim araçlarıyla yürütülen ve “yargısız infaz” olarak tanımlanan uygulamalar dolayısıyla, bu hükme Tasarı metninde yer verilmiştir.”

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Esas No: 1/593, Karar No: 60, 08.03.2004, YD.22, YY.2, S.Sayısı.664, <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>> s. 678, Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

³² 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun/ Md. 105.

mümkündür. Bu kimi zaman suçun faili ya da mağdurunun şöhret sahibi kimse olması nedeniyle kimi zaman da suçun toplumun ilgisini çeken bir konuya ilişkin işlenmiş olması veya işlenen suçun toplumda merak uyandırması nedeniyle mümkün olmaktadır. Bu nedenle medyanın ilgisi yalnızca haber verme hakkı ile değerlendirilmemeli aynı zamanda toplumun haber alma hakkının doğurduğu doğal bir sonuç olduğu da gözetilmelidir. Öte yandan suçun oluşturduğu hareketi artık yalnızca medyanın müdahalesi olarak değerlendirmek mümkün değildir. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye yönelik her teşebbüs suç kapsamına dahil olabilecektir. İşte ifade ve haber özgürlüğü karşısında adil yargılanma hakkının tesisine yönelik suç düzenlemelerinden birisi, ani ve bağlı hareketli, neticesi harekete bitişik, soyut tehlike suçu niteliğindeki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçudur³³. Ayrıca bu suçun oluşması için failde *hukuka aykırı bir karar verilmesi veya bir işlem tesis edilmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunulmasına* yönelik özel kast aranmaktadır.

B. 2005 Değişikliği

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da 288. madde iki fıkraya olarak düzenlenmişti. Savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek kastıyla beyanda bulunan kişi için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş, suçun basın yayın yoluyla işlenmesi cezayı artıran neden olarak ayrı bir fıkroda düzenlenmişti. Maddenin bahsi geçen ilk hali şu şekildedir:

“(1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Ancak Kanun yürürlüğe girdikten yaklaşık bir ay gibi çok kısa bir süre içerisinde, 29.06.2005 tarihinde, madde değişikliğe uğramış, ikinci fıkra madde metninden çıkarılmıştır. İlk olarak hükmün 5187 sayılı Basın Kanunu'nda düzen-

³³ Ekmekçi, TCK m. 277 ve m. 288'de düzenlenen suçları somut tehlike suçu olarak nitelendirmektedir. Dilek Ekmekçi 'Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar', GSÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Nisan 2013) 147.

lenmiş olan “Yargıyı Etkileme” suçu³⁴ ile aynı olduğu gerekçe gösterilerek değişikliği teklif edilmiştir³⁵. Ancak TBMM Adalet Komisyonunca yapılan çalışmalarında 288. maddenin sadece ikinci fıkra hükmünün basınla ilgili olduğu yönünde görüşler ileri sürülmesi karşısında sadece bu fıkranın madde metninden çıkarılması kabul edilmiştir³⁶. Böylece 5377 sayılı Kanunun 32. maddesi ile cezayı ağırlaştırıcı ikinci fıkra hükmü madde metninden çıkarılmıştır³⁷.

C. 6352 sayılı Değişiklik Kanunu ile Gelen 2012 Değişikliği

İkinci ve son değişiklik ise 02.07.2012 tarihinde yapılmış ve madde metni bugünkü halini almıştır^{38,39}.

³⁴ 9/6/2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu/Madde 19:

“Yargıyı Etkileme

MADDE 19.- (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.) Hazırlık soruşturmasının başlamasından takip-sizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimse, iki milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi milyar liradan az olamaz.

Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”

<<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=11926>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

³⁵ 3.5.2005 tarihinde esas komisyona havale edilmiş olan, Kilis Milletvekili Hasan Kara ile 2 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/452), <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

³⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Esas No: 2/452, Karar No: 79, 16.5.2005, YD.22, YY.3, S. Sayısı.901, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>> Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

³⁷ 5377 sayılı *Türk Ceza Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*, 29/06/2005 tarihinde kabul edilmiş, 25869 sayılı 08/07/2005 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

³⁸ 6352 sayılı *Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun/93.md.*, 28344 sayılı 5/7/2012 tarihli Resmî Gazete.

Aynı maddeye ilişkin olarak İstanbul Milletvekili Osman Oktay Ekşi değişiklik teklifi sunmuş, teklifte madde hükmünde öngörülen cezaya ek olarak adli para cezası ve hukuka uygunluk sebebi içeren 2. fıkra eklenmiştir:

“2/257 Esas numaralı kanun değişikliği teklifi, Madde 5- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 288’inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

ADİL YARGILAMAYI ETKİLEMEYE TEŞEBBÜS

Madde 288- (1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası veya beşyüz günden az, üçbin günden çok olmamak üzere Adli para cezası ile cezalandırılır.

Haber verme sınırlarını aşmayan veya alınmış bir kararı eleştirmek amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

GEREKÇE: Yargının hiçbir etki altında kalmadan adalet dağıtması temel değerdir. Ancak hemen herkesin ve her kurumun tüm eylemleri nedeniyle başkalarına hesap vermek durumunda olduğu çağımızda öteki kurum ve kişiler gibi “yargı” da kamuoyuna hesap vermek durumunda olduğunu kabul etmek zorundadır. Bu “yargının kendi işlevini sağlıklı bir şekilde yerine getirmesine” mâni olmayacak bir şekilde eleştiriye açık olmayı gerektirir. O nedenle, “yargı şöyle karar almalıdır” demenin hukuka aykırılığı kabul edilse bile “yargının aldığı şu karar şu nedenle yanlıştır” demenin hukuka aykırı olacağını savunmak mümkün değildir. İşte bu gerekçeyle hem “alınmış kararları” eleştirmeye olanak veren hem de gazeteciliğin temel işlevi olan “haber verme” amacıyla yayın yapmayı suç saymayan öneri sunulmuştur.”, Türk Ceza Yasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yasa Önerisi (2/257), 29.12.2011, TBMM Tutanağı, YD.24, YY.2, S. Sayısı.278, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>> s. 59, Erişim Tarihi 01 Eylül 2021.

³⁹ Meclise Sunulan 30/01/2012 tarihli *Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın*, 74. maddesi şu şekildedir:

“5237 sayılı Kanunun 288 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 288- (1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

Madde gerekçesi şu şekilde belirtilmiştir:

“Madde 74- Madde ile, Türk Ceza Kanunu'nun 288 inci maddesi yeniden düzenlenmektedir.

Maddede, görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı mütalâada veya beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak, suç olarak tanımlanmaktadır.

Bu suçun oluşabilmesi için, yapılan açıklamanın yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye elverişli olması gerekir. Elverişlilik kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda, Türk Ceza Kanunu'nun “Suça teşebbüs” kenar başlıklı 35 inci maddesinde yer alan hükmün ve gerekçesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Yapılan açıklamanın, yargı görevi yapanın hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi; bilirkişinin veya tanığın gerçeğe aykırı mütalâada veya beyanda bulunması amacına yönelik olması gerekmektedir. Suçun oluşması bakımından, yapılan açıklamanın aleni olması gerekmekte olup, açıklamanın yazılı veya sözlü olması ya da basın ve yayın yoluyla yapılması önem taşımamaktadır.

Diğer yandan, Türk Ceza Kanununun “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” kenar başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında, suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunacağı belirtilmektedir. Bu ilke doğrultusunda söz konusu suçun yaptırımını da adli para cezasına çevrilmektedir.” <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>> s. 30.

Maddenin ilk halinde suçta konu edilen uyuşmazlık türleri ‘bir olayla ilgili olarak başlatılmış ceza soruşturması ve kovuşturması’ iken *bir olayla ilgili olarak başlatılmış soruşturma* kavramı yerine *yapılmakta olan bir soruşturma, bir olayla ilgili olarak başlatılmış kovuşturma* yerine *görülmemekte olan bir dava* ifadesi tercih edilerek suçun konusu tüm davaları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Bu değişiklik ile getirilen önemli bir diğer yenilik ise cezanın türü olmuştur. Maddenin ilk halinde 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenen yaptırım değişiklik sonrasında elli günden az olamamak kaydıyla adli para cezası olarak belirlenmiştir. Taslak gerekçesinde bu değişiklik nedeni TCK m. 3/1’de yer alan fillin ağırlığı ile cezanın orantılı olması prensibine atıf yapılarak açıklanmıştır. Oysa aynı hukuki değeri korumaya yönelik, benzer unsurlarla düzenlenmiş olan TCK m. 277’deki “iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” yaptırımı fiilin ağırlığı ile orantısız görülmemiş, aynı değişiklik kanunu ile maddenin yapısına ilişkin önemli değişiklikler getirilmiş olmasına rağmen yaptırım kısmı değişikliğe uğramamıştır.

Suçta konu kişiler maddenin ilk halinde savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi, tanık olarak belirtilmiş iken değişiklik sonrası yargı görevi yapan, bilirkişi, tanık olarak yer almıştır. Böylece hakim, savcı, mahkemeye ek olarak yargı görevi yapan avukat da suçta konu kişiler arasına eklenmiştir. Değişiklik, alt komisyondan teklifte sunulan şekliyle geçmiştir; ancak TBMM Adalet Komisyonunda görüşüldüğü esnada; yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemenin kapsamına netlik kazandırmak amacıyla, “*etkilemek amacıyla*” ifadesinden önce gelmek üzere “*hukuka aykırı olarak*” ibaresi madde metnine eklenmiş ve değişiklik bu şekliyle kabul edilmiştir⁴⁰.

Hukuka özel aykırılık olarak nitelenen aykırılık hallerinin⁴¹ kanunda farklı şekillerde yer alması ve farklı işlevleri olması nedeniyle niteliklerine ilişkin genel

⁴⁰ “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, Alt Komisyon Metni, Madde 92, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>> s. 108.

12/6/2012 tarihli Adalet Komisyonu Raporu, “Alt Komisyon metninin 92’nci maddesi ile değiştirilmesi öngörülen “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” başlıklı 5237 sayılı Kanunun 288’inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemenin kapsamına netlik kazandırmak amacıyla “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir. Madde, Komisyonumuzca çerçeve 92’nci madde olarak kabul edilmiştir.”, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>> s. 128.

⁴¹ Bütün suçların yapısal unsurunu oluşturan hukuka aykırılık unsurundan ayırt edebilmek için hukuka özel aykırılık halleri olarak adlandırılan bu kavram İtalyan Hukukunda kullanılan “an-

bir kural koymak güçtür. Kavramın düzenlendiği her madde için ayrı ayrı ele alınması ve nitelediği konuya göre bir değerlendirmeye gidilmesi gerekmektedir. TCK m. 288’de “hukuka aykırı bir karar ... veya bir işlem”, “gerçeğe aykırı beyan” şeklinde geçen ifadeler, suçu oluşturan münferit unsurlara ilişkin belirlemeler olup kast değerlendirilirken dikkat edilecek hususlardır. Suçun manevi unsurunu da içeren bu tipiklik ortaya konulduktan sonra fiilin hukuka aykırılığı ele alınmalıdır. Asıl hukuka özel aykırılık hali olarak tartıştığımız “hukuka aykırı olarak etkilemek” ifadesiyle yer alan bu aykırılık hali suçun tamamına yönelik bir nitelemedir. Yargıtay bu hallerde failin, bu davranışın hukuka aykırı olduğu bilinciyle hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir⁴². Ancak TCK m. 288 kapsamında bu değerlendirmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Failin, madde metninde geçen ifadelerle “**hukuka aykırı bir karar vermesi veya işlem tesis etmesi için ... yargı görevi yapanı**” yine metinde geçen ifadelerle “**gerçeğe aykırı beyanda bulunması için ... bilirkişiyi veya tanığı**” etkilemesinin hukuka uygun bir etkileme olması zaten beklenemez. Failin kastının hukuka aykırı bir karar veya işlem ya da gerçeğe aykırı bir beyan elde etmek amacıyla etkilemek yönünde olması ile fiilin artık hukuka aykırılığı karinesinden söz edilecektir. Burada kanun koyucunun bu vurgulamayı yapmasındaki amaç suç tipine ayrı bir unsur getirmek değil, hukuka aykırılığın tespitindeki öneme dikkat çekmek istemesidir. Zira taslak gerekçesinde yer almayan bu ibarenin Adalet Komisyonunca eklenmesi ve bu durumun gerekçede “kapsamına netlik kazandırmak amacıyla “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir” şeklinde yer alması da bunu açıkça göstermektedir.

tiquridicita speciale” terimi tercüme edilerek kullanılmıştır. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul 1992) 215; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2023) 323; Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi, 2. Kitap* (2. Baskı, Beta 2000) 109; Koca ve Üzülmöz (n 20) 268-269; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 290 vd.; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022) 283-284.

⁴² Yargıtay CGK E 2013/511 K 2013/449, 12.11.2013 kararı şu şekildedir:

“Uyuşmazlıkla yakından ilgili olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılık ile kastedilen husus fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı başka bir davranışla”, “hukuka aykırı diğer davranışlarla”, “hukuka aykırı yolla”, “hukuka aykırı yollarla” gibi ifadelerle yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.” Legal Bank İçtihat Programı, Erişim Tarihi 01.09.2023.

III. Her İki Suçun Karşılaştırılması

A. Korunan Hukuki Değer Bağlamında

Hukuki yarar, hukuki menfaat veya hukuki değer; hukuken tanınmış ve koruma altına alınmış, bireye veya topluma ait manevi değerlerdir⁴³. Suç, madem bir ihlal fiilidir, öyleyse suçla ihlal edilen, ceza ile korunan, böylece hukukilik kazanan beşeri değer veya menfaat, suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır⁴⁴. Kanunda suçlar tasnif edilirken çeşitli ölçütlere göre bir sistematik oluşturulabilir. TCK düzenlemesinde kanun koyucu tasnif yaparken suçların ihlal edilen hukuki değer ve menfaatine göre hareket etmiştir⁴⁵. Bazı suçlar niteliği itibarıyla birden çok hukuki değer veya menfaati ihlal etmektedir. Adliye karşı işlenen suçlar da bu tür suçlardır. Adliye karşı suçlar TCK'da özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitapta, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı 4. kısmın ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Toplam yirmi sekiz suç türünün düzenlendiği bu bölümde 277. maddede yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu, 288. maddede adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu düzenlenmiştir⁴⁶. Hukuk düzenini korumaya yönelik değerleri ihlal eden fiiller, ceza hukukuna egemen olan kanunilik ilkesi çerçevesinde ceza kanunlarında suç türleri olarak düzenlenmiş ve yaptırıma tabi tutulmuştur. Anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklerin güvencesi, bu hak ve özgürlükleri ihlal eden davranışların kanunlarda suç olarak tanınmasıdır⁴⁷. Anayasa'nın açıkça hukuki bir değer veya menfaat olarak nitelendirmediği bireysel veya toplumsal hiçbir değer veya menfaat, ceza hukukunda cezai korumanın konusunu oluşturmayacak, aksini düşünmek, Anayasa'nın 2 ve 38. maddelerinin göndermede bulunduğu

⁴³ Suçun hukuki konusu ve suç ile korunan hukuki değer iki ayrı anlama karşılık geldiğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Ancak bu kavramsal tartışmaya girilmeden suçun hukuki konusu ile suç ile korunan hukuki değer aynı anlamı karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Tartışmaya ilişkin bk. Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023) 423.

⁴⁴ Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Ankara 1970) 164; Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Us-A, 2008)* 221; Demirbaş (n 41) 594; Centel, Zafer ve Çakmut (n 20) 226; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (27. Baskı, Savaş 2023) 110.

⁴⁵ Yapılan tasnifin kanun gerekçesinde belirtildiğinin aksine, ihlal edilen hukuki değer ve menfaatlere göre yapılmış genel bir sınıflandırma olmadığı eleştirisi için bk. Zeki Hafizoğulları, 'Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı', Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu (30-31 Ekim 2003) AÜHF Yayınları, No: 538, 14 vd.

⁴⁶ Kanundaki genel tasnifin yerinde bir tasnif olmadığı yönündeki görüş için Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, 'Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi' (2007) (69) TBBD 21, 30 vd.

⁴⁷ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Seçkin 2023 Ankara) 63.

AİHS'in 6. maddesi ve TCK'nın 2. maddesi hükmünün ihlali anlamına gelecektir⁴⁸.

TCK m. 277 ve 288 mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayarak adil yargılama sürecini güvence altına almayı hedefleyen düzenlemelerdir. Anayasanın *yargı yetkisi* (m. 9), *kanuni hâkim güvencesi* (m. 37), *mahkemelerin bağımsızlığı* (m. 138), *hakimlik ve savcılık teminatı* (m. 139), *hakimlik ve savcılık mesleği* (m. 140), *mahkemelerin kuruluşu* (m. 142) başlıklı maddelerinde yer alan düzenlemeler, adil yargılanma hakkının söz konusu unsuruna ilişkin güvence sağlayan anayasal dayanaktır. Hukuk devletinin zorunlu ve temel unsuru olan adil yargılanma hakkı, hukukun genel ilkelerine uygun, adil ve hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını öngören temel bir haktır.

Adliye karşı suçların hukuki konusu hakkında öğretide ortak bir anlayış bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. Klasik görüşe göre adliye karşı suçların hukuki konusu, devletin adli işlevi, "devlete ait olan menfaat", mağdur ise devlettir⁴⁹. Adli işlevlerin korunmasındaki amaç ise bireysel haklara geçirilebilirlik sağlamaktır⁵⁰. Çağdaş anlayış ise insan haklarını merkeze koyarak birey menfaatini devlet menfaatinin önünde kabul ederek temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaç edinir. Bu anlayışa göre adli işlevin norma aykırı işlemesi, bireylerin adil yargılanma hakkı ihlal edildiği için cezalandırılmaktadır.

Temel haklara gösterilen saygının ve temel özgürlüklerin tesisi için gösterilen çabanın en somut ifadelerden birisi olması yönüyle önem arz eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hem kavramsal olarak hem de unsurları ile düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı günümüzde sözleşmeye taraf olan devletlere karşı denetim makamı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) korumasında Avrupa'nın vesayeti altındadır⁵¹. Hakkın özünün birçok hakkı taşıması nedeniyle yasal düzenlememizde hakkın her bir unsuruna ilişkin güvence sağlayan farklı ve çok sayıda suç tipi öngörülmüştür. Adliye karşı suçlar bölümünde bu hakkın tesisine yönelik yirmi sekiz suç türü bulunmaktadır. Ancak birden fazla hukuki değerin ihlal edildiği suçların tasnifi yönünden kanun koyucunun

⁴⁸ Hafizoğulları ve Güngör (n 46) 27.

⁴⁹ Çetin Özek, 'Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu' (1997) 55 (3) İÜHFMD 13, 26.

⁵⁰ Özek (n 49) 26.

⁵¹ Sulhi Dönmezer, 'Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri', CMUK Sempozyumu- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu Sempozyumu (Beta 1999 İstanbul) 19-20.

belirlediği sistematik içerisinde suçların yer bulduğu düşünüldüğünde adil yargılanma hakkına ilişkin tüm suç tiplerinin bu bölümde düzenlendiği de söylemez ve bu başlığa başka suçlar eklenmesi mümkün ve gereklidir⁵².

İhlal edilen değer ve menfaatlere göre suçları birden fazla hukuki konulu ve tek hukuki konulu suç olarak kabul eden iki farklı görüş bulunmaktadır. Adli yargı organlarının yargılama faaliyetlerini dış etkenlerden koruyarak yargılamanın adil yapılmasındaki kamu yararı toplumsal yönüne, bireyin bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde adil bir şekilde yargılanması bireysel yönüne ilişkin hukuki yararadır. Ancak hakkın iki yönlü kabulü halinde dahi suç ile korunan hukuki değer adil yargılanma hakkı olduğu söylenmelidir. TCK m. 277 ve 288'e ilişkin yapılan değerlendirmelerin genelinde ceza yargılamalarından yola çıkılarak suç şüphesi altındaki kişilerin adil yargılanmasını dış etkenlerden korumak suretiyle adaletin saygınlığı ve güvenilirliğinin tesisinden bahsedilmiştir. Oysa bireyin adil yargılanma hakkı yalnızca ceza davaları bakımından düşünülemez⁵³. Bu nedenle yalnızca şüpheli ve sanığın haklarını korumaya yönelik bir belirlemeye de gidilemez. Bu değerlendirmeler ışığında TCK m. 277 ve 288 ile korunan hukuki değer, her türlü dava ve soruşturma kapsamında varlığı gözetilen bireyin adil yargılanma hakkı ve adil yargılamadaki kamu yararı olduğu kanaatindeyiz⁵⁴. Suç, sırf hareket

⁵² Köksal Bayraktar, 'Adliye Karşı Suçların Genel Özellikleri', *Özel Ceza Hukuku Cilt X Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267- 298)* (On İki Levha 2021 Ekim) 8.

⁵³ Ünver eserinde, "Dava kavramını CMK m. 2/f'in yardımı ile ceza kovuşturması olarak tanımlayıp, sonrasında ceza hukuku dışındaki tüm davalar ile tahkim, olağan ve olağanüstü kanun yolları, askeri ve (Yüce Divan yargılamasına özgülemeksizin) anayasa yargısını da bu kavram içinde değerlendiren görüşe katılabilmek mümkün değildir (krş. BAYRAKTAR, *Adil Yargılanmayı Etkilemeye Teşebbüs.*, *Özel Ceza Hukuku*, sh: 430)" şeklinde bir eleştiri yapmış (bk. Ünver (n 10) 630, dp. 1749); ancak Yargıtay'ın "davanın niteliğinin önemi yoktur" görüşünü yerinde bulduğunu belirtmiştir. Ünver (n 10) 346-347. Meran suç şüphesi altındaki kişilerin adil şekilde yargılanması, adalete olan güvenin sürdürülmesi, dolayısıyla adliyenin saygınlığı ve güvenilirliği şeklinde tek hukuki konusu olduğunu; *Parlar/Öztürk* ise suç ile şüpheli ve sanığın kişilik haklarını ve yargı organlarının yargılama faaliyetlerini dış etkenlerden koruyarak hukuka aykırı bir karar verilmesine yol açabilecek davranışları engellemek ve de böylece adliyenin saygınlığı ve güvenilirliğini temin etmek şeklinde birden çok hukuki konusu olduğunu belirtmektedir. Necati Meran, *İçtihatlı Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret - İftira* (2. Baskı, Seçkin 2014) 467; Parlar ve Öztürk (n 9) 432.

⁵⁴ Centel, TCK m. 277 ile korunan hukuki yararı yargılamanın bağımsız ve tarafsız şekilde yapılması dolayısıyla adil olması şeklinde açıklarken TCK m. 288 ile korunan hukuksal değeri sadece ceza yargılamasının adil olmasındaki kamu yararı olarak belirtmektedir. Centel (n 9) 143-144.

Hafizoğulları/Özen TCK m. 277 ile korunan hukuki değer yargılama sürecine katılanların hiçbir etki altında kalmadan işlerini yapabilmesine ilişkin kamusal-ferdi yarar; TCK m. 288 ile korunan hukuki değer hukuka aykırı karar verilmesine yol açabilecek davranışların önüne

suçu olarak düzenlendiği için kanunda belirtilen tipik hareketin yapılmasıyla suç ile korunan hukuki değer ihlali gerçekleşmiş olacaktır.

B. Suçun Unsurları Açısından

TCK m. 277 ve m. 288, adil yargılanma hakkını etkilemeye yönelik teşebbüs fiillerini ihlal olarak düzenlemiş tehlike suçlarıdır. Yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanığın hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs edilmesi, etkileme girişiminde bulunulmasını ifade etmektedir. Zira madde gerekçesinde de belirtildiği üzere yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye girişildiği an, suç tamamlanmış olur. Madde metninde yer alan teşebbüs kelimesi, TCK'nın 35. maddesi anlamında normatif değil, madde gerekçesinde belirtildiği üzere "girişimde bulunma" anlamına gelen deskriptif şekilde kullanılmıştır⁵⁵. Ancak TCK m. 288 düzenlemesi için durum farklıdır. Madde metninde teşebbüs geçmemekte, yalnızca madde başlığında teşebbüs kelimesi geçmektedir. Bu nedenle burada böyle bir nitelermeye gerek görülmemektedir.

geçilmesinin sağlanmasına ilişkin kamu yararı olarak ifade etmişlerdir. Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (Tıpkı Basım, 2. Baskı, 2017) 178, 237.

Bayraktar, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değeri yargı sisteminin iyi işlemesi olarak belirtmiştir. Köksal Bayraktar, 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu', *Özel Ceza Hukuku Cilt X Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m. 267- 298)* (On İki Levha 2021 Ekim) 423, 429.

Ünver suç ile korunan hukuksal değer yalnızca bireyin adil yargılanma hakkı olduğunu, yargı sisteminin iyi işlemesi şeklindeki hukuki yararı yerinde bulmadığını belirtmiştir. Ünver (n 10) 342, 627 dp. 1744.

Yargıtay 12. CD E 2019/12692 K 2020/2399, 04.03.2020 kararının konuya ilişkin ilgili kısmı şu şekildedir:

"... Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunda korunan hukuki yarar, yargı organlarının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasından ibaret değildir. Bu suçla korunması amaçlanan başlıca hukuki yarar; yargılamanın doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun biçimde yürütülmesini sağlayarak bireylerin adil yargılanma hakkının korunmasıdır. Nitekim, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'la TCK'nın 277. maddesinde yapılan değişikliğin madde gerekçesinde de; adil yargılanma hakkını ihlal eden, yargılamanın doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun olarak işlemesi yönündeki toplumsal beklentiyi zedeleyen tutum ve davranışlardan kaçınılması gerektiği ifade edilerek, suçla korunmak istenen başlıca hukuki yararın bireylerin adil yargılanma hakkı olduğu vurgulanmıştır." Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>> Erişim Tarihi 01 Aralık 2023.

⁵⁵ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta, Eylül 2007) 395-396.

Yargı görevi yapan kişinin, bilirkişinin veya tanığın etkilenme tehlikesinin doğması yeterli olup, ayrıca fiil neticesinde yargı görevi yapanların, bilirkişinin veya tanığın etkilenip etkilenmemesi önem arz etmemektedir. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkileme girişiminin, muhatap kişileri etkileyip etkilememesinden bağımsız bir şekilde tehlike doğurması dolaşısıyla TCK m. 277 soyut tehlike suçudur⁵⁶. Zira etkileme girişimine muhatap kişilerin etkilenmesi gibi somut bir tehlike veya etkilemeye teşebbüs edilmesiyle davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar verilmesi, bir işlem tesis edilmesi veya beyanda bulunulması gibi bir zararın ortaya çıkması aranmamaktadır⁵⁷.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu da soyut bir tehlike suçu olup, suçun tamamlanması için madde metninde belirtilen etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak fiilinin bulunması yeterlidir. Suç ile korunan adil yargılanma hakkının bir zarara uğraması aranmaz, alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunarak etkileme girişiminde bulunmak yeterlidir⁵⁸. Fiil neticesinde yargı görevi yapanların, bilirkişinin veya tanığın etkilenip etkilenmediği ve hatta *iletiyi* alıp almadıkları önem arz etmemektedir. Ancak bu ihlalde, yarışan haklar olan basın özgürlüğü ile yorum ve eleştiri haklarının korunması amacıyla, suçun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁹.

TCK m. 277 ve 288’de ortak şekilde belirtilmiş olan suça konu uyumsuzluk türü görülmekte olan davadır. Suç oluşabilmesi için öncelikle görülmekte olan bir davanın -TCK m. 288 bağlamında suç oluşabilmesi için bunun yanı sıra yapılmakta olan bir soruşturmanın- varlığı gerekmektedir. Bir kısım yazar bu uyumsuzlukları suçun ön şartı olarak nitelendirmiştir⁶⁰. Yargıtay’ın kararında da görülmekte olan bir dava ön şart olarak değerlendirilmiştir⁶¹. “Şart”, hareketle

⁵⁶ Centel (n 9) 151; Ünver (n 10) 354; Parlar ve Öztürk (n 9) 254.

⁵⁷ İzzet Özgenç, ‘Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları’ Ed. M. Tevfik Gülsoy, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu* (2010 Erzurum) 147, 158.

⁵⁸ Aksi yönde, TCK m. 277 ve m. 288’de düzenlenen suçları somut tehlike suçu olarak nitelendiren görüş için bk. Ekmekçi (n 33) 147.

⁵⁹ Ünver (n 10) 636; Rezzan İtişgen, ‘Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)’ (2014) (111) TBB 61, 66.

⁶⁰ Centel (n 9) 147; Hafizoğulları ve Özen (n 54) 178; Bayraktar (n 54) 429; Şenol (n 17) 1126.

⁶¹ Yargıtay CGK E 2009/4-156 K 2009/298, 22.12.2009 ve E 2008/5.MD-16 K 2009/139, 26.05.2009, Legalbank İçtihat Programı, Erişim Tarihi 01.07.2023.

aynı zamanda veya ondan sonra meydana gelecek bir olayın konusu olabilir⁶². Bu bağlamda ön şart kavramının kabulünün suçun nitelendirilmesi açısından pratik bir yararı bulunmadığı, bu şekilde nitelenen hususların fiilin icrasından önce meydana gelmiş tabii olaylar ve olgular olduğunu söylemeliyiz. Bu değerlendirme ışığında TCK m. 288'e bakıldığında görülmekte olan dava veya yapmakta olan soruşturma ön şart olarak nitelenmemeli, suçun maddi konu unsuru dahil, failin etkisini göstereceği suça konu uyuşmazlık olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle failin kastı bu uyuşmazlıkları da kapsamalıdır. Örneğin görülmekte olan belirli bir dava ile ilgili olmamakla beraber bu davaya konu olan benzer meseleler hakkında yargı mensuplarına yönelik yapılan hukuka aykırı bir çağrı nedeniyle kişinin TCK m. 288 bağlamında kastından söz edilemez.

Her iki maddede geçen "görülmekte olan dava" kavramı için, kanun lafzına göre yalnızca davaya konu uyuşmazlıklar suçun konusu olacak, davaya konu edilmemiş uyuşmazlıklar, örneğin tahkim yoluna başvurularda çözülmeye çalışılan uyuşmazlıklar, suçun konusu olmayacaktır⁶³. Suça konu davanın niteliği ise önem arz etmemektedir⁶⁴. Davanın, ceza mahkemelerinde, hukuk mahkemelerinde, idare ve vergi mahkemelerinde, üst derece mahkemelerde görülen bir dava olması mümkündür. Buna Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi içinde olan siyasi partilerin kapatılması davaları, kanunların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla görülen iptal davaları ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar da dahildir⁶⁵. Yine AİHM'ye yapılan başvurularda görülen davalar da TCK m. 288'deki 'dava' kapsamına girmektedir⁶⁶. Görülmekte olan bir dava nitelmesi ile açılmış ve sonuçlandırılmamış davalar kastedilmektedir.

TCK'nın ilk halinde m. 277'de düzenlenen yargı görevi yapmaı etkileme suçunda, suça konu uyuşmazlık türü "Bir davanın..." denilmek suretiyle her tür dava olarak belirtilmişti; TCK m. 288'de ise suça konu uyuşmazlık "soruşturma veya kovuşturma" ibaresi ile yalnızca ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları olarak sınırlanmış, kabahatler, disiplin soruşturmaları ve mahkemede görülen

⁶² Faruk Erem, 'Cezalandırılabilme Objektif Şartı' (1970) 27 (3-4) AÜHFD 9, 12.

⁶³ Tahkimin, taraf iradeleri ile gerçekleşen özel hukuk yargılaması olması nedeniyle madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bk. Bayraktar (n 54) 430.

⁶⁴ Centel (n 9) 147.

⁶⁵ Hafizoğulları ve Özen (n 54) 179; Centel (n 9) 148; Şenol (n 17) 1124; İsmail Malkoç, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 4. Cilt (Ankara 2013) 4728.

⁶⁶ Şenol (n 17) 1124.

özel hukuk uyuşmazlıkları suçun konusuna dahil edilmemişti. Böylece başlangıçta iki suç tipi arasındaki fark suçun konusu açısından da ortaya konmuştu. 2012 değişikliği sonrasında ise her iki suça konu uyuşmazlık devam eden soruşturma ve dava sürecini işaret ederek aynı olmuştur. Suça konu “dava” ceza mahkemelerinde, hukuk mahkemelerinde, idare ve vergi mahkemelerinde, üst derece mahkemelerde görülen tüm davaları kapsamaktadır. TCK m. 277’nin değişiklik gerekçesinde “*uyuşmazlığın türü özel hukuk hükümlerine göre açılmış olan bir davaya ya da idare veya vergi mahkemesinde açılmış olan bir davaya konu olabileceği gibi ceza soruşturması veya kovuşturmasına konu olan bir suç olgusuna ilişkin uyuşmazlık da olabilecektir*” şeklinde açıklanmıştır. Yalnızca bir davanın suça konu edildiği dönemde geniş yorumlamayla soruşturma evresinde yapılan işlemler bakımından da yargı görevlisini etkileme suçunun oluşabileceği tartışılmıştı. Ancak bu dönemde Yargıtay dava kavramını dar yorumlamaktaydı⁶⁷. Ceza yargılaması dışındaki yargılamalarda dava öncesi usul işlemleri (örneğin dava açılmadan önce yapılan ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti hakkındaki işlemler) sırasında yapılacak eylemlerin aynı şekilde suça konu olmayacağı kabul edilmekteydi⁶⁸. Mevcut düzenlemede bu kabul devam etmektedir. TCK m. 277’de yapılan 2014 değişikliği ile suça konu uyuşmazlığın yalnızca devam eden bir dava olarak sınırlanması amaçlandığı açıkça anlaşıldığından tartışmaya konu edilecek bir geniş yorumlamaya gidilemeyecektir⁶⁹. Kanun lafzına göre yalnızca davaya konu uyuşmazlıklar suçun konusu olacak, davaya konu edilmemiş, örneğin tahkim yoluna başvurularak çözülmeye çalışılan uyuşmazlıklar, suçun konusu olmayacaktır.

⁶⁷ Yargıtay CGK E 2009/4-156 K 2009/298, 22.12.2009. Aynı yönde nitelendirme için Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 6 (Adalet 2021 Ankara) 7985; Centel (n 9) 148. Dava kavramına soruşturmanın da dahil olduğunu savunan görüş için bk. Malkoç (n 12) 2059.

⁶⁸ Şenol (n 17) 1125.

⁶⁹ Şenol, 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile suça ilişkin özel kast unsuru olarak “bir haksızlık oluşturmak amacıyla” ibaresine yer verilmesine vurgu yaparak artık ceza yargılaması dışındaki yargılamalarda dava öncesi yapılan usul işlemlerinin de madde kapsamına dahil olacağı yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Şenol (n 17) 1125 dp. 24. Ancak yazar, aynı çalışmada bu defa, aynı değişiklik kanunu ile dava konusu uyuşmazlıkların “görülmeğe olan bir dava” ve “yapılmakta olan bir soruşturma” olarak değiştirilmesine işaret ederek bu defa dava öncesi yapılan ihtiyati tedbir işlemleri ile icra kanalıyla yapılan işlemlerin söz konusu suçun oluşumuna sebebiyet vermeyeceğinin kabulünün doğru olacağını belirtmiştir. Şenol (n 17) 1126. Ayrıca değişiklik öncesinde “dava” kelimesinin bütün muhakeme süreçlerini kapsayacak şekilde genişletici yoruma tabi tutulması gerektiği yönündeki görüşleri için bk. 1125-1126.

AİHS'in 6. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar⁷⁰ ve caza davaları açısından kabul edilmiştir ancak davalara ilişkin bu kavramlar, ulusal hukukta yer alan tanımlardan bağımsızdır. Komisyon ve Mahkeme, otonom yorum ilkesince esas aldığı 'medeni hak ve yükümlülükler' ve 'suç isnadı' maddi ölçütlerini geniş bir şekilde yorumlayarak birçok uyuşmazlığı bu kapsama dahil etmiştir⁷¹. Önemli olan bir uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisi olan bir makamın varlığıdır; makamın veya yetkisinin niteliği önem arz etmemektedir. Örneğin dava öncesi uzlaşma görüşmelerinde teknik anlamda henüz davanın varlığından bahsedilemese de bu süreç adil yargılanma hakkının ihlaline konu olabilecektir. TCK bakımından olması gereken de dava öncesi usul işlemlerini de açıkça kapsayan bir düzenlemeye gidilmesidir.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda, TCK m. 277'de yer almayan suça konu ikinci uyuşmazlık türü, yapılmakta olan soruşturmadır. Ceza yargılamasında soruşturma evresi, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m. 2/1-e). 1412 sayılı (mülga) Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda (CMUK) kamu davası hazırlanması faslında soruşturma evresinde kolluğa birçok yetki veren "suça karşı zabitanın vazifesi" başlıklı 156. madde, 5271 sayılı CMK'da düzenlenmemiştir. Bunun nedeni 1985 yılında sorgu hakimliği kaldırılınca soruşturma evresinde tek hukukçu olarak kalan savcının daha güçlü kılınması amacı olmakla birlikte⁷², daha önemli bir etken AİHM kararlarında soruşturma evresinde de adil yargılama ilkesinin gözetilmesidir⁷³. Kanun lafzı, amacı ve -yapılan son değişiklik ön-

⁷⁰ Burada söz edilen 'civil rights and obligations' şeklindeki düzenlemedir. Özel Hukuk hak ve yükümlülükleri anlamına gelen 'private rights and obligations' değildir. A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (10. Baskı, Turhan, Ankara 2013) 270.

⁷¹ Dovydas Vitkauskas ve Grigoriy Dikov, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Çev. Av. Serkan Cengiz, (2. Baskı, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2018) 17; Gözübüyük ve Gölcüklü (n 70) 266-267.

⁷² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2022 Ankara) 605.

⁷³ Makrylakis/Yunanistan, 17.11.2022, Baş. No. 34812/15, § 57-58; Simeonovi /Bulgaristan, 12.05.2017, Baş. No. 21980/04, § 110; İbrahim ve diğerleri/İngiltere, 13.09.2016, Baş. No. 50541/08, 50571/08, 50573/08 ve 40351/09, § 249, § 296; Yankov ve Diğerleri / Bulgaristan, 23.09.2010, Baş. no. 4570/05, § 23; McFarlane /İrlanda, 10 Eylül 2010, Baş. no. 31333/06, § 143; Aleksandr Zaichenko / Rusya, 18 Şubat 2010, Baş. no. 39660/02, §§ 41-43; Eckle- Almanya, 15 Temmuz 1982, § 73, Seri A no. 51; Deweer - Belçika, 27 Şubat 1980, §§ 42-46, Seri A no. 35.

cesi- aynı ifadelerin geçtiği TCK m. 277'nin gerekçesi göz önüne alındığında yalnızca adli soruşturmaların madde metnine dahil olduğu, adli soruşturmanın dışında kalan diğer soruşturmaların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği açıktır. AİHS de, "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda" (*any criminal charge against him/en matière pénale dirigée contre elle*) diyerek adli soruşturmalar ve disiplin soruşturmaları arasındaki farkı net bir şekilde ortaya koymuştur⁷⁴.

Ceza soruşturmasının öncülü olan idari soruşturmalar bu kapsamda değerlendirilmelidir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin *görevleri sebebiyle* işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının *görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada* işledikleri ileri sürülen suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için soruşturma izni usul ve esasları belirlenmiştir. Sayılan memur ve kamu görevlileri hakkında ileri sürülen ihbar ve şikayetlerin incelemeye konu edilmesini gerektirecek *suçun işlendiği izlenimini veren bir halin* varlığı ile basit şüphenin doğduğu ve yukarıda yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere şüphenin öğrenilmesi ile soruşturma evresinin başladığının kabulü ile söz konusu idari soruşturmaların TCK m. 288 bağlamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak Yargıtay'ın zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık halini düzenleyen TCK m. 248/1 uygulamasına yönelik kararlarında, soruşturmanın kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden itibaren başladığı, bu nedenle idari soruşturmanın başlatıldığı ve fakat Cumhuriyet savcılığına henüz ihbar yapılmamış olan aşamanın TCK m. 248/1'de belirtilmiş olan 'soruşturma başlamadan önce'ki sürece tekabül ettiğine hükmedilmiştir⁷⁵. Yapılacak bir değişiklik ile açıkça bu sürecin de suç kapsamına dahil edildiği bir düzenlemeye gidilmelidir.

⁷⁴ Disiplin soruşturmaları ve idari soruşturmalar ilke olarak maddenin kapsamı dışında olsa da AİHM bu soruşturmaların doğurduğu sonuçları dikkate alarak Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerin uygulanması gerektiğine karar verebilmektedir. Pınar Memiş, 'Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In dubio Pro Reo', Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı (Can, 2007) 488, 493.

⁷⁵ "Görüldüğü gibi, zimmet suçuna ilişkin olarak C.savcılığına ihbar yapılmadan önce zimmet miktarı iade edilmiştir. O halde, Yerel Mahkemece hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 248/1. maddesinin uygulanması ve Özel Daire çoğunluğunca bu hususun bozma nedeni sayılmaması isabetli ve yasaya uygundur.", Yargıtay CGK E 2006/5-165 K 2006/213, 17.10.2006; "... soruş-

Soruşturma evresi kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlar (CMK m. 2/1-e). Basın yayın kanalıyla işlenen suçlarda bu yayınların yapılmasından itibaren yürütülecek soruşturmalarda, soruşturmaya konu olayların araştırılmasına başlanmadan ve fakat şüphenin öğrenildiği bu zaman aralığına ilişkin savcılar veya ilgili kişilerin avukatlarını etkilemeye teşebbüs etmek imkan dahilindedir. Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu yazılı ve görsel basındaki yayınları takip ederek gerekli gördükleri haberler hakkında ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarına bilgi vermektedir. Öyleyse örneğin bir sosyal medya yayınında yapılan suç itirafı niteliğindeki açıklamaların veya bir kişinin işlediği suçlara ilişkin yapılan ayrıntılı açıklamaların milyonlarca izlenmiş olması ile suç şüphesinin öğrenilmemesinden söz edilemez. Bu olayların konuşulmaya başlanıp toplumu ilgilendiren haber niteliği kazandığı andan itibaren soruşturma yürütülmesine ilişkin etkilemeye yönelik hukuka aykırı beyanların da adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu oluşturacağı kanaatindeyiz. Günümüzde buna ilişkin örnekler sıkça yaşanmaktadır. Örneğin 17 yaşında bir lise öğrencisinin yaptığı ve arkadaşının cep telefonu ile çektiği Atatürk'e hakaret içeren bir görüntü sosyal medyada yayılmış ve öğrenciyeye yapılan eleştiri ve kınamalar büyük bir tepkiye dönüşmüş, toplumda oluşan ahlaki panik⁷⁶ sonucu çocuk hakkında soruşturma başlatılmış ve hakkında tutuklama kararı verilmiştir⁷⁷. Bu kararın suçun yaptırımı ile orantılı bir tedbir olmadığına ilişkin birçok hukukçu geleneksel medya kanallarıyla açıklama yapmış olmasına rağmen, tutuklanmasını isteyen, buna yönelik beyanlarda bulunan ve tutuklandıktan sonra da en ağır cezaları alması gerektiğini söyleyen yorumların oranı çarpıcı bir boyuta varmıştır.

turmanın "kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" ifade ettiği ve soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarınca suçun işlendiğinin öğrenilmesiyle başladığı dikkate alınarak, hükümlünün idari tahkikat sırasında, soruşturma başlamasından önce zimmetine geçirdiği parayı tamamen iade ettiği, cezasından 5237 sayılı TCK.nun 248/1. maddesi uyarınca 2/3 yerine 1/2 oranında indirim yapılması sonucu fazla ceza tayini... Bozmayı gerektirmiş", Yargıtay 5 CD E 2006/10626 K 2006/8691, 07.11.2006, <https://lib.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

⁷⁶ Medyanın alenileştirdiği davalarda olayın sürekli olarak bir yönüne vurgu yapılarak işlenmesi; konunun, kişi veya kişi gruplarının toplumsal değerlere karşı bir tehdit oluşturduğu algısının yansıtılması ve sürekli bu soruna çözüm yolları aranması, zaman içerisinde toplumda bu durumdan kaynaklanan abartılı bir korku ve endişe yaratmakta ve olayın öznelere ile benzer özellik taşıyan kişi veya gruplara önyargıyla bakılmasına, etiket vurulmasına yol açmaktadır. Bu tür olayların toplumdaki yansımalarına *ahlaki panik* adı verilmektedir. Stanley Cohen, *Folk Devils and Moral Panics: the Creation of the Mods and Rockers* (3rd Edition, Trent University Library, 1987 Worcester) 9-11. Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji* (1994) 391.

⁷⁷ ilgili haber için bk. <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/son-dakika-ataturkun-fotografina-saygisizlik-yapmisti-17-yasindaki-cocuk-tutuklandi-2121506> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

Benzer şekilde *TikTok* uygulamasından yayın yapan kullanıcıların müstehcenlik suçlaması ile ters kelepçe ile gözaltına alınmaları da gösterilebilir⁷⁸.

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkileme suçu, kanunun ilk düzenlemesinde “... emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya... .. hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden...” şeklinde seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmişti, ancak 2012 değişikliği ile suç fiili “hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek” olarak tamamen serbest hareketli bir suç haline getirilmiştir⁷⁹. Oysa adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bağlı hareketli bir suçtur⁸⁰. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak gerekmektedir. Aralarındaki en önemli fark ise TCK m. 288 bakımından aleniyet koşulunun aranmasıdır. Sözlü veya yazılı beyanın kamuya açık bir yerde birçok kişiye ulaşacak şekilde işlenmesi gerekmektedir⁸¹. Aleniyet unsurunun muhakkak basın eliyle gerçekleşmesi gerekmektedir⁸². Ancak böyle bir koşul bulunmamasına dayanarak suçun basın yoluyla işlenebilecek ihlallere ilişkin olarak düzenlendiği gerçeğinden uzaklaşılar ise mevcut iki düzenleme arasında bir farktan bahsedebilmek mümkün olmayacaktır.

Uygulamada adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu -maddenin düzenleme nedeni ve madde gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde- bireyin adil yargılanma hakkının, basın hürriyeti ve ifade özgürlüğüne ağır bastığı durumlarda vücut bulur. Oysa yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkileme suçunda böylesine derin bir çatışmadan söz edilemez⁸³. Bireyin adil yargılanma hakkı gü-

⁷⁸ ilgili haberler ve haber görselleri için bk. <<https://t24.com.tr/haber/tik-tok-ta-para-karsiligi-mustehcen-icerikli-yayin-yapan-kadinin-ifadesi-ortaya-cikti,1140905>>; <<https://www.ntv.com.tr/turkiye/gizem-bagdacicek-kimdir-gizem-bagdacicek-neden-gozaltina-alindi,2pi6FewrXE65Zrw4dGJYbw>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

⁷⁹ Böylece emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek fiillerinin madde kapsamından çıkarılması ile suç tamamen teşebbüs suçu haline gelmiştir. Şenol (n 17) 1132.

⁸⁰ Maddede beyanın usulünü belirten *yazılı veya sözlü* olma niteliği kimi yazarlarca seçimlik hareketli olarak değerlendirilmektedir. Hafızoğulları ve Özen (n 54) 238; Bayraktar (n 54) 435; Ünver (n 10) 636. Ancak hareket türü yalnızca beyanda bulunmak olup *sözlü veya yazılı* ifadesinin ise zaten *bildiri, açıklama* anlamı taşıyan beyanın şekline ilişkin bir belirlilik getirmek amacıyla yapılmış bir ön açıklama niteliğinde olması nedeniyle suçun yalnızca beyanda bulunmak suretiyle işlenebilen bağlı hareketli bir suç olduğu kanaatindeyiz.

⁸¹ Fehmi Şener Gülseren, ‘Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı’ (2014 Haziran) LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 32, 47.

⁸² Donay (n 55) 411; Parlar ve Öztürk (n 9) 434.

⁸³ İtişgen (n 59) 66.

vence altına alınırken kanun koyucunun kimlere karşı koruma amaçladığı önemlidir. TCK m. 277'nin ilk halinde seçimlik olarak belirtilen emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek hareketlerinde, gücü elinde bulunduran olası faillerin muhatap alındığı açıktır. Bu düzenleme ile suç örgütleri, nüfuz sahibi kişiler veya kurumlar, hükümet veya diğer resmi makamlar gibi güç odaklarının etkisinden arı bir şekilde yargılama yapılmasını sağlamak amaçlanmıştır⁸⁴. Oysa suçun maddi ve manevi unsurlarına ilişkin yukarıda değinilen 2012 değişiklikleri neticesinde, madde metninin güç odaklarını ortaya koyarak suç inşa eden dili yok olmuştur. Benzer şekilde suçun manevi unsurlarında yapılan diğer değişiklikler de nazara alındığında; bu madde kapsamında suç işlemek zorlaştırılarak yargılama makamı karşısında güç göstermekten çekinmeyecek olası failler, deyim yerindeyse adeta daha az cezanın öngörüldüğü TCK m. 288'e yönlendirilmiştir.

TCK m. 288'de düzenlenen suçun oluşması için alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak şeklinde bağlı bir hareketin aranması yönüyle TCK m. 277'ye göre özel nitelikte olduğu söylenebilir. Aleniyeti sağlama gücünü elinde bulundurmamak, ayrıcalıklı ve ayrıksı bir durumdur. Bu güç, medya özgürlüğü kapsamında doğal olarak var olan bir hak olsa da bu özgürlük kapsamında değerlendirilmeyen, iktidarın kapılarını tutanlar açısından da ayrıca değerlendirilebilecek bir haktır. Bu nedenle bu gücü bulunduranların bu suçun olası failleri olabileceği ve suç yaptırımının yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun yaptırımından çok daha hafif bir yaptırım türü olması bir arada değerlendirildiğinde benzer suçlar karşısında bu suç faillerinin lehinde bir düzenleme olduğu açıktır.

TCK m. 288'in düzenlenme amacı baskıcı ve kötü niyetli yayınların engellenmesi olsa da yalnızca dar anlamda basın suçları sınıfında değerlendirilebilecek bir suç olmaması veya yalnızca medya mensupları tarafından işlenebilen özgü suç niteliğinde olmaması nedeniyle herkes tarafından işlenebilen bir suç türüdür⁸⁵. TCK m. 277 ise böyle bir tereddüdü doğurmayacak kadar açık bir

⁸⁴ "Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Davalar ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı" Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü (2012) (3) Suç ve Ceza Dergisi, 23, 53.

⁸⁵ 5680 sayılı (mülga) Basın Kanunu'nda basın suçu kavramı geçmekteydi. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu'nda bu terim kullanılmamıştır. "Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlar" (m. 26, 27) ve benzeri ifadeler yer verilmiştir. Dar anlamda basın suçları hakkında bilgi için bk. Çetin Özek, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu* İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 397 (Sulhi Garan 1972); Sulhi Dönmez ve Köksal Bayraktar, *Basın Hukuku* (6. Baskı, Beta 2016) 181, 190; Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku* (Beta 2023) 232.

şekilde herkes tarafından işlenebilen bir suç türüdür. Ancak yapılan değişikliklerle birlikte suç hareketleri bakımından her iki düzenleme değerlendirildiğinde fail olabilecek kimseler fark gösterecektir.

Topluma karşı suçlar ile millete ve devlete karşı suçların mağduru kural olarak toplumu oluşturan herkeştir⁸⁶. Suçun mağduru, suça konu kişilerden yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanık değildir, çünkü suç ile ihlal edilen adil yargılanma hakkı münhasıran bu kişilere ait değildir⁸⁷. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ile bu hakka sahip olan herkes, yani toplumu oluşturan herkes mağdur olmaktadır. Adil yargılama yapılmasında menfaati olan kişiler genelde toplum olmakla birlikte, özelde şüpheli, sanık veya davanın taraflarıdır. Millete ve devlete karşı suçların büyük bir kısmında olduğu gibi, bazı suçlar için muayyen bir mağdurdan bahsedilemez⁸⁸. Bu suçlarda mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Zira adil bir yargılamada ve adaletin gerçekleşmesinde şüphelinin, sanığın, bütün tarafların ve nihayetinde toplumu oluşturan her bireyin yararı bulunmaktadır⁸⁹.

TCK m. 277’de düzenlenen suçun oluşabilmesi için failin gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Suçun oluşması için aranan bu özel kast açısından iki suç değerlendirildiğinde, TCK m. 277’nin manevi unsura ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme içerdiği, TCK m. 288’de düzenlenen suçun bu açıdan daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Zira TCK m. 288’in işlenebilmesi için taraflardan birinin veya sanığın veya katılanın yahut mağdurun lehte veya aleyhte etkilenmesi

⁸⁶ Koca ve Üzülmöz (n 20) 117.

⁸⁷ Aksi yönde bk. Hasan Gerçekler, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 2 (6. Baskı, Seçkin 2022) 2609; Ş. Cankat Taşkın, ‘Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu’ (2010) (75-76) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 168, 171.

Yargıtay 12 CD E 2019/12692 K 2020/2399, 04.03.2020 kararının konuya ilişkin ilgili kısmı şu şekildedir: “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunda, bireylerin adil yargılanma hakkı korunmak istenildiğinden ve adil yargılanma hakkı toplumsal barış ve düzenin sürekliliğinin sağlanması açısından toplumu oluşturan bireylerin tamamını ilgilendirdiğinden, toplumu oluşturan herkes bu suçun mağduru olduğu gibi, irade özgürlüklerine etki eden girişimler nedeniyle yargı görevlileri, bilirkişiler ve tanıklar da suçun mağdurdur...”, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>> Erişim Tarihi 01 Aralık 2023.

⁸⁸ Özgenç (n 47) 228.

⁸⁹ TCK m. 277 gerekçesi: “... Davaların ve ceza soruşturmasının doğruluk, dürüstlük ve gerçeğe ulaşma ilkelerine uygun olarak işleminde ve bu suretle adaletin gerçekleşmesinde bütün tarafların, şüphelinin ve nihayetinde toplumu oluşturan her bireyin yararı bulunmaktadır...”

hedeflenmeden yapılan beyanlar, yani onların durumuna ilişkin bir sonuç doğurmayacak hukuka aykırı kararların verilmesine yönelik beyanlar da yeterlidir. Örneğin; görülmekte olan bir dava için bir hükümet yetkilisinin alenen yaptığı bir açıklamada, davanın bir an önce sonuçlandırılması gerektiği yönünde siyasi baskı içeren yönlendirmelerden söz edersek; maddi gerçeği ortaya çıkarmanın hedeflendiği muhakemenin öngörülen işlemleri gereği gibi yapılmasını engellenerek çekişmeli yargılama ilkesini ihlal etmesi veya bu tehlikeyi doğurması; manevi unsur açısından *davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması* amacı taşımadığı için TCK m. 277 kapsamında değerlendirilemez ancak çekişmeli yargılama ilkesi ihlal edilerek hukuka aykırı bir karar vermesi amacının varlığı halinde TCK m. 288 kapsamında suç oluşturabilir.

C. Suçun Özel Görünüş Şekilleri Açısından

Teşebbüsün tartışılabilmesi için; failde suç işleme kastının bulunması ve failin suç icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olması şarttır. Ancak failin elinde olmayan nedenlerle, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleştirilememesi gerekmektedir. TCK m. 277 ve 288 suçlarında, netice hareketin yapılması ile meydana geleceğinden kural olarak hareketin tamamlanması ve fakat neticenin gerçekleştirilememesinden söz edilemez. Öğretide kabul gören görüşe göre, kural olarak sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir⁹⁰. Ancak istisna olarak icrai hareketin bölünebildiği durumlarda sırf hareket suçlarına teşebbüsten söz edilebilir⁹¹. Buna en sık verilen örnek ise, sırf hareket suçu niteliğinde olan hakaret suçuna ilişkin olarak, hakaret içeren mektubun postaya verilmiş ancak alıcısına gönderilememiş olması gösterilir.

⁹⁰ İçel ve diğerleri (n 41) 351; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III (2. Baskı, Beta 1992) 429; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 41) 468; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (18. Baskı, Astana 2020) 354; Pervin A. İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (2009 Ankara) 186.

⁹¹ Gerçekler (n 87) 439; İçel ve diğerleri (n 41) 351; Önder (n 90) 429; Ünver (n 10) 354; Hakeri (n 90) 354; İpekçioğlu (n 90) 186.

Hareketin bölünebilir olmasını tipik davranış modelinin, yazılı ve sözlü beyanların bölünebilmesi ile (Ünver (n 10) 355, 636; Bayraktar (n 54) 436); yazılı beyanın bölünebilir olması ile (Meran (n 53) 471-472) veya basın yolu ile işlenmesi halinde (Hafızoğulları ve Özen (n 54) 435; Parlar ve Öztürk (n 9) 435; İtişgen (n 59) 73) kabul eden görüşler mevcuttur.

TCK m.35 gerekçesinde, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüsün mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Toplum karşı suçlar ile millete ve devlete karşı suçların birçoğu teşebbüsü cezalandıran suçlardır⁹². Teşebbüs edilmesinin dahi tamamlanmış suç gibi korunan hukuki değeri ihlal ettiği kabul edildiğinden, bu suçlar tehlike suçlarıdır. Ancak TCK m. 288’de, TCK m. 277’de olduğu gibi “teşebbüs” tanımlayıcı bir şekilde yer almamıştır. TCK m. 277’de “*hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi*” şeklinde tanımlayıcı bir kullanıma karşın, TCK m. 288’de “*etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi*” denilmekte, teşebbüs kelimesi yalnızca madde başlığında geçmektedir. Bu nedenle TCK m. 288’in hareket unsurunu teşebbüs etme fiili üzerinden tanımlayan kalkışma suçları gibi nitelendirilmesi ve teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının da bu açıdan değerlendirilmesi yerinde değildir⁹³.

Suçların soyut tehlike suçu olması nedeniyle ileri sürülen suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüşe⁹⁴, hareketin bölünebilir olduğu durumlarda soyut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olması düşüncesiyle katılmıyoruz. Bu tür suçlarda fiilin tehlikeliliği kanun koyucuyu bu fiili suç olarak düzenlemeye iten bir husustur⁹⁵. Bu nedenle hareketin bölünebilir olduğu durumlarda soyut tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür⁹⁶. TCK m. 288’i somut tehlike suçu olarak kabul eden görüşe göre ise⁹⁷; yargı görevi yapanın, bilirkişinin veya tanığın etkilenmesi ve adil yargılanma hakkının somut bir tehlikeye düşmesi

⁹² Kanunda, teşebbüs niteliğindeki hareketlerin bağımsız birer suç olarak tanımlandığı suçları, teşebbüs suçu olarak ifade eden yazarlar için bk. Özgenç (n 47) 581; Koca ve Üzülmöz (n 20) 436; İçel (n 41) 533; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu* (Kazancı 1994, İstanbul).

⁹³ Suçun kalkışma suçu niteliğinde olması nedeniyle teşebbüsünün mümkün olmadığı değerlendirilmeleri için bk. Özgenç (n 47) 581; Koca ve Üzülmöz (n 20) 436; İpekçioğlu (n 90) 195; Şenol (n 17) 1141.

Yargıtay’ın görüşü de bu suçların kalkışma suçu olduğu şeklindedir: “5237 sayılı TCY’nın 262, 277, 288, 309, 310, 311 ve 312. maddelerinde kimi kalkışma suçları düzenlenmiş ve bu maddeler kapsamındaki suçlarda kalkışma hali tamamlanmış suç gibi yaptırıma bağlanmıştır.” Yargıtay CGK E 2010/8-204 K 2011/39, 05.04.2011.

⁹⁴ Centel (n 9) 142.

⁹⁵ Koca ve Üzülmöz (n 20) 121.

⁹⁶ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Adalet 2017) 534; İpekçioğlu (n 90) 185.

⁹⁷ Ekmekçi (n 33) 147. *Bayraktar*, madde metninde geçen hukuka aykırılık ve gerçeğe aykırılık vurgusu nedeniyle somut tehlike suçu olduğunu ileri sürmenin mümkün olduğunu belirtmektedir. *Bayraktar* (n 54) 435. Doktrinde somut tehlike suçu olarak kabul edildiği ifadesi için bk. Gülseren (n 81) 47.

aranacaktır ki bu durumda tehlike objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edileceğinden kişinin kastı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak suç somut tehlike suçu olarak düzenlenmemiştir. Suç soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden kural olarak hareketin bölünebilir olması halinde soyut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olduğunun kabulü gerekir.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun TCK m. 277'den en önemli farkının aleniyet koşulunun aranması olduğunu ifade etmiştik. TCK m. 288 bakımından teşebbüs hükümleri tartışılırken aleniyet unsuru üzerinden de belirlemeye gidilmiştir. Bu değerlendirmeler aleniyetin suçun unsuru olması nedeniyle suça teşebbüsün mümkün olmadığı⁹⁸ ve aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olması nedeniyle teşebbüsün mümkün olmadığı⁹⁹ şeklinde temellendirilmiştir.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bağlı hareketli bir suç tipi olduğundan, kanunda belirtilen *alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma* icra hareketine başlanmış olması gerekmektedir. Aleniyet TCK m. 288'de suça ilişkin bir unsur olarak düzenlenmiştir. Örneğin etkilemeye yönelik yazılı beyanın yayınlanmak üzere gazeteğe gönderilmesi yahut kaçak bir sanığın belirli bir saat vererek binlerce aboneli olan Youtube kanalından "bu akşam yayınlanacak videoda, yargılandığım dosyada neler döndüğünü ifşa edeceğim" benzeri açıklamalarda bulunduktan sonra video yayınlanmadan veya canlı yayın başlamadan kanala erişimin engellenmesi halinde teşebbüsten söz edilebilir mi? Ya da bu hareketler hazırlık hareketi olarak mı icra edilmiştir? Yahut yürütülmekte olan bir soruşturmayı etkileme kastıyla çekilen videonun, internet problemi dolayısıyla sosyal medya hesaplarına yüklenememesi halinde sorumluluk doğarmı? Yazılı beyana örnek olarak; örneğin görülmekte olan bir davaya ilişkin yazılmış bildiri metninin sosyal medya hesaplarına yüklendiği esnada teknik bir sorun nedeniyle etkileme kastı içeren beyan kısmının gereken çözünürlüğe ulaşamaması halinde teşebbüsün varlığından söz edilebilir mi? Her suç tipi için geçerli olacak şekilde kişinin suç işleme iradesini ortaya koyan hareketler baki-

⁹⁸ Hafizoğulları ve Özen (n 54) 239.

⁹⁹ Önder (n 90) 429; Sami Selçuk, 'Adil Yargılamayı Etkileme Suçları II', Star Gazetesi (19.08.2008). *Tosun*, aynı yönde değerlendirmeyi basın yoluyla işlenen suçlar için yapmıştır. Ona göre icra hareketlerinin yarıda kalması durumunda mümkün olan eksik teşebbüs durumu, bir şart öngörülmediği durumlarda geçerlidir. Oysa basın suçlarında aleniyet (neşir şartı) objektif cezalandırılabilme şartı olarak aranmaktadır ve teşebbüsten söz edilemez. Öztekin Tosun, 'Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu' (Y. 1979-1981) 45 (1-4) İÜHFM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, 261, 265.

mından icrai hareketleri ve hazırlık hareketlerini ayıracak ölçütler konulmadığından Yargıtay kararlarında benzer hareketler bir kısım davada hazırlık hareketi bir kısım davada ise suça teşebbüs olarak değerlendirilmiştir¹⁰⁰. Burada manevi unsurun ötesinde, suçun kanuni tanımındaki hareketle ve o suç ile korunan değerle irtibatlandırılarak bir değerlendirmeye gidilmesi gerekmektedir. Öyle ki, korunan hukuki değere göre, kanun koyucu hazırlık hareketi mahiyetindeki hareketleri bazen ayrı bir suç tipi olarak düzenlemiştir. Burada korunan hukuki değerın adil yargılanma hakkı ve adil yargılamadaki kamu yararı olduğunu hatırlatmakla birlikte bu hakla yarışan hakkın da ifade özgürlüğü olduğunu vurgulamak gerekir. Kişisel özgürlük ile toplum çıkarlarının gözetilmesindeki denklemde ne kişisel özgürlüklere müdahale edilmeli ne toplumsal savunma zarar görmelidir¹⁰¹. Bu nedenle elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmış olmasını doğru bir şekilde belirlemek, bu dengeyi korumak açısından önemli ve gereklidir.

Suçun sırf hareket suçu olması ve aleniyetin niteliği gereği hareketin bölünebilirliğinden bahsedilemeyeceğinden alenen beyanda bulunmaktan önceki hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir. Henüz plan aşamasındaki suç işleme-ye yönelik fikir ve düşüncelerin, niyetlerin ve dahi hazırlık hareketlerinin cezalandırılması mümkün değildir. Bununla birlikte verilen örneklerde yalnızca plan aşamasında kalmış hazırlık hareketlerinden söz edilemeyeceği de açık olmakla birlikte, aleniyete kavuşmamış beyanlar ile adil yargılanma hakkının etkilenme tehlikesinin dahi doğmadığını, bu durumun sorumluluk doğurduğu kabulüne gidildiğinde hakkın bir başka temel hak olan ifade özgürlüğüne üstün kılınması anlamına geleceğini, bu nedenle aleniyet kazanmamış beyanların hazırlık hareketi niteliğinde kabulü gerektiği kanaatindeyiz. Sonuç olarak; tehlike suçlarında hareketin bölünebilir olduğu durumlarda teşebbüsün mümkün olduğunu savunmakla birlikte, aranan aleniyet unsurunu da kapsayacak şekilde manevi unsurun tespiti mümkün olmadığından teşebbüsün mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bu suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlar olduğundan iştirak bakımından bir özellik göstermez. TCK m. 37/1 bağlamında müsterek faillikten söz ede-

¹⁰⁰ Örneğin YCGK, bir kişiyi kaçırmak amacıyla yapılan ev kapısının kilidini kırmak hareketini hazırlık hareketi olarak değerlendirirken, hırsızlık yapmak amacıyla dükkânın kapı kilidini kırmak hareketini hırsızlık suçuna teşebbüs olarak nitelendirmiştir.

¹⁰¹ Mustafa Özen, '5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Suça Teşebbüs Kurumu' (Temmuz 2006) (7) 116, 118.

bilmek için; ortak bir suç işleme kararına bağlı olarak, aynı suça konu uyumsuzluk üzerinde etkilemek amacıyla hareket edilmesi gerekecektir. Bu nedenle aynı uyumsuzluk konusuna ilişkin olarak yargı görevlisini, bilirkişiyi veya tanıdığı hukuka aykırı etkilemeye yönelik beyanlar, ortak bir karara bağlı, bir iştirak iradesiyle yapılmadıkça ayrı ayrı değerlendirmeyi gerektirecektir. Öte yandan söz konusu suçlar özel kastı gerektiren suçlar olması nedeniyle suçun maddi unsurunda olduğu gibi manevi unsurunda da bir ortaklık iradesi aranacaktır.

Bileşik suçlarda suç oluştururan unsur veya ağırlaştırıcı neden konumundaki suçlar bağımsızlıklarını kaybetmiştir (TCK m. 42). Bu nedenle ortada tek bir normun ihlali vardır¹⁰². TCK m. 277 ve 288 açısından birbirleri içerisinde eriyen farklı normlardan söz etmek mümkün değildir. Bu nedenle bileşik suç değerlendirmesine konu edilmezler. Zincirleme suç hükümleri ise uygulanabilir¹⁰³. Ancak suçun mağdurunun aynı olması gerekliliği zincirleme suçun zorunlu bir unsuru olarak kabul edildiğinden, kimlerin suçun mağduru olabileceğine ilişkin ortaya konulan farklı görüşlere göre zincirleme suç hükümleri de farklılık gösterecektir. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunda, etkilemeye konu edilen kişileri suçun mağduru olarak kabul eden görüşe¹⁰⁴ göre aynı uyumsuzlukta farklı öznelerle suç oluşturulan hareketin yapılması halinde, mağdurların farklı olması nedeniyle zincirleme suçtan bahsedilemeyecektir. Ancak bu görüşe göre aynı kişiye karşı, örneğin görülen bir davada tanık olarak dinlenecek kişiye karşı belirli zaman aralıkları ile etkileme kastı ile beyanda bulunma halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır.

Failin tek bir amaca yönelik birden fazla hareketinin hukuki anlamda birlik arz etmesi halinde tek fiil olacağından, zincirleme suçtan söz edilemez¹⁰⁵. Zincirleme suç oluşturulan her bir suçun manevi unsuru zorunlu olarak ayrıdır; aynı

¹⁰² Kayıhan İçel, *Suçların İçtiması* (Sermet Matbaa, 1972) 575.

¹⁰³ Centel (n 9) 152; Hafizoğulları ve Özen (n 54) 181, 239.

¹⁰⁴ Taşkın (n 87) 171.

¹⁰⁵ İçel (n 102) 32; Koca ve Üzülmüş (n 20) 531-532; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 41) 586; Özen (n 96) 612.

“Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsu dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirilmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür... Örneğin; failin mağduru birden fazla yumruk vurmak suretiyle yaralaması durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi ile birlikte tek suç vardır.” Yargıtay CGK E 2016/292 K 2017/164, 21.03.2017 kararı, Legal Bank İçtihat Programı, Erişim Tarihi 15.08.2023.

ve tek olan şey bağımsız kastları birleştiren ve bu nedenle kasttan başka bir anlam ifade etmek zorunda olan psikolojik bir olgudur¹⁰⁶. Bu nedenle aynı tanığa karşı yapılacak beyanların hukuki bir birlik arz edecek şekilde ayrı ayrı yapılmış olması halinde normun birden fazla ihlalinden söz edilemez.

TCK m. 43/1'e eklenen bir cümle ile mağduru belli olmayan suçlar da zincirleme suç kapsamına dahil edilmiştir. Öğretide bir görüşe göre mağduru belli bir kişi olmayan suç ile anlaşılması gereken "topluma" karşı değil "topluluğa" karşı işlenen suçlardır¹⁰⁷. Ancak TCK m. 43/1'e eklenen cümlenin gerekçesinde *"rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarında oluşan tereddüdü gidermek amacıyla, 43 üncü maddenin birinci fıkrasına "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."* şeklinde bir cümle eklenmiştir¹⁰⁸. denilerek toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda bu hükmün uygulaması kabul edilmiştir.

TCK m. 277 ve 288 için mağdurun toplumu oluşturan herkes olması ve TCK m. 43/1'e eklenen mağduru belli olmayan suçların da zincirleme suç kapsamına dahil edilmesi nedeniyle aynı uyuşmazlık konusunda, aynı suç işleme kararıyla birden çok özneye karşı suçun işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır kanaatindeyiz. Örneğin görülmekte olan bir davada dinlenecek olan birden çok tanığı etkilemek kastıyla farklı zamanlarda ayrı ayrı beyanlarda bulunan fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır. Tek bir beyanla birden fazla tanığın hedef alınması veya aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin aynı gün yayınlanacak farklı gazetelere beyanda bulunmakla amaç ve zamanda birlik gerçekleştiğinden tek hareket ve tek bir suç oluştuğunun kabulü gerekir. Ancak kesinleşmemiş bir beraat kararına ilişkin olarak farklı ulusal ve yerel gazetelere "açıkça hukuka aykırı bir karar" şeklinde ilanlar veren kişi hakkında, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun zincirleme şekilde işlendiği iddiasıyla dava görülmüştür¹⁰⁹. Eğer verilen ilanlar amaç ve zamanda birlik taşıyacak nitelikte

¹⁰⁶ Türkan Yalçın Sancar, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "Zincirleme Suç" (2007) (70) TBBD 244, 254.

¹⁰⁷ Yalçın Sancar (n 106) 256.

¹⁰⁸ Bk. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss901m.htm>> Erişim Tarihi 02 Aralık 2023.

¹⁰⁹ Yargıtay 12 CD E 2021/1486 K 2022/2229, 23.03.2022, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 01 Nisan 2023.

yakın aralıklarla verilmiş ise bu halde hatalı bir nitelendirme yapıldığı kanaatindeyiz. Suçların mağduru toplumu oluşturan herkes olduğu için TCK m. 43/2'de düzenlenen aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi hali bahsettiğimiz bu örnekte mümkün değildir. Bu nedenle aynı anda yürütülmekte olan farklı soruşturmalar veya birden çok dava ile ilgili tek bir hareketle, örneğin bir bakanın bir olaya ilişkin yürütülen birden fazla soruşturmayı hedef alan bir basın açıklaması yapması ile bu suçun işlenmesi halinde TCK'nın 43/2 maddesinin uygulanmayacağı, her bir uyuşmazlık için ayrı suçlar oluşacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 277 ve 288 hem hukuki değeri hem tipik hareketi bakımından fikri içtimaya elverişli suç türüdür. Örneğin bir dosyanın tanığının beyanlarını etkilemek için tehdit, şantaj veya hakaret içeren söylemlerde bulunmak, kişinin tanık olarak bulunduğu duruşmada hakimi etkilemek için yalan beyanlarda bulunması gibi hallerde fikri içtima söz konusudur. Ancak başka suçların da işlendiği durumlarda fail, aranan özel kastı taşımadığı müddetçe TCK m. 277 veya 288'e vücut vermez ve fikri içtima söz konusu olmaz.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu işlemek amacıyla tanık veya bilirkişinin tehdit edilmesi halinde yaptırımını daha ağır olan tehdit suçu (TCK m. 106) elbette araç suç olması nedeniyle göz ardı edilemez. Bu durumda, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak olay TCK m. 277 açısından değerlendirildiğinde, tehdit suçuna karşı m. 277 uygulanacaktır. Aynı şekilde TCK m. 276'da düzenlenen gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık veya TCK m. 272'de düzenlenen yalan tanıklık suçları işlendiği hallerde, aynı zamanda adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu da işlenmiş olacak ancak yaptırımını daha ağır olan bu suçlardan dolayı cezalandırılacaktır. TCK m. 288 ile TCK m. 277 arasında ise genellik-özellik ilişkisi olması nedeniyle fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır¹¹⁰. Görünüşte içtima söz konusudur. Görünüşte içtima hallerinde gerçek anlamda suç çokluğu bulunmadığında görüş birliği vardır¹¹¹. Bu nedenle tek cezaya ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır.

TCK m. 277/2'de yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunda fikri içtimaya ilişkin özel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre veri-

¹¹⁰ Gökcan ve Artuç (n 67) 8118; Hafizoğulları ve Özen (n 54) 239.

¹¹¹ İçel ve diğerleri (n 41) 457.

lecek ceza yarısına kadar artırılır. TCK m. 288’de böyle bir ceza artırım nedeni öngörülmediğinden, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun aynı zamanda başka bir suça vücut vermesi halinde fikri içtima genel hükmüne göre yaptırımı daha ağır olan suçtan ceza verilecektir. Bu da çoğu zaman adli para cezası öngören TCK m. 288 karşısında diğer suçtan ceza verilmesi anlamına gelmektedir.

Sonuç

TCK’da aynı hukuki değerleri korumaya yönelik, unsurları bakımından benzerlikler arz eden ve halen yürürlükte olan düzenlemelerden birisi *yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs* suçu bir diğeri ise *adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs* suçudur. TCK m. 277 ile gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar, işlem veya beyan gerçekleştirilmesi amacıyla doğrudan doğruya yargı görevi yapanlara karşı yapılan etkileme teşebbüslerine karşı bir koruma öngörülmüşken TCK m. 288 ile yalnızca hukuka aykırı bir karar verme veya işlem tesis etme ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunma amacıyla yapılan, sayılan kişileri dolaylı olarak etkilemeye yönelik beyanlara karşı bir koruma öngörülmektedir.

Ayrıntıları ile birbirinden farklılık arz ettiği söylenebilecek genellik-özellik ilişkisi olan bu denli benzer iki suçun unsurları bakımından taşıdıkları benzerliklerin aksine yaptırımları arasında ölçüsüz bir fark bulunmaktadır. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun yaptırımı iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası iken adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun yaptırımının adli para cezası olması isabetli bir düzenleme değildir. Aynı hukuki değerleri korumaya yönelik düzenlenmiş benzer iki suç türünün yaptırımları arasındaki bu orantısız fark, ceza kanunlarının belirli ve açık olması ilkesini zedelemektedir. Bir fiil belirli ölçütlere göre suç olarak düzenlenmekte iken yaptırımı da bu ihlale bağlı olarak derecelendirilmektedir. Oysa söz konusu iki suç arasındaki fark bu derecelendirmeyi anlamsız kılarak ceza normlarının belirliliği ilkesini zedelemektedir. Bu farkın etkisini yakın geçmişte yaşanan bir örnekle ortaya koymak gerekirse; kara para aklama suçlamasıyla (TCK m. 282) gündeme gelen sosyal medya ünlüsü bir çiftin hakkında başlatılan soruşturma sonrasında gerek geleneksel medya araçları ile gerek sosyal medyada uzman kişilerin de katılımıyla çok sayıda program yürütülmüştür. Sosyal medyada benzer şekilde yapılan bir canlı sohbet odasında savcının ne yönde karar vermesi gerektiği

yönündeki tartışmalar esnasında bir katılımcı, TCK m. 288 açısından sorumluluğun doğabileceği yönünde konuşmacıları ikaz etmiş, buna karşılık avukat olan bir katılımcı ise “*sorun değil TCK m. 288’in yaptırımını adli para cezası, gerekirse hepimiz öderiz*” şeklinde cevap vererek bu yöndeki konuşmaların devamını teşvik etmiştir. Hukukçu kimliği nedeniyle programa katılmış bir katılımcının bu değerlendirmesi her iki suç arasındaki yaptırım farkının caydırıcı etkilerinin toplumdaki yansımaları çarpıcı bir şekilde göstermektedir.

6352 sayılı değişiklik Kanunu ile TCK m. 277 köklü değişikliklere uğramış, maddenin ilk halinde seçimlik olarak belirtilen emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek şeklindeki suçlu oluşturan seçimlik hareketler kaldırılarak serbest hareketli bir suça çevrilmiş; sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için etkilemeye teşebbüs etmek hareketi ve kastı ile hükümet veya diğer resmi makamlar, suç örgütleri, nüfuz sahibi kişiler veya kurumlar gibi güç odakları madde kapsamından uzaklaştırılmış ve bu olası failer daha az cezanın öngörüldüğü TCK m. 288’in kapsamına zorunlu olarak yönlendirilmiştir. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ise ilk haliyle medyanın baskıcı ve kötü niyetli yayınlarını engellemeye yönelik bir suç tipi olarak düzenlenmiş, klasik medya araçlarının yanı sıra yaygınlaşan yeni medya araçları ve bu alana ilişkin ihtiyaç duyulan yeni düzenlemeler olmasına rağmen geçirdiği değişiklikler ile medyanın hukuka aykırı müdahalesini yaptırıma bağlayan bir suç türü olmaktan uzaklaşarak güç odaklı kişilerin yargıyı etkileme teşebbüslerinin yalnızca adli para cezası öngörülerek “yumuşatılan” bir alanda değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Oysa söz konusu bu değişiklikler, medya ve hukuk camiasının ifade özgürlüğü açısından TCK m. 288’i sert şekilde eleştirmesi sonucu getirilen değişikliklerdi.

TCK m. 277 ile yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun tarafsız ve bağımsız mahkeme ilkesini korumaya yönelik bir düzenleme olarak varlığını sürdürmesi, TCK m. 288 ise madde başlığına uygun şekilde, adil yargılanma hakkının AİHS m. 6 ile düzenlenmiş unsurlarını korumaya yönelik daha kapsamlı bir düzenleme haline getirilmesi, yapılması gereken değişikliklerde izlenecek yollardan birisi olarak benimsenebilir. Bu halde Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olan “Mahkemeye Saygısızlık” veya Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de düzenlenmiş olan “Adaletin Engellenmesi” çatı suçları gibi içerdiği birden fazla fıkra ile yapılacak dereceli bir düzenleme ile soruşturmaların veya davaların seyrini, mahkeme huzurunda veya mahkeme dışında, doğrudan veya dolaylı etkileyebilecek her türlü müdahale suç olarak

belirlenmelidir. Ancak böyle bir düzenlemeye gidilirken ifade ve basın hürriyetini, eleştiri hakkını koruyucu güvenceler de gözetilmelidir. Bunun çözümüne ise suçun dereceli şekilde oluşturulması ve bunun yanı sıra bu derecelendirmeye somut tehlike suçu niteliğinde düzenlemeler getirilmesi ile kavuşulacağı kanaatindeyiz. TCK m. 288 ile korunması hedeflenen değerleri korumaya yönelik benzer suç türlerinde yapılacak değişiklikler ve eklemelerle m. 288'in ilgası da çözüm önerisi olarak sunulabilir. Ancak örneğin TCK m. 277'nin veya 285'in, adil yargılanma hakkının unsurlarını kapsayıcı bir şekilde genişletilmesi, suçun niteliğini önemli ölçüde değiştireceğinden daha kolay ve işlevsel bir yöntem olmayacaktır. Bu nedenle yapılması gereken; TCK m. 277'nin kapsamı genişletilecek olsa dahi adil yargılanma hakkının unsurlarını koruyucu şekilde -TCK m. 288'in başlığıyla uyumlu olarak- birden çok ihlal ve birden çok yaptırım türünü içeren çok fıkralı bir düzenlenmeye gidilmesidir. Suçun ayrıntılı bir düzenlenmesinde özel kast-genel kast ayrımı da gözetilerek farklı derecelerde suçlar oluşturulmalıdır.

Kaynakça

- 'Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı' Türk Ceza Hukuku Derneği Görüşü (2012) (3) Suç ve Ceza Dergisi, 23.
- Artuk ME ve Gökçen A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet, Ankara, 2023).
- Bayraktar K, 'Adliye Karşı Suçların Genel Özellikleri', *Özel Ceza Hukuku Cilt X Adliye Karşı Suçlar (TCK m. 267- 298)* (On İki Levha, Ekim 2021).
- Centel N, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu', Uğur Alacakaptan'a Armağan (2008) Cilt I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 135-154.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (9. Baskı, Beta 2016).
- Cohen S, *Folk Devils and Moral Panics: the Creation of the Mods and Rockers* (3rd Edition, Trent University Library, 1987 Worcester).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Donay S, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Beta, Eylül 2007).
- Dönmezer S ve Bayraktar K, *Basın Hukuku* (6. Baskı, Beta 2016).
- Dönmezer S, 'Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri', CMUK Sempozyumu - İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Sempozyumu (Beta 1999 İstanbul).
- , *Kriminoloji*, 1994.
- Ekmekçi D, 'Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar' (Nisan 2013) GSÜ SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Erem F, 'Cezalandırılabilme Objektif Şartı' (1970) 27 (3-4) AÜHFD 9.
- Gerçeker H, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 2 (6. Baskı, Seçkin 2022).
- Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 6 (Adalet, Ankara 2021).
- Gözübüyük AŞ ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (10. Bası, Turhan, Ankara 2013).
- Gülseren FŞ, 'Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı' (2014 Hairan) LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi, 32.
- Hafizoğulları Z ve Güngör D, 'Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi' (2007) (69) TBB Dergisi, 21.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar* (Tıpkı Basım, 2. Baskı, 2017).
- Hafizoğulları Z, 'Türk Ceza Hukukunun Seksen Yılı', Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi Sempozyumu (30-31 Ekim 2003) AÜHF Yayınları, No: 538.

- , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Us-A, 2008)*.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (18. Baskı, Astana 2020).
- İçel K, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi, 2. Kitap* (2. Baskı, Beta 2000).
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Beta 2023).
- , *Kitle İletişim Hukuku* (Beta 2023).
- , *Suçların İctimai* (Sermet Matbaa, 1972).
- İpekçioğlu PA, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara 2009).
- İtişgen R, 'Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288)' (2014) (111) TBBD 61.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu* (Ankara 2013) 4. Cilt.
- Malkoç İ, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345)* (Ankara 2007) II. Cilt
- Memiş P, 'Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi In dubio Pro Reo', Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı (Can 2007) 488.
- Meran N, *İçtihatlı Açıklamalı Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret - İftira* (2. Baskı, Seçkin 2014).
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul 1992).
- , *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Beta 1992) C. II-III.
- Özar S, 'Anayasa Mahkemesi'nin Esastan İncelediği Normlar Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun On Altı Yılı' (Haziran 2021) 11 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 409-438.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022).
- Özek Ç, 'Adliye Karşı Suçların Hukuki Konusu' (1997) 55 (3) İÜHF 13.
- , *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1795, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 397 (Sulhi Garan 1972).
- Özen M, '5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Suça Teşebbüs Kurumu' (Temmuz 2006) (7) HPD, ss. 116-121.
- Özen M, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (Adalet 2017).
- , *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023).
- Özgenç İ, 'Soruşturma İşlemlerinin Gizliliğini İhlal ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları' Ed. M. Tefik Gülsoy, *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyum* (2010 Erzurum) 147.
- , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (19. Baskı, Seçkin 2023).

Öztürk B, Tezcan D, Erdem MR, Sırma Gezer Ö, Saygılar YF, Alan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok Villemin D ve Tok MC, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2022 Ankara).

Parlar A ve Hatipoğlu M, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK ile ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Özel Daire Kararları* (Seçkin 2010).

Parlar A ve Öztürk M, *Uygulamada Adliye Karşı Suçlar* (Aristo 2018).

Selçuk S, 'Adil Yargılamayı Etkileme Suçları II', *Star Gazetesi* (19.08.2008).

Soyaslan D, *Teşebbüs Suçu*, (Kazancı 1994, İstanbul).

Şenol C, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 277)' (2013) LXXI (1) İÜHFM 1119.

Taşkın ŞC, 'Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu' (2010) (75-76) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 168.

Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (27. Baskı, Savaş 2023).

Toroslu N, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu* (Ankara 1970).

Tosun Ö, 'Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu' (Y. 1979-1981) 45 (1-4) İÜHFM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, 261.

Ünver Y, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, Suçu İhbar Etmemek Suçları* (7. Baskı, Seçkin 2023).

Vitkauskas D ve Dikov G, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Uygulamacılar İçin El Kitabı*, Çev. Av. Serkan Cengiz, (2. Baskı, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2018).

Yalçın Sancar T, 'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda "Zincirleme Suç"' (2007) (70) TBBD 244.

İnternet Kaynakları

'Neden gözaltına alındı?', <<https://www.ntv.com.tr/turkiye/gizem-bagdacicek-kimdir-gizem-bagdacicek-neden-gozaltina-alindi,2pi6FewrXE65Zrw4dGJYbw>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

'Son dakika... Atatürk'ün fotoğrafına saygısızlık yapmıştı: 17 yaşındaki çocuk tutuklandı', <<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/son-dakika-ataturkun-fotografina-saygisizlik-yapmisti-17-yasindaki-cocuk-tutuklandi-2121506>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

'TikTok'ta para karşılığı müstehcen içerikli yayın yapan kadın, aylık kazancını açıkladı', <<https://t24.com.tr/haber/tik-tok-ta-para-karsiligi-mustehcen-icerikli-yayin-yapan-kadının-ifadesi-ortaya-cikti,1140905>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2023.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>>.

Legalbank İçtihat Programı, <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>.

Özgenç İ, 'Yargı Görevi Yapanı Etkilemeye Teşebbüs, Suçluyu Kayırma ve Rüşvet Suçlarına İlişkin Bir Olay Üzerine Hukuki Tespit ve Değerlendirmeler', Yayın Tarihi 29.08.2020, <[https://izzetozgenc.com/makale/yargi-gorevi-yapani-etkilemeye-tesebbus- sucluyu-kayirma-ve-rusvet-suclarina-iliskin-bir-olay-uzerine-hukuki-tespit-ve-degerlendirmeler](https://izzetozgenc.com/makale/yargi-gorevi-yapani-etkilemeye-tesebbus-sucluyu-kayirma-ve-rusvet-suclarina-iliskin-bir-olay-uzerine-hukuki-tespit-ve-degerlendirmeler)> Erişim Tarihi 1 Eylül 2023.

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>>.

TBMM Tutanakları, <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>.

Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi ile Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi Arasındaki İşbirliği İlişkisi^(*)

Nusret Alper PAZARCIKLI^(**)

Öz

Avrupa Birliği savcılığı (Abs), Avrupa Birliğinin mali çıkarlarına yönelik işlenen suçlar bakımından her bir üye devletin kendi bünyesindeki soruşturma birimlerinin yürüteceği soruşturmaların etkin ve süratli yürütülemeyeceği endişesiyle kurulmuştur. Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi (Abib) ise Avrupa Birliği üye Devletleri arasında yargısal anlamda hızlı bilgi aktarım ağını tesis etmek adına kurulmuştur. Avrupa Birliğinin bu iki biriminin amacı neredeyse aynıdır. Zira Abs'nin kuruluşunda da kurumun Abib'den ayrılarak kurulduğunun belirtilmesi, her iki kurumun amaçlarının aynı olduğunu göstermektedir. Ancak Abib üye ülkelerin yargı mercileri arasında yatay bir işbirliğini öngörürken Abs dikey bir işbirliğini öngörmektedir. Bu nedenle her iki birim arasında işleyiş yönünden farklılıklar vardır. Bu iki birimin arasında hiyerarşik anlamda da bir bağ bulunmamaktadır; zira iki birim birbirinden bağımsız faaliyet göstermektedir. Abib ile Abs arasındaki ilişki bir çatışma değil işbirliği ilişkisidir. Düzenlemelere bakıldığında Abs'nin bilhassa Avrupa Birliğinin Mali Bütünlüğüne yönelik örgütlü ve sınır aşan suçlarda daha etkin bir rolü olsa da Abib'in de birliğe üye olmayan devletlerle olan anlaşması, öncelikli kullanım yetkisine sahip olduğu ağlar ve başka birtakım yetkileri dikkate alındığında her iki birimin birbirini tamamlayıcı özelliği olduğu söylenebilir. Bu makalede/çalışmada Avrupa Birliğinin bu iki birimi arasındaki işbirliği ilişkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği Savcılığı, Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi, Avrupa Birliği, İşbirliği, Soruşturma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.08.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 07.01.2024.

Atıf Şekli: Nusret Alper Pazarcıklı, 'Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi ile Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi Arasındaki İşbirliği İlişkisi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267, 296.

DOI: 10.52273/sduhfd..1336867.

^(**) Hâkim, Bakırköy Adliyesi;

İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Enstitüsü Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye.

E-posta: nusret.alper.pazarcikci@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-4077-9464>.

The Cooperative Relationship between European Union Agency for Criminal Justice Cooperation and the European Public Prosecutor's Office

Abstract

The European Public Prosecutor's Office (Eppo) was established with the concern that the investigations and prosecutions to be carried out by the investigation/prosecution units of each member state in terms of crimes committed against the financial interests of the European Union cannot be carried out effectively and quickly. The European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), on the other hand, was established to establish a fast judicial information transfer network between the member states of the European Union. The purpose of these two bodies of the European Union is almost the same. However, while Eurojust envisages a horizontal cooperation between the jurisdictions of the member states, the European Public Prosecutor's Office foresees a vertical operation. Therefore, there is a difference in operation between the two units. There is no hierarchical connection between these two units, and the two units operate independently of each other. The relationship between Eurojust and the Eppo is not a conflict but a cooperation relationship. Looking at these UN bodies regulations, although the European Public Prosecutor's Office has a more active role in organized and transnational crimes, especially in the Financial Integrity of the European Union, Eurojust's has complementary role by agreement with non-member states, the networks it has primary use authorization and other powers being used. In this article, the cooperation relationship between these two units of the European Union will be dealt/discussed.

Keywords

European Public Prosecutor's Office, Eurojust, European Union, Cooperation, Investigation/Prosecution.

Extended Summary

Thanks to the opportunities of our age, it has become easier for individuals to move between countries than in the past. Of course, the commission of transnational crimes has also increased due to these conveniences. However, the tools used by the investigative authorities in the commission of transnational crimes have been insufficient and transnational crimes have not been effectively combated. Although there are agreements and regulations on judicial cooperation between countries, the inter-state cooperation relationship progresses slowly due to many reasons such as the hesitation of countries to share their sovereign powers and different legal practices.

In the European Union, there have been problems in the investigation of transnational crimes between member states or between member states and third states. In order to overcome these problems; in other words, to ensure effective and rapid investigations and to combat transnational and organized crime, the European Union has established several bodies within the European Union.

In this sense, the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), which is based on horizontal cooperation in the fight against crimes committed within the European Union, especially organized crimes, was established. Subsequently, the European Public Prosecutor's Office was established within Eurojust. Unlike Eurojust, the European Public Prosecutor's Office is based on vertical cooperation.

The establishment of Eurojust took place in stages. Until the establishment of Eurojust, the Provisional Judicial Cooperation Unit was established by the Council Decision of 19.12.2000. With the establishment of Eurojust, the temporary unit ceased to function. Eurojust was established as a legal entity on 28.02.2002 during the Spanish Presidency by a Council Decision (Council Decision 2002/187/JHA). With the Decision of 16.12.2008, Eurojust was strengthened in order to fulfil its tasks more effectively. Currently, Eurojust operates based on Article 85 of the Lisbon Treaty and the Eurojust Regulation adopted on 6 November 2018 and entered into force on 12 December 2019.

Article 2 of the Eurojust Regulation states that “... *Eurojust shall support and strengthen coordination and cooperation between national investigating and prosecuting authorities in relation to serious crime which Eurojust is competent to deal with in accordance with Article 3(1) and (3), where that crime affects two or more Member States, or requires prosecution on common bases, on the basis of operations conducted and information supplied by the Member States' authorities, by Europol, by the ABS and by OLAF...*”. According to Article 6 of the Regulation, Eurojust is composed of national members, a college, an executive board and an administrative director.

When we look at the European Public Prosecutor's Office, the legal foundations of the unit were laid with the Lisbon Treaty. With Article 86 of the Treaty, it was decided to establish the European Public Prosecutor's Office. As a result of this regulation, the Commission submitted a proposal to the Council in July 2013 for the establishment of the European Public Prosecutor's Office. It was established as an independent body of the European Union by Council Regulation (EU) 2017/1939 of October 12, 2017.

Sweden, Hungary and Poland have chosen not to join the European Prosecutor's office. Ireland and Denmark have not joined the Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) and are therefore not members of Eppo. Eppo is currently making various arrangements for cooperation with these five non-member countries. Launched on 1 June 2021, Abs has shifted judicial cooperation in the European Union from horizontal to vertical.

According to Article 4 of the European Public Prosecutor's Regulation (PIF) 2018/1727 of 14 November 2018, Abs's mandate is defined as the investigation, prosecution and prosecution of perpetrators of offences against the financial interests of the European Union as set out in the PIF Directive and the Regulation.

Eppo has a two-tier structure, central and decentralized. The central office consists of a College, the Permanent Chambers, the European Chief Prosecutor, the Deputy European Chief Prosecutors, the European Prosecutors and the Administrative Director. The decentralized structure consists of the European Delegated Prosecutors located in the member states.

Although the bodies of the European Union are independent in terms of their competence about crimes against the financial interests of the Union, they inevitably cooperate in order to ensure more effective, swift and efficient functioning. As stated in the Green Paper on the establishment of the European Public Prosecutor's Office published by the European Commission in December 2001, cooperation between the two bodies is important in terms of information exchange and coordinated investigation policy if crimes against financial interests, which are within the competence of the European Public Prosecutor's Office, are committed together with crimes that fall within the competence of Eurojust.

Both the Eppo and Eurojust Regulations provide for cooperation between the two European Union bodies. Both bodies also have regulations that concretize cooperation through other regulations or agreements. Article 50 of Regulation (EU) 2018/1727 of 14 November 2018 on the functioning of Eurojust and Article 100 of Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 on the functioning of the European Public Prosecutor's Office contain similar provisions on the cooperation relationship between the two bodies.

There are also instruments to ensure cooperation between the two units, such as the establishment of a Joint Investigation Team (JIT), the possibility of mutual exchange of information, and the establishment of a liaison team to discuss institutional and operational issues.

Cooperation between the European Public Prosecutor's Office, which has priority over other units and the possibility to conduct direct investigations, and the other bodies of the Union is important. This will enable it to fight more effectively against crimes against the financial interests of the Union. There are investigations that the European Public Prosecutor's Office has conducted more effectively in this way. On 21 February 2021, Abs arrested 17 people, including the leader of the organization, in an investigation into a criminal organization headquartered in Spain and working with 8

countries on VAT fraud in the trade of mobile phones and electronic devices. In the operational investigation codenamed Marengo Rosso, 39 different locations were searched in a simultaneous operation in Hungary and Poland, which are not part of Eppo, and in the Czech Republic, Italy, Luxembourg, Portugal, Slovakia and Spain, which are part of Eppo. The Union is estimated to have suffered losses of €25 million concerning the VAT fraud offence. This operation involved cooperation with Eurojust, which resulted in an efficient conclusion of the investigation.

Giriş

Küreselleşen dünyamızda her alanda olduğu gibi ceza hukuku alanında da artık ülke sınırları fiilen ilk zamanki sertliğini yitirmiş; bilişim sistemlerinin ve ülkelerarası serbest dolaşım imkânlarının getirdiği kolaylıklar sayesinde sınır aşan suçların işlenebilirliği kolaylaşmıştır. Ancak bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasındaki zorluklar varlığını devam ettirmiştir. Her ne kadar ülkeler arasında yargısal işbirliğine dair anlaşma ve düzenlemeler bulunmakta ise de; ülkelerin egemenlik güçlerini paylaşmadaki çekinceleri, farklı hukuk uygulamaları gibi birçok nedenle devletlerarası işbirliği ilişkisi ağır aksak ilerlemiştir. Avrupa Birliği'nde de üye devletlerarasında ya da üye devlet ile üçüncü devlet/ler arasında sınır aşan suçların araştırılması/soruşturulması noktasında; Avrupa Birliğinin mali çıkarlarının Ülke mali çıkarlarına nazaran daha tali nitelik taşıması nedeniyle soruşturma sürecindeki isteksizlik, suç faillerinin aynı zamanda ülke içerisindeki karar mekanizmalarını etki altına alabilme ihtimali nedeniyle soruşturmaların yetersizliği gibi sıkıntılar gündeme gelmiştir. Bu sıkıntıların giderilmesi; bir başka söylemle etkin ve hızlı soruşturmaların sağlanarak sınır aşan ve örgütlü suçlarla mücadelenin sağlanması adına Avrupa Birliği bünyesinde birtakım birimler kurulmuştur. Bu anlamda cezai konularda örgütlü suçlar başta olmak üzere Avrupa Birliği bünyesinde işlenen suçlarla mücadelede yatay işbirliğini esas alan Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi (Abib) kurulmuştur. Sonrasında Abib bünyesinden Avrupa Birliği Savcılık Ofisi (Abs) kurulmuştur. Abs, Abib'ten ayrılarak yeni bir kişilik kazansa da; iki ayrı birim arasındaki ilişki; hiyerarşik değil işbirliği ilişkisi mahiyetindedir. Makalede bu kurumlardan Abib ve Abs arasındaki işbirliği ilişkisi ele alınacaktır. Bu çerçevede önce her iki kurumun tarihçesi, kuruluş ve görevleri anlatılacak; ardından iki kurum arasındaki işbirliğine dair düzenlemeler ve uygulamadaki durum ortaya konulacaktır.

I. Avrupa Birliği Cezai Konularda Adli İşbirliği Birimi (Abib)¹

A. Abib'in Tarihçesi

İkinci Dünya savaşından sonraki süreçte suçla mücadele konusundaki işbirliği Avrupa Konseyi bünyesinde sağlanmaktaydı². Avrupa Konseyi siyasi örgüt-

¹ İngilizcesi; European Union Agency for Criminal Justice Cooperation.

² Mehmet Özcan, 'Avrupa Birliği Adli İşbirliği Birimi (Eurojust); Gelişim ve Perspektifler' (2005) 13 (1&2) Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi 241, 243.

lenmeyi Avrupa Topluluğu da ekonomik örgütlenmeyi esas almaktaydı³. Ne var ki Avrupa Topluluğu'na üye ülkeler Avrupa Konseyinin sağladığı işbirliğinden daha yakın bir işbirliğine ihtiyaç duymaktaydı. Her ne kadar bu yakınlığı kurmak adına üye devletler Avrupa siyasi işbirliği kapsamında bir kısım anlaşmalar imzalasalar da istenilen düzeyde işbirliğini sağlayamamışlardı. 9-10 Aralık 1991'de Maastricht'te toplanan zirvede imzalanan ve 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması ile Avrupa Birliği yapısı oluşturulmuştur. Sonraki süreçte birliğe yeni ülkeler dâhil olmaya başlamış ve bu şekilde Avrupa Birliği genişlemiştir. Avrupa Birliğinin genişlemesiyle iç güvenlik alanında ciddi sorunlar yaşanmaya başlamıştır. Bilhassa Doğu Avrupa ülkelerinin birliğe katılma istekleri ile bu iç güvenlik sorunu giderek büyümüştür. Bu büyümeyle özellikle sınır aşan örgütlü suçlarda bu sorunun çözümü için ülkeler arasında işbirliği zorunlu hale gelmiştir⁴.

Eylül 1993'te Belçika, üye devletler nezdinde bilhassa göç ve iltica yönünden merkez bilgi paylaşım ağı kurulması teklifinde bulunmuş, fakat bu teklif raflarda kalmıştır. Bunun Abib'in kurulması ile ilgili bilinen ilk girişimlerden biri olduğu söylenebilir⁵.

Ekim 1996'da yedi tane Avrupa hâkimi, Cenevre başvurusunda klasik enstürmanlarla organize suçlarla mücadele konusunda yaşanan sıkıntıları belirtmiştir. Bu Abib'in kurulmasında atılan önemli somut adımlardan biridir. Hatta imzacı hâkimlerden biri uluslararası istinabe işlemi sırasında hissettiklerini, ıssız bir adada kalan *Robinson Crusoe*'nun denize attığı içinde mesaj yazılı şişeye benzetmiştir⁶.

2 Ekim 1997'de Avrupa Birliği üye devletler arasında imzalanan ve 1 Ocak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile Maastricht anlaşmasında

³ Durmuş Tezcan, 'Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeni İçerisinde Ceza Hukukunun Yeri' (1974) 1(535) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Aziz Köklü Anısına Armağan) 447, 447; Avrupa Toplulukları; 18 Nisan 1951 tarihli Paris Anlaşması ile kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT), 25 Mart 1957 tarihli Roma Anlaşmasıyla kurulan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM)'nun üçüne verilen isimdir.

⁴ Ole Due, 'Impact of the Amsterdam Treaty upon the Court of Justice' (1999) 22 Fordham International Law Journal 48, 51.

⁵ <<https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust/short-history-creation-eurojust>> Date of Access 06 May 2023.

⁶ <<https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust/short-history-creation-eurojust>> Date of Access 06 May 2023.

köklü değişiklikler yapılmış; üye ülkeler arasında cezai konularda işbirliği Avrupa Birliği'nin ana amaçlarından biri haline gelmiştir. Bu anlaşma ile Avrupa Birliği'nin yargı alanının oluşturulmasının temelleri atılmıştır⁷. Bu anlaşma ile ceza davalarında polis ve yargı arasında işbirliğine ilişkin önemli hükümler getirilmiştir⁸.

15-16 Ekim 1999'da gerçekleşen Tampere Zirvesi'nde⁹ AB; organize ve sınıraşan suçlarla mücadele anlamında üye ülkelerin adli birimleri, polisleri ve eş kurumları arasında işbirliğinin önemini ve işbirliği için yapılması gerekenleri ortaya koymuştur. Bu zirve ile Abib'in kurulmasının ön hazırlığı başlamıştır¹⁰. Ne var ki Tampere Zirvesinde ortaya konulan hedefler hemen yerine getirilememiştir. Ağır aksak ilerleyen süreç, 11 Eylül saldırıları sonrası ivme kazanmıştır¹¹. 2000 yılında *Nice*'de yapılan Hükümetlerarası Konferansta Avrupa'da cezai konularda adli işbirliğinin temini adına Avrupa Savcılığı'nın (Abs) kurulması ve Abib kurulması teklifleri yapılmıştır. Ancak bu tekliflerden sadece ikincisi; yani Abib kabul görmüştür¹².

26 Şubat 2001 tarihinde üye devletler arasında imzalanan Nice Andlaşması ile getirilen birçok değişikliklerin yanı sıra yargısal anlamda da Abib ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir¹³. Abib'in kurulma süreci aşamalı olarak gerçekleşmiştir. Bu anlamda birimin kurulmasına kadarki süreçte 19.12.2000 tarihli Konsey kararı ile Geçici Adli İşbirliği Birimi kurulmuştur. Abib'in kurulmasıyla geçici birimin görevi son bulmuştur¹⁴. Abib, 28.02.2002 tarihinde İspanya dönem başkanlığı sırasında Konsey'in aldığı karar (Konsey Kararı 2002/187/JHA) ile tüzel-

⁷ Due (n 4) 61.

⁸ Due (n 4) 64-65.

⁹ Avrupa Birliğinde özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarında yeni kazanımların temini adına Avrupa Birliği Konseyi düzeyinde yapılan Tampere Zirvesi İngilizce metni için bkz.; <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en9.htm> Date of Access 18 March 2023.

¹⁰ Anne Weyembergh, Ines Armada and Chloe Briere, 'Competition or Cooperation: State of Play and Future Perspectives on the Relations between Europol, Eurojust and the European Judicial Network' (2015) 6 New J Eur Crim L 258, 262.

¹¹ <<https://www.eurojust.europa.eu/20-years-of-eurojust/short-history-creation-eurojust>> Date of Access 06 May 2023.

¹² Annika Souminen, 'The Past, Present and the Future of Eurojust' (2008) 15 Maastricht J Eur & Comp L 217, 219.

¹³ Nice Anlaşmasının getirdikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Füsün Arsava, 'Nice Anlaşmasının Getirdikleri' (2002) 1(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 1, 1-30.

¹⁴ Özcan (n 2) 247.

kişiliği haiz şekilde kurulmuştur¹⁵. 16.12.2008 tarihli kararla Abib görevlerini daha efektif yerine getirebilmesi adına güçlendirilmeye çalışılmıştır¹⁶.

Şu an için Abib Lizbon Andlaşması'nın 85. Maddesi ve 6 Kasım 2018'de kabul edilip 12 Aralık 2019'da yürürlüğe giren Abib Tüzüğü¹⁷ temelinde faaliyet göstermektedir.

B. Abib'in Yapısı ve İşleyişi

Hollanda'nın Lahey kentinde kurulan Abib, tanıtım sitesinde amacını "üye ve anlaşmalı ülkelerin otoritelerinin sınır aşan organize suçlarda işbirliğini koordine ederek Avrupa'yı daha güvenli bir yer yapmaya yardımcı olmak" şeklinde ortaya koymuştur¹⁸. Abib Tüzüğü'nün 2'nci maddesinde birimin görev tanımı "... Abib, tüzüğün kendisini yetkili kıldığı ve iki veya daha fazla üye ülkenin aynı konu üzerinde soruşturdukları sınır aşan ciddi suçlar ve organize suçların ulusal soruşturma ve kovuşturma birimleri arasındaki soruşturma ve kovuşturmaların koordinasyonu ve işbirliğini destekleme ve güçlendirme..." şeklinde yapılmıştır. Avrupa Birliği'nin; vatandaşlarına yüksek düzeyde özgürlük, güvenlik ve adalet sağlama amacı ile Abib'i kurduğu tarihsel sürece baktığımızda da birimin varoluş amacını anlayabiliriz¹⁹.

Tüzüğün 3'üncü maddesinde Abib'in hangi suçlar bakımından görevli olduğu yani görev kapsamı belirlenmiştir. Yasadışı uyuşturucu trafiği, karapara aklama, insan kaçakçılığı ve ticareti, radyoaktif madde ticareti, motorlu taşıtlarla ilgili suçlar, bilgisayar suçları, yolsuzluk ve dolandırıcılık suçları, suçtan kaynaklanan kazanımların aklanması suçları, çevre suçları, 21 Aralık 1988 tarihli Avrupa Birliğine üye devletlerde bir suç örgütüne katılmayı suç sayan ortak eylem anlamında cezaî bir suç örgütüne katılma suçları Abib'in görev bakımından yetkisine giren suçlar kapsamında giren suçlar olarak kabul edilmiştir²⁰. Avrupa Birliği Polis Teşkilatı'nın (Abp)

¹⁵ Weyembergh, Armada and Briere (n 10) 262.

¹⁶ Anne Weyembergh, 'The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU' (2011) 2 New J Eur Crim L 75, 78.

¹⁷ Tüzüğün birçok dildeki metinleri için bkz. <<https://www.eurojust.europa.eu/document/regulation-eu-20181727-14-november-2018-european-union-agency-criminal-justice-cooperation>> Date of Access 20 March 2023.

¹⁸ <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are>> Date of Access 20 March 2023.

¹⁹ Suominen (n 12) 220.

²⁰ <<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eurojust28022020101528>> Date of Access 02 April 2023.

yetkili olduğu tüm suçlarda Abib de yetkilidir²¹. Tüzüğün bu maddesinde özellikle Abib'in Abs ile yetkilerinin çatıştığı durumda Avrupa Birliği Savcılığının yetkisine üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumda dahi dava ile ilgili Üye Devlet eğer Abs'ye dahil olmamışsa; üye devlet ya da Abs'nin Abib'ten bir talebi varsa Abib'in bu durumda da yetkili olduğu belirtilmiştir. Şu hususun önemle vurgulanması gerekir ki gerek Abs'nin yetki sınırları kapsamında olsun gerekse Abs ile herhangi bir yargısal çatışma bulunmasın Abib'in, görev alanına giren suçlar bakımından doğrudan adli araştırma/soruşturma yetkisi bulunmamaktadır²².

Tüzüğün 6'ncı maddesine göre Abib; Ulusal üyeler (*National Members*), Kurul (*College*), Yönetim Kurulu (*Executive Board*) ve İdari Direktörden (*Administrative Director*) oluşmaktadır.

Abib Tüzüğü'nün 7'nci maddesi uyarınca Abib, kendi hukuk sistemine uygun olarak her üye devlet tarafından görevlendirilen bir ulusal üyeye sahip olacaktır. Buna göre Abib 27 ulusal üyeden oluşmaktadır²³. Her ulusal üyeye bir vekil ve bir asistan yardım edecektir. Vekil, asıl üyenin yokluğunda O'nun yerine geçecektir. Abib üyeleri kendi ülkesinin hukuk sistemlerinde savcı, hâkim ya da polis olarak görev yapan ya da bu görevlere eş görevlerde bulunan kişilerden oluşur²⁴. Bu kişiler kendi görevlerinden tam olarak ayrılmazlar. Abib'te görevlerinin bitmesinin ardından tekrar ulusal görevlerine geri dönebilirler. Ulusal üyelerin kendi ülkelerindeki kriminal kayıtlara erişim imkânı bulunmaktadır²⁵. Bu sayede Abib'in üye ülkeler arasındaki koordinasyonu sağlaması yanında üye ülkelerin kendi nezdinde yürüttüğü araştırma ve soruşturmaları daha etkin bir şekilde yürütmelerini de sağlayabilecektir²⁶.

Tüzüğün 10'uncu maddesine göre tüm ulusal üyeler ve Komisyon temsilcisi Abib Kurulunu oluşturur. Abib Kurulu operasyonel çalışmalarından sorumludur. Kurul kendi üyeleri arasından üç yıllığına bir başkan ve iki başkan yardımcısı seçer. Başkan ve başkan yardımcıları en fazla bir kere daha seçilebilir. Kurul seçim kararını konseye sunmak ve onayını almak zorundadır. Kurulda her üyenin bir oy hakkı vardır. Oylama gizli yapılı ve 2/3 oyla başkan seçilir. İlk turda seçim sonuçlanmazsa ikinci turda da 2/3 oy çoğunluk aranır. İkinci turda da

²¹ Suominen (n 12) 224.

²² Suominen (n 12) 221.

²³ Suominen (n 12) 222.

²⁴ Abib Tüzüğü md 7/4.

²⁵ Suominen (n 12) 222.

²⁶ Suominen (n 12) 223.

başkan seçilemezse üçüncü turda basit çoğunlukla başkan seçilir. Başkan heyetin çalışmalarını organize eder²⁷. Abib'in şu anki başkanı Ladislav Hamran; başkan yardımcıları ise Boštjan Škrlec ve Margarita Šniutyté-Daugėlienė'dir²⁸.

Tüzüğün 16'ncı maddesi uyarınca Abib Kurulu, Yönetim Kurulu tarafından desteklenmektedir. Abib'in düzenli çalışmasını temin için alınan her türlü kardan Yönetim Kurulu sorumludur.

İdari Direktör ise Yönetim Kurulunun önerdiği adaylar arasından Abib Kurulu tarafından dört yıllığına seçilir. İdari Direktör Abib'in yönetiminin başındadır²⁹. 1 Mart 2023'ten itibaren kurumun İdari Direktörü Evert van Walsum'dur³⁰.

Abib'in üç ayrı çalışma grubu vardır. Bunlardan birincisi her üye devletten gelen birer temsilciden oluşan ve haftada bir kere toplanan gruptur. İkinci grup bir olay bakımından sadece o olayın muhatabı ülkelerin Abib'teki temsilcilerinin katıldığı gruptur. Üçüncü grup ise olayı inceleyen Abib üyeleri, soruşturma görevlileri ve savcılarının bir araya gelerek oluşturduğu gruptur³¹.

Abib'in acil durumlar için 7 gün 24 saat aktif olan çağrı sistemi (*On-call coordination mechanism - OCC*) vardır (Eurojust Tüzüğü md. 19). Bu sistem ile üye devletlerin taleplerinin Abib tarafından etkili ve kesintisiz gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Abib'in Avrupa birliği üyesi olan ve olmayan ülkelerle, Avrupa Birliği Kurumları ile sürekli işbirliği söz konusudur³². Abib'in Avrupa Birliği'ne üye olmayan ABD, Gürcistan, Norveç, İsviçre gibi ülkelerde de irtibat noktaları vardır³³.

Abib, üye ülkelerin yasalarını uyumlaştırma çabasında olmayıp sadece sınır aşan suçlarda etkin ve süratli araştırma/soruşturmanın sağlanması için alt yapı

²⁷ Engin Gülbey, 'Avrupa Birliği Mali Çıkarlarının Korunmasında Denetimin Etkinliği', (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Uluslararası Polis Çalışmaları Anabilim Dalı, 2008) 51.

²⁸ <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/presidency>> Date of Access 30 March 2023.

²⁹ Abib Tüzüğü md 18.

³⁰ <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/administrative-director>> Date of Access 30 March 03.2023.

³¹ Christine Van den Wyngaert 'Eurojust and European Public Prosecutor' Niel Warker (Ed), (2004) Europe's Area of Freedom, Security 201, 210.

³² Özcan (n 2) 260.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/third-countries/liaison-prosecutors>> Date of Access 02 April 2023.

oluşturmak amacındadır³⁴. Abib soruşturmaları ister heyet aracılığı ile ister herhangi bir üyesinin girişimi ile başlatsın yetkileri çok sınırlı olup Avrupa Birliği düzeyinde doğrudan soruşturma yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Abib'in Avrupa Adli Yargı Ağı ile ilişkisi büyük önem arz etmektedir. Abib'i kuran Konsey Kararının 14 ve devamı maddeleri uyarınca birime veri işleme yetkisi verilmiştir. Abib'i kuran Konsey Kararının 26/2 maddesine göre Abib, Avrupa Adli Yargı Ağı bilgi sistemine girmede öncelikli yetkisi vardır. Bu noktada Avrupa Birliğinin diğer birimleri ile işbirliği hususunda bu ağa girme noktasında öncelikli yetkilidir³⁵. Avrupa Adli Yargı Ağı Avrupa Birliği avukat ve yargıçları arasında ceza davalarında bilgi alışverişi için kurulmuş merkezi olmayan, her üye ülkede iletişim kurabilen ve soruları cevaplayan uzmanları bulunan bir yapıdır³⁶. Tüzükte bu verilerin işlenmesi, hangi durumlarda kullanılması gerektiği hususunda sıkı kurallar bulunmaktadır³⁷.

Genel anlamda Abib'in görevleri şu şekilde sıralanabilir;

- Abib, üye ülkelerin yetkili makamlarından belirli bir olayla ilgili olarak ceza araştırma ya da soruşturma başlatmasını talep edebilir.
- Bazı soruşturmalarda bir üye ülkenin söz konusu soruşturmayı yürütmek için daha elverişli olduğu düşüncesini ortaya koyabilir.
- Birden fazla üye ülkeyi kapsayan soruşturmalarda üye ülkelerin yetkili makamlarından işbirliği yapmalarını isteyebilir.
- İşbirliğini geliştirmek amacıyla soruşturma timi kurulmasını talep edebilir.

³⁴ Özcan (n 2) 245.

³⁵ Özcan (n 2) 262.

³⁶ Gülbey (n 27) 53.

³⁷ Eurojust'un Avrupa Adli Yargı Ağı merkezi bilgi sistemi ve haberleşme ağı bilgilerine erişiminin sağlanması, Avrupa Adli Yargı Ağı Sekreterya'sının Eurojust Sekreterya'sı çatısı altında ancak bağımsız ve özerk nitelikte konumlanması, Avrupa Adli Yargı Ağı'nın Eurojust kaynaklarından yararlanması, Avrupa Adli Yargı Ağı temas noktaları ve Eurojust ulusal üyeleri arasında yakın bir işbirliği sağlanması ve karşılıklı olarak toplantılara katılım aracılığıyla bu işbirliğinin güçlendirilmesi, Eurojust'un ulusal üyeleri aracılığıyla veya tüzel kişilik olarak inisiyatif başlattığı durumlarda zorunlu olarak Avrupa Adli Yargı Ağı ile işbirliği içinde hareket etmesi, hem Eurojust hem de Avrupa Adli Yargı Ağı için aynı kişilerin temas noktası olarak görevlendirilebilmesi imkanı, Avrupa Adli Yargı Ağı temas noktalarının Eurojust operasyonel toplantılarına katılımının sağlanması gibi kurallar Eurojust'un Avrupa Adli Yargı Ağı üzerinde imtiyazlı bir yetkisinin olduğunu açıkça göstermektedir. <<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eurojust28022020101528>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2023.

- Görevlerini yerine getirmek amacıyla gerekli olan bilgileri üye ülkelerden talep edebilir.
- Kendilerine bilgi verilen üye ülkelerin yetkili makamlarının bir suçun araştırılması ya da soruşturulması evresinde birbirlerini bilgilendirmesi hususunda güvence sağlar.
- Üye ülkelerin suç soruşturmaları sırasında işbirliğini en iyi şekilde tesis etmek hususunda ülke yetkili makamlarının taleplerine yardımcı bulunur.
- Bir üye ülke ile üye olmayan ülke arasında ya da topluluk arasında ortaya çıkan olaylara ilişkin olarak yapılan ceza kovuşturması ve soruşturmasında Abib heyeti ile anlaşma yapmak şartıyla işbirliğine yardımcı olunur.

II. Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi (Abs)³⁸

A. Abs'nin Tarihçesi

Yukarıda Abib'in tarihçesinde de belirttiği üzere İkinci Dünya savaşı sonrası Avrupa Toplulukları, ekonomik açıdan gelişmekle birlikte vergi suçlarının işlenmesinin artışı, vergi cennetine dönüşen toplulukta yeni suç şebekelerinin oluşumu gibi nedenlerden ötürü ekonomik yönden suistimale açık hale gelmişti. Oluşan uluslararası suç şebekeleri ile mücadelede Topluluk aksiyon almakta yetersiz kalmaktaydı³⁹. Bu nedenle sonradan Avrupa Birliği adını alan toplulukta ceza hukuku yönüyle de işbirliği kaçınılmaz hale gelmişti⁴⁰.

İlk olarak Avrupa Birliğinin mali çıkarlarının korunmasının güçlendirilmesi fikri Avrupa Ekonomik Topluluğunun 21 Nisan 1970 tarihli Konsey kararı ile gündeme gelmişti⁴¹. 1995 yılında İtalya Urbino Üniversitesi'nde Avrupa Ceza Hukuku Dernekleri Başkanları'nın yaptığı toplantı sırasında Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunması adına yasal alan fikri ortaya atılmıştır⁴². Mireille Delmas-Marty liderliğindeki bir grup uzman, tek bir Avrupa hukuk alanı çer-

³⁸ İngilizcesi; European Public Prosecutor's Office.

³⁹ Tezcan (n 3) 452.

⁴⁰ Orbay Bahri Ulgar, 'Avrupa Savcılığı ve Bu Kurumun Bakmaya Yetkili Olduğu Suçlar' (2022) 12 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171, 173.

⁴¹ Katarina Zivanovic, 'Protecting the EU's Interest by Establishing a Supranational EU Body? Financial Interest of the EU and the European Public Prosecutor's Office' (2022) 12 Int'l J Econ & L 265, 268.

⁴² <<https://www.Abs.europa.eu/en/background>> Date of Access 06 May 2023.

çevesinde AB'nin mali çıkarlarının ceza hukuku korumasına ilişkin yol gösterici ilkeler geliştirmekle görevlendirilmiştir⁴³.

Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarına karşı birçok üye devletle ilgili organize işlenen suçlarla mücadele konusunda kayıtsız kalınmamış ve Konsey "Avrupa Topluluklarının Mali Çıkarlarının Korunmasına Dair Sözleşmesi" (Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests)'ni düzenlemiştir⁴⁴. 26 Temmuz 1995 tarihli sözleşmede birliğin mali çıkarlarına yönelik suçların neler olduğu, bu tip suçlar bakımından üye devletlerin ne şekilde düzenlemeler yapması gerektiği hususunda düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁵.

Adı geçen sözleşme sonrasında Avrupa Parlamentosunun öncülüğünde 1997 yılında üye devletler *Corpus Iuris* adlı çalışma grubu oluşturmuştur. *Corpus Iuris* ile Avrupa Birliği'nin Mali Bütünlüğünün korunması kapsamında birlik düzeyinde işlenen suçlar bakımından yasal prensiplerin konulması amaçlanmıştır. *Corpus Iuris* içerisinde uluslararası faaliyet gösterecek Avrupa Birliği Savcılık Ofisinin kurulması önerisi de bulunmaktadır⁴⁶. *Corpus Iuris*'te Avrupa Birliği Savcılık Ofisi'nin kurulmasının gerekli olduğu; Birlik düzeyindeki suçlarla mücadelede yerel imkânların yetersiz olduğu ve üye ülkelerin farklı hukuk uygulamalarının bulunmasının mücadeleyi işlevsiz kıldığı belirtilmiştir⁴⁷.

Corpus Iuris'in tekliflerinin yürürlüğe girmemesi üzerine 26 Ocak 2000 tarihinde komisyon, Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunmasının güçlendirilmesi hususunda ihtiyaç olduğunu belirtmiş⁴⁸; bu ihtiyaç doğrultusunda bir dizi çalışma yapmış ve Aralık 2001'de finansal varlıkların ceza hukuku kapsamında korunmasına ilişkin bir Yeşil Kitap yayınlamıştır⁴⁹. Bu kitap Avrupa Birliği Savcılık Ofisi'nin

⁴³ <<https://www.Abs.europa.eu/en/background>> Date of Access 06 May 2023.

⁴⁴ Katarina (n 41) 269; Ulgar (n 40) 174.

⁴⁵ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <<https://perma.cc/S5GM-Y5GJ>> Date of Access 26 March 2023.

⁴⁶ Simone White, 'The Corpus Juris: A Bold Step' (1999) 17 *Amicus Curiae* 23, 23-26; Serap Keskin, Hamide Zafer ve Ümit Kocasakal, *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, (Seçkin Yayınevi, 2001) 10-12; Katarina (n 39) 269; Ulgar (n 38) 174.

⁴⁷ Katarina (n 41) 269.

⁴⁸ Katarina (n 41) 270.

⁴⁹ Avrupa Birliği Komisyonunun 11.12.2001 tarihinde çıkardığı Yeşil Kitap (Green Paper) adlı dökümanın İngilizce metni için bkz.; <https://anti-fraud.ec.europa.eu/system/files/2021-07/green_paper_en.pdf> Date of Access 22 August 2023; Kitabın Türkçe çevirisi için bkz.; Durmuş Tezcan, *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2003).

kurulması noktasında önemli bir adımdır ve Avrupa savcılığının kuruluşu ile işleyişi konusunda pratik çözümler sunmayı amaçlamaktadır. Tek bir elden yürütölen soruşturmalarda birliğin mali çıkarlarının daha etkin bir şekilde korunacağı hususu resmedilmiştir. Yeşil kitap; Avrupa savcılığının çıkış nedenlerini, kurumun örgütlenmesinin ne şekilde olacağını, ceza hukuku anlamında usûl ve esas yönünden uygulanacak hukuk kurallarının ne olacağını, diğer devletler ve birliğin diğer birimleri ile olan ilişkilerin nasıl olacağını ayrıntılı şekilde belirtmiştir⁵⁰.

Ne var ki 2009 yılında imzalanan Lizbon anlaşmasına kadar Birlik, mali çıkarların korunması hususunda yeterli düzenlemeleri yürürlüğe koyamamıştır. Lizbon anlaşması ile Avrupa Birliği savcılığının yasal temelleri atılmıştır. Sözleşmenin 86. Maddesi ile Avrupa Birliği Savcılık Ofisi'nin kurulması kararı alınmıştır. Bu düzenleme neticesi Komisyon Konseye Avrupa Savcılığı Ofisinin kurulması ile ilgili 2013 yılının Temmuz ayında teklif vermiştir⁵¹. 12 Ekim 2017 tarihli (AB) 2017/1939 sayılı Konsey Tüzüğü ile Avrupa Birliği'nin bağımsız bir organı olarak kurulmuştur. Bu Konsey Tüzüğü; Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Portekiz, Romanya, Slovenya, Slovakya ve İspanya olmak üzere 22 katılımcı ülke arasında geçerlidir. İsveç, Macaristan, Polonya Avrupa savcılığına katılmamayı tercih etmiştir. İrlanda ve Danimarka ise Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanına (AFSJ) dâhil olmamıştır; haliyle Abs üyesi değildir. Abs, halen üye olmayan bu beş ülke ile işbirliğine dair çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Abs, aynı zamanda Adalet Divanının da bulunduđu⁵² Lüksemburg'da kurulmuştur. Kasım 2020'de faaliyete geçmesi planlanan ve ancak Covid 19 salgın hastalığı nedeniyle açılışı ertelenen⁵³ Abs, 1 Haziran 2021 tarihinde faaliyete başlamıştır⁵⁴. Abs'nin kurulmasıyla Avrupa Birliği'nde yargısal işbirliği yatay düzlemde dikey düzleme geçmiştir⁵⁵.

⁵⁰ Kitabın Türkçe çevirisi için bkz. Tezcan (n 49).

⁵¹ Katarina (n 41) 271.

⁵² Mustafa İberya Arıkan, 'Avrupa Birliği Hukukunda Savcılık Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, 2009) 10.

⁵³ Giulia Guagliardi and Mihai Morar, 'European Public Prosecutor's Office: lights and shadows of a complex architecture. Prosecuting crimes at the European level with an ambitious approach', (2021) 11 (1) Law Review 49, 51.

⁵⁴ Ulgar (n 40) 175.

⁵⁵ Guagliardi and Morar (n 53) 51.

Avrupa Birliği Konseyi tarafından 14 Ekim 2019 tarihinde Laura Kövesi Abs'ye başsavcı olarak atanmıştır, bu atama birkaç gün sonra Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmıştır. 27 Temmuz 2020 tarihinde her bir üye devletten bir tane olmak üzere 22 Avrupa savcısının ataması Konsey tarafından yapılmıştır⁵⁶.

B. Abs'nin Yapısı ve İşleyişi

14 Kasım 2018 tarihli ve 2018/1727 sayılı Avrupa Savcılığı Tüzüğü (AST) md 4'e göre Abs'nin görevi; Avrupa Birliğinin mali çıkarlarına saldıran ve PIF direktifi ile tüzükte belirtilen suçlar bakımından failer ile ilgili araştırma, soruşturma yapma ve yargıya taşıma olarak tanımlanmıştır. AST md 5'te Abs'nin soruşturmaları tarafsız bir şekilde gecikmeksizin açık yürütmesi gerektiği, ulusal makamların da Abs'ye gerekli yardım ve desteği sağlaması gerektiği belirtilmiştir. İdari soruşturma yürüten ve soruşturma sonucunda elde edilen veriler kapsamında üye ülkelere gerekli önlemleri alma ve soruşturma yapma önerilerinde bulunan Avrupa Dolandırıcılıkla Mücadele Bürosu (European Anti-fraud Office)'nun varlığı, Avrupa Birliğinin mali bütünlüğüne yönelen suçlarla mücadelede yetersiz kalmış ve bağlayıcı kararlar alan Abs'nin kuruluşunu zorunlu hale getirmiştir⁵⁷.

Abs'nin kuruluşu sırasında bu kurumun ulusal üstü bir yargılama makamı olarak mı kurulduğu tartışma konusu olmuştur. Aşağıda kuruluş ve işleyişi ile ilgili bilgiler vereceğimiz bu kurumun savcılarının üye devletlerden teşekkül etmesi, uygulanan hukuk kurallarının üye devletin hukuk kurallarına göre yürütülmesi, ceza muhakemesi anlamında faaliyetinin sadece soruşturma evresi ile sınırlı olması, yargılamanın yerel mahkemeler eli ile yerine getirilmesi hususları dikkate alındığında Avrupa savcılığı ulusal üstü bir yargılama organı olmaktan ziyade üye devletlerarasında dikey yargısal işbirliğini temin eden kurum olarak tanımlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

AST. madde 6'ya göre Avrupa Birliği Savcılığı bağımsız olmalıdır. Abs dışındaki hiç kimse başsavcı, başsavcı yardımcısı, Avrupa savcıları, Avrupa delege savcıları, idari direktöre emir ve talimat veremez. Bu düzenleme sadece personeli değil, aynı zamanda topluluğun da çıkarlarını koruyucu mahiyette bir düzenlemedir⁵⁸.

⁵⁶ <<https://www.Abs.europa.eu/en/background>> Date of Access 06 May 2023.

⁵⁷ Andras Csuri, 'The Proposed European Public Prosecutor's Office - From a Trojan Horse to a White Elephant' (2016) 18 Cambridge YB Eur Legal Stud 122, 125-126.

⁵⁸ Carnicero Sabadell Maria Conception 'The Independence of the Public Prosecutor's Office' (2021)1 The European Criminal Law Association's Forum 57-58 <<https://eucrim.eu/articles/the-independence-of-the-european-public-prosecutors-office/>> Date of Access 08 April 04.2023.

AST 3. Maddenin 2. Fıkrası uyarınca ayrı bir tüzelkişiliği bulunan Abs, bir ofisi bulunan ve merkezi olmayan yapısı ile Avrupa Birliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Abs'nin merkez ve merkezi olmayan iki aşamalı yapısı bulunmaktadır⁵⁹. Merkez ofisi; -aynı zamanda Abs'nin başı- bir Başsavcı ve iki yardımcısı, Avrupa Savcıları Kurulu, Daimi Daireler, Avrupa Savcıları ve idari direktörden oluşur. Merkez dışı yapılanma ise üye ülkelerde konumlanan Avrupa delege savcılarıdır. Abs'nin Lüksemburg'ta merkez ofisi ile 41 farklı yerde taşra ofisi mevcuttur⁶⁰.

Avrupa Savcıları Kurulu Abs'nin yönetim birimini oluşturmaktadır. Burada Avrupa Savcılığı Kurumu'nun aktivitelerinin genel gözetimi yapılır. Kurul düzenli olarak toplanır. Stratejik konularla ilgili kararlar alınır. Başsavcı ile üye Devlet başına bir Avrupa savcısından teşekkül eder⁶¹.

Daimi dairelerin her biri 3 Avrupa savcısından oluşmak üzere 15 daireden teşekkül etmektedir. Daimi dairelere Başsavcı ya da Başsavcı vekili veyahut atanan bir Avrupa savcısı başkanlık eder. Her birinin kendi iş bölümü olan daimi daireler, işbölümleri kapsamında Avrupa Delege savcılarının yürüttükleri soruşturmaları izlemek ve onlara direktif vermekle görevlidir. Aynı zamanda sınır aşan suçların araştırılması/soruşturulması kapsamında koordinasyonu sağlamak ve kurul tarafından alınan kararları uygulamakla görevlidir. Daimi daireler ortak soruşturma ve araştırma politikalarının sağlanması adına karar alma gücünü kullanarak gerekli adımları atması gerekir. Soruşturmaları yürütmekle görevli Avrupa delege savcıları alınacak bu kararlar bakımından taslak sunar. Ancak bazı istisnai durumlarda Avrupa delege savcısının taslak sunmasına gerek kalmadan da daimi daireler karar alabilmektedir⁶².

Daimi dairelerin bir diğer görevi farklı Avrupa savcılıkları tarafından yürütülen soruşturmaların usûl ekonomisi anlamında birleşmesi gerekmekte ise dosyaların birleşmesi hususunda nihai kararı verir. Yine birden fazla üye ülkeyi etkileyen sınır aşan suçlarda hangi üye devletin yargı makamında dava açılacağı hususunda tereddüt yaşanırsa ilgili daimi daire bu hususta karar verir⁶³.

⁵⁹ Guagliardi and Morar (n 53) 52.

⁶⁰ <https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2023-02/ABS_2022_Annual_Report_EN_WEB.pdf> Date of Access 28 March 2023.

⁶¹ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 9.

⁶² Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 10.

⁶³ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 10.

Başsavcı Abs'nin başıdır. Abs'nin çalışmalarını organize eder ve aktivitelerini yönetir. Ayrıca Başsavcıya yardımcı olması için iki Başsavcı yardımcısı atanır. Başsavcı yardımcısı, Başsavcının yokluğunda ona vekâlet ederler⁶⁴. Abs Başsavcısı; Avrupa Parlamentosu ve Konseyin ortak kararı ile 7 yıl süre ile atanır. Başsavcı; üye ülkelerin savcı ya da hâkimlerinden veyahut hâlihazırda Avrupa savcılığı devam eden kişiler arasından, tarafsızlığı hususunda şüphe bulunmayan, atanacağı birimde uzman, atanacağı birimde yeterli yönetim tecrübesi ve uzmanlığı olan kişiler arasından seçilir⁶⁵. Başsavcı yardımcısı ise 3 yıl süreyle seçilir⁶⁶. Abs'nin Başsavcısı Laura Codruta Kövesi'dir⁶⁷.

Avrupa savcıları, Avrupa delege savcılarının yürüttükleri soruşturmaları denetlemekle yükümlüdür. Sonrasında denetlemekle yükümlü olduğu soruşturmalar bakımından bağlı olduğu daimi dairede özet sunar. Avrupa savcıları, ulusal yasalara aykırı olmamak kaydıyla daimi dairelerin talimatı doğrultusunda Avrupa delege savcılarının daha etkili soruşturmanın temini adına talimat verebilir. Avrupa savcısı, Avrupa delege savcısı ile daimi daireler arasındaki irtibat ve bilgi akışını sağlamakla sorumludur⁶⁸.

Abs'nin üye devletlerde yapılanması 22 katılımcı ülkenin her birinde bulunan Avrupa delege savcıları ile gerçekleşmektedir⁶⁹. Her bir üye ülke, iki ya da daha çok Avrupa delege savcısı bulundurur. Avrupa delege savcılarının iki şapkası⁷⁰ vardır. Biri Abs'deki görevi iken diğeri de ulusal savcılık görevidir. Avrupa delege savcıları hem Abs nezdinde hem de ulusal görevleri nezdinde aynı yetkileri kullanarak soruşturmaları yürütür. Avrupa delege savcılarının aynı zamanda ulusal görevlerini devam ettirmesi, Abs görevini icrası sırasında bağımsız davranıp davranamayacağı noktasında şüpheler içermektedir⁷¹. Devlet bürokrasisinde etkin görev icra eden kişilerin de dahil olduğu Avrupa Birliği mali bütün-

⁶⁴ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 11.

⁶⁵ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 14.

⁶⁶ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 15.

⁶⁷ Laura Codruța Kövesi 2013-2018 yıllarında Romanya Ulusal Yolsuzlukla Mücadele Biriminin Başsavcısı iken Ekim 2019'da Avrupa Parlamentosu ve Konsey kararı ile Abs'ye Başsavcı olarak atanmış ve halen görevini yürütmektedir. <<https://www.Abs.europa.eu/en/european-chief-prosecutor>> Date of Access; 28 March 2023.

⁶⁸ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 12.

⁶⁹ Guagliardi and Morar (n 53) 53; Ulgar (n 38)179.

⁷⁰ Guagliardi and Morar (n 53) 53.

⁷¹ Guagliardi and Morar (n 53) 53.

lüğüne yönelen suçların soruşturulmasında Avrupa delege savcılarının ulusal görevlerinden kaynaklı işlemlerde daha sıkı idari denetime tabi tutulması; özlük işlemlerinde baskı altına alınması pek tabi ihtimal dahilindedir.

Avrupa delege savcıları, kendileri tarafından başlatılan ve Abs tarafından yürütmekle görevlendirildiği soruşturmaları ulusal yasalara göre yürütmek ve yargılama evresine taşımakla yükümlüdür. Bununla birlikte Avrupa delege savcıları, Abs adına yürüttüğü soruşturmalarda ulusal hükümet ve ulusal yargı otoritelerinden bağımsızdır. Ancak bazı katılımcı üye ülkelerdeki bürokratik anlamda yüksek düzeyde yolsuzluk nedeniyle soruşturulabilecek davaların siyasi sonuçları göz önüne alındığında Avrupa delege savcılarının disiplin cezaları yoluyla baskı altına alınması imkan ve ihtimal dâhilinde olduğundan Avrupa delege savcıları ulusal müdahaleye karşı yeterince korunamayacağı ve bağımsızlıklarının temin edilemeyeceği kanaatindeyiz. Avrupa delege savcıları görevleri sürecinde denetimi altında olduğ u Avrupa savcısı ile bağılı bulunduğu daimi dairenin kendisine verdiği direktif ve talimatlara uymakla yükümlüdür. Ayrıca Avrupa delege savcısı yargılama evresinde de iddia makamında bulunma, delil sunma gibi yetkilere sahiptir. Avrupa delege savcısı yürütülen soruşturmalarda kendisini denetleyen Avrupa savcısını bilgilendirmekle mükelleftir⁷². Yine Avrupa Delege savcısı yürütmekte olduğ u soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli listesi değişikliği gibi önemli gelişmeleri Avrupa savcısı ve yetkili daimi daireye bildirmekle görevlidir⁷³.

Hem Avrupa savcılarının, hem de Avrupa delege savcılarının soruşturma yapılan üye ülkelerden çıkmış olması, Avrupa savcısı ve Avrupa delege savcılarının aynı zamanda soruşturma yürütülen üye ülkenin personeli olmaları nedeniyle hukuk düzeni hakkında üst düzey bilgiye sahip olması, üye devlet otoritesinin işleyişini bilmesi ve kolay irtibat imkânı gibi birçok nedenle birlik düzeyinde yürütülen soruşturmaları daha etkili kılmaktadır. Bu nedenle tüzük kurallarının Yerinde düzenlendiği kanaatindeyiz.

Abs'nin soruşturmakla yetkili olduğ u suçlar; 2017 Kasım sonrası Avrupa Birliği üye ülkeleri sınırlarında 10.000 avro ve üzeri Avrupa Fonları ile ilgili sahtecilik iddiaları, birliği 10 milyon avro ve üzeri zarara uğratan sınır aşan KDV sahteciliği iddialarıdır. Abs'nin görev bakımından yetki kapsamındaki suçlar; en az iki veya daha fazla Üye Devletin topraklarıyla bağılantılı olmaları ve toplam

⁷² Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 13.

⁷³ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 13.

zararı en az 10 milyon avro olan katma değer vergisi dolandırıcılığı, AB harcamalarını ve gelirlerini içeren diğer dolandırıcılığı, AB'nin mali çıkarlarına zarar veren rüşvet ve yolsuzluk, AB fonlarının kamu görevlileri tarafından kötüye kullanılması, kara para aklama, ayrılmaz bir şekilde AB bütçesine karşı bir suçla bağlantılı diğer faaliyetler olarak sıralanabilir⁷⁴.

Avrupa Savcılığının görev alanına giren bir suçun işlendiği şüphesinin bulunması durumunda yerel savcılık dosyadan el çekerek dosyayı Avrupa savcılığına göndermesi gerekmektedir⁷⁵.

Abs 2022 yılında kendisine gelen 3318 rapordan 865 tanesini soruşturmaya girişmiştir. Bu soruşturmaya konu zarar tahmini 9.9 milyar avro kadardır. 31 Aralık 2022 tarihi itibarıyla ABS'nun elinde 1117 aktif soruşturma bulunmaktadır⁷⁶.

III. Abs ile Abib Arasındaki İşbirliği İlişisine Dair Düzenlemeler

Avrupa Birliği kurumları; Birliğin mali çıkarlarına yönelik suçlar bakımından kendi yetkileri konusunda bağımsız olmakla birlikte daha etkili, süratli ve verimli işleyişi temin etmek adına aralarında işbirliği faaliyetinde bulunmaları kaçınılmazdır.

Avrupa Savcılığı kurumunun temellerinin atılmasına dair ön hazırlık mahiyeti taşıyan Yeşil Kitap'ta Avrupa Birliği Savcılığı'nın kendine özgü bir soruşturma organı olacağı belirtilirken Abib'in hükümetlerarası işbirliğine dair sorumlulukları olan kurum olduğu belirtilmiştir. Her iki birimin birbirini tamamlayıcı özellikleri bulunduğu vurgu yapılmıştır. Özellikle her iki birimin yetki alanında olan mali çıkarlara yönelik suçlar ile sadece Abib'in görevine giren suçların birlikte işlenmesi durumunda; bilgi takası ve eşgüdümlü soruşturma politikası açısından birimler aralarındaki işbirliğinin gerekliliğine işaret edilmiştir⁷⁷.

Hem Abs hem de Abib tüzüğünde, iki Avrupa Birliği birimi arasındaki işbirliğini sağlayan düzenlemeler mevcuttur. Her iki birimin de diğer düzenleme ya da anlaşmalarla işbirliğini somutlaştıran düzenlemeleri vardır. Bu başlık altın-

⁷⁴ Ulgar (n 38) 183.

⁷⁵ Avrupa Savcılığı Tüzüğü madde 22-26.

⁷⁶ Daha fazla veri için bkz. <https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2023-02/ABS_2022_Annual_Report_EN_WEB.pdf> Date of Access 28 March 2023.

⁷⁷ Tezcan (n 49) 95-97.

da öncelikle mezkûr tüzüklerdeki düzenlemelerin ne olduğuna; ardından diğer düzenlemeler ile ilgili bilgi verilerek yeni kurulmuş olan Avrupa Birliği Savcılığı Ofisinin Abib'in ile arasındaki işbirliği ilişkisi somut olarak ele alınacaktır.

A. 14 Kasım 2018 tarihli ve 2018/1727 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü (Abib Tüzüğü)

Birimin görevini tanımlayan tüzüğün 22'nci maddesinde Abib'in; Abs dâhil Birliğin tüm kurumları ile araştırılan/soruşturulan suçlar bakımından işbirliği ve koordinasyonu sağlamak ve güçlendirmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Abib Tüzüğü'nün 3'üncü maddesinde kurumun yetkisinin Abs'nun yetkisinin başladığı yerde bittiği, Abs'nun yetkili olduğu alanda sadece işbirliği noktasında yetkisinin bulunduğu düzenleme altına alınmıştır. Tüzüğün 8'inci maddesine göre Abib ile Abs arasında doğrudan irtibat ve bilgi alışverişi bulunmaktadır.

Tüzüğün 13'üncü maddesine göre Abib Kurulunun ayda en az bir kere yapması gereken toplantılarda; Abs'nun yetki alanına girecek bir konu tartışılacaksa bu toplantıya dair gündemi Abs'ya göndermek ve Abs'yu toplantıya davet etmek zorundadır. Bu toplantıya Abs'nun katılması durumunda gündeme dair bilgi ve belgelerin Abib tarafından tedarik edilip Abs'ya sunulması gereklidir. Tüzüğün 16'ncı maddesinde de Abib Yönetim Kurulu toplantıları bakımından benzer düzenlemeler mevcuttur.

Tüzüğün 15'inci maddesine göre Abib her yıl 30 Kasım'a kadar yıllık program hazırlar ve bu hazırladığı programı Avrupa Parlamentosu, Kosey ve Komisyonun yanında Abs'ya da gönderir.

Tüzüğün 50'nci maddesinde Abib ile Abs arasındaki ilişkilerin ne şekilde olacağına dair düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre her iki kurum arasında ilgili yetki ve sorumluluklar bakımından operasyonel, yönetsel ve idari bağlantılarının geliştirilmesinde karşılıklı işbirliğine dayalı yakın ilişki kurulması ve bu ilişkinin sürdürülmesi kurala bağlanmıştır. Abib Başkanı ya da Abs Başsavcısı'nın isteği üzerine her iki birim düzenli olarak ortak konularda karşılıklı fikir alışverişi için toplanırlar. Abib, Abs'dan gelen destek taleplerini sanki ulusal otoritelerden yargısal işbirliği istenmiş gibi gecikmeksizin yerine getirmelidir. Abib, Abs'nun yetki alanına giren operasyonel konularda talep durumunda kişisel veriler dâhil olay ile ilgili her türlü bilgiyi sunmalıdır. Abib, Abs'nun dosya işletim sisteminde bulunan bilgilere dolaylı erişim imkânına sahiptir. Abib ile Abs'nun dosya işletim sistemine girdiği veriler arasında eşleşme olursa bu durum Abib tarafından Abs ve ilgili üye Devlete bildirilecektir. Abs'nun, Abib yönetiminin kaynak ve desteğine ihtiyaç olması halinde Abib ortak çıkarlarla ilgili servis desteği verebilir.

Abib Tüzüğü'nün 75/5'e göre Abib personeli ya da birimleri, Abs'nun yetki alanına giren bir suçun işlendiği hususunda şüphe, olağandışı ya da yasadışı hareket tespit ettiğinde durumu gecikmeksizin Abs'ye bildirmekle yükümlüdür.

B. 12 Ekim 2017 Tarihli ve 2017/1939 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü (Abs Tüzüğü)

Tüzüğü'nün 100'üncü maddesine göre her iki kurum arasında ilgili yetki ve sorumluluklar bakımından operasyonel, yönetsel ve idari bağlantılarının geliştirilmesinde karşılıklı işbirliğine dayalı yakın ilişki kurulması ve bu ilişkinin sürdürülmesi kurala bağlanmıştır. Abib Başkanı ya da Abs Başsavcısının isteği üzerine ayrıca düzenli olarak ortak konularda tartışma yapmak için toplanırlar. Operasyonel durumlarda Abs ve Abib'in ilişkili olduğu sınır aşan olaylarda; araştırma ve soruşturma ile bağlantılı bilgi, kişisel verilerin paylaşımı için işbirliğine girişebilirler. Yine aynı şekilde Abs'ya dâhil olmayan üye ülke ya da üçüncü ülkede yürütülen sınır aşan suçlara dair araştırma/soruşturmalarla karar sürecine destek olmak, yasal destek ve yürütme sürecinde yardımcı olmak adına Abib ya da ulusal üye devletlerdeki birimini davet edebilir. Abs, Abib'in dosya işletim sisteminde yer alan bilgilere dolaylı olarak erişim imkânına sahiptir. Abib'in dosya işletim sistemine yüklediği veriler ile Abs'nun kendi veri sistemi arasında eşleşme olduğunda her iki birim de birbirine haber vermelidir. Abs, Abib'in dosya işletim sistemindeki verilere ulaşabilmesi hususunda gerekli önlemleri alır.

C. Abs ve Abib Arasındaki İşbirliğine Dair Genel Bakış

Avrupa Birliği'nin bir birimi olarak kurulduğu 2002 yılından bugüne değin Abib'in organize suçlar ve terörizm suçları bakımından diğer birimler ile olan işbirliği ilişkisi artan derecede önem arz etmektedir⁷⁸. Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin mali bütünlüğüne ilişkin suçların soruşturulması bakımından ulusal yargı organlarının etkin ve süratli soruşturma yürütmemesi/yürütememesi nedeniyle Birlik kendine özgü soruşturma organı kurma arayışına girmiştir. Uzun bir uğraşı sonucunda Abs kurulmuştur. Abs'nin kuruluşu ile Birlik düzeyinde büyük bir yenilik gelmiştir. Abs, Abib'ten farklı olarak gerçek bir soruşturma birimi olarak kurulmuştur⁷⁹. Ancak bu, birimin işleyişi ve diğer birimlerle

⁷⁸ Ante Novokmet and Zoran Vinkovic, 'Eurojust and Eppo on the Crossroads of Their Future Cooperation' (2019) 3 ECLIC 583, 584.

⁷⁹ Filippo Speiza, 'The European Public Prosecutor's Office: How to Implement the Relations with Eurojust?' *Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum* 2 (2018), ss. 133.

olan ilişkisi hususunda birçok soru işaretini beraberinde getirmiřtir⁸⁰. Bu anlamda Abib ile Abs arasındaki ilişki “ifte Takip (*Double Track*)” olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Her iki kurumun tüzüğüne göre kurumlar arasındaki ilişki daha ziyade operasyonel düzeydedir.

Her iki kurum arasındaki işbirliği ilişkisi bakımından yukarıda izah edildiği üzere kendi tüzüklerinde düzenlemeler bulunmaktadır. İki kurum arasındaki ilişkiyi daha iyi anlamak için öncelikle her iki tüzüğü birlikte değerlendirmemiz gerekir. Her iki tüzükte de iki birim arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı ve iki birimin bağımsız yapılara sahip olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte aynı olaya dair araştırma ve soruşturmalarda sıkı bir ilişki ve ortaklık içerisinde oldukları⁸². AST’de iki birim arasındaki ilişki “ortaklık” (*partnership*) olarak belirtilirken Eurojust tüzüğünde ise “yakın ilişki” (*close friendship*) olarak tanımlanmaktadır⁸³. Bu anlamda her iki birimin birbirinden bağımsız olması, Abib yargısal işbirliğini yatay düzlemde üstlenmekteyken Abs’nin dikey düzlemde faaliyet göstermesi, ayrı fonksiyonlarının bulunması ve yapılan işlerin ortaklaşa değil birbirini “tamamlayıcı” mahiyette olması dikkate alındığında aralarındaki ilişkiyi “yakın ilişki” olarak tanımlamak daha isabetli olacaktır. Zira her iki tüzükte yer alan “ortak konularda tartışmanın sağlanması adına düzenli olarak toplantı düzenlemesi” kuralı da taraflar arasındaki ilişkinin boyutunu izah eder mahiyettedir. Abs’nin yeni kurulmuş olması, Abib’in ise 20 yılı aşkın süredir faaliyetini sürdürüyor olması göz önüne alındığında Avrupa’nın mali bütünlüğüne yönelik suçlar bakımından soruşturmaların Abs tarafından yürütüleceği açık olmakla birlikte bilgi paylaşımı noktasında Abib’in üye ülke yargı birimleri ile irtibata geçme, işbirliğini sağlama noktasında önemli bir arabulucu görevi bulunmaktadır⁸⁴. Dosya işletim sistemine işlenen veriler bakımından sisteme Abs’nun doğrudan ulaşma yetkisi getirilmesi, bu sistemdeki verilerin yeknesaklaştırılması çabası, Abib’in bilgi paylaşım işbirliği görevini azaltmakta, Abs’ya daha hızlı ve efektif hareket edebilme olanağı tanımaktadır.

⁸⁰ Hans-Holger Herrfeld, ‘The Draft Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor’ Office - Issues of Balance between the Prosecution and the Defence’ (2018) edit by; Chloé Brière, Anne Weyembergh the Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future’ Hart Studies in European Criminal Law, 383; 411.

⁸¹ Novokmet and Vinkovic (n 78) 586.

⁸² Abs tüzüğünde aralarındaki ilişki “ortaklık (partnership)” olarak belirtilirken Abib tüzüğünde “sıkı ilişki (close relationship)” olarak belirtilmektedir.

⁸³ Novokmet and Vinkovi (n 78) 591.

⁸⁴ Novokmet and Vinkovi (n 78) 593.

Abib'in Abs ile bilgi paylaşımı dışında kendi bünyesinde yer alan araçlarla da Abs'yle işbirliği içerisine girmesi söz konusudur. Abib bünyesinde, yargısal işbirliğini temin adına kurulan en önemli mekanizmalarından birisi ortak soruşturma timidir (*Joint Investigaton Team - JIT*)⁸⁵. Bu tim, yetkili otoriteler tarafından uluslararası işbirliği adına iki ya da daha fazla devlet arasında belirli bir zaman ve amaçla sınırlı düzenlenen bir anlaşmaya istinaden kurulan ceza soruşturma araçlarındandır⁸⁶. Tim, üye ülkelerde yetkili makamlarca yürütülen soruşturmalarda delil toplama işlemine yardımcı olmaktadır. Bu şekilde deliller daha etkin ve hızlı toplanmakta, üye ülkelerin yargı yetkisi çatışması önlenmekte, toplanan delillerin yargılama yapılacak ülke yargısında kabul edilebilirliği -bir başka söylemle hukuka uygunluğu- sağlanmaktadır⁸⁷. Abib'in bu timi ile Abs arasında işbirliği kapsamında iki ya da daha çok üye ülkede yürütülen soruşturmalarda etkin ve eşzamanlı soruşturmalar yürütülebilecektir⁸⁸.

Uygulamada Abs'ye üye devletlerarasındaki soruşturmalarda JIT'e ihtiyaç olması ihtimal dâhilinde gözükmemektedir. Zira Abs zaten etkin soruşturma icrası adına kurulmuş bir birimdir. Bununla birlikte Abs'ye katılmayan ülkeler ve birlik dışı üçüncü ülkelerdeki soruşturmalar açısından Abs JIT ile işbirliği ilişkisine girebilecektir⁸⁹. Abs, kendine katılmayan ülkelere yani Danimarka, Macaristan, İrlanda, Polonya ve İsveç'te JIT kurabilecektir. Abs yine sınır aşan suçlar bakımından Abib ile anlaşmalı üçüncü ülkelerde JIT kurabilecektir⁹⁰.

İki birim arasındaki işbirliği ile yürütülen soruşturmalardan biri de 21 Şubat 2021'de gerçekleşen bir operasyona ilişkindir. Abs, merkezi İspanya'da olan ve 8 ülke ile birlikte yürüttüğü cep telefonu ve elektronik alet ticaretinde KDV

⁸⁵ Conny Rijken, 'Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT', (2006) 2(2) Utrecht Law Review 99, 118.

⁸⁶ Tanım Ortak Soruşturma Timi Pratik Rehberinden çeviri ile yapılmıştır. Daha fazla bilgi için bkz. <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/joint_investigation_teams_practical_guide_2021_en.pdf> Date of Access 08 April 2023.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Birliğinde Davaların Nakline Dair Eurojust'un Ocak 2023 Raporu (Eurojust Report on Transfer of Proceedings in the European Union) <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-report-on-the-transfer-of-proceedings-in-the-eu.pdf>> Date of Access 08 April 2023.

⁸⁸ Novokmet and Vinkoviç (n 78) 594.

⁸⁹ Ortak Soruşturma Timi Pratik Rehberi, 17.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Savcılığı Ofisi tarafından 22 Temmuz 2021 tarihinde Lüksemburg'da yayımlanan 2021/LS-28/JC-RR-LDM sayılı Nota. <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/guidance_document_on_Abs_involvement_in_jits.pdf> Date of Access 08 April 2023.

dolandırıcılığına dair suç örgütü ile ilgili soruşturmada örgüt lideri dahil 17 kişiyi tutuklamıştır. Marengo Rosso kod adlı operasyonel soruşturmada; Abs'ya dâhil olmayan Macaristan ve Polonya ile Abs'ya dâhil Çekya, İtalya, Lüksemburg, Portekiz, Slovakya ve İspanya'da eşzamanlı operasyonda 39 farklı noktada arama yapılmıştır. Operasyon konusu KfV dolandırıcılığına dair suç bakımından Birlik 25 milyon Euro zarara uğradığı tahmin edilmektedir. Bu operasyonda Eurojust ile işbirliğine girilmiş ve bu sayede soruşturma etkin bir şekilde sonuçlandırılmıştır⁹¹.

Abs henüz kurulmasına karşın Avrupa Birliği'nin diğer birimleri ile işbirliğini temin adına ara ara kararlar almaktadır. Bu anlamda Abs'nun iş akışında olup da Abib ulusal üyesi ya da anlaşmalı üçüncü ülkenin ilgilendiği davalar bakımından Abs Kurulu 1 Mart 2023 tarihinde karar yayımlamıştır⁹². Bu karara göre Abs'nun iş akışında olan davalarda Abib ulusal üyelerin bağlı bulunduğu devlet aracılığıyla; üçüncü ülkelerin ise irtibat savcıları aracılığı ile davayı sürdüren Avrupa delege savcısından talepte bulunarak davaya dâhil olma imkânı vardır. Abs'nun iş akışında olan davalarda Abib ulusal üyesinin bilgiye erişebilmesi için bunu davayı yürüten Avrupa delege savcısının talep bakımından "Operasyonel Kişisel Verilerin İletilmesi İçin Gerekliliğe Dair Olumlu Değerlendirme"de bulunması gereklidir. Bu değerlendirme kapsamında Avrupa delege savcısı kendisine yapılan erişim talebini kabul ya da reddedebilir.

Yargısal süreçlerin etkin ve verimli neticelenmesi adına Avrupa Birliği birimleri aralarında birtakım protokoller düzenlemektedir. Abs Başsavcı ve Abib Başkanında Şubat 2021'de "Abs ile Abib Arasında Adli İşbirliğine Dair Çalışma Düzenlemesi" imzalanan düzenleme de buna bir örnektir⁹³. Bu düzenleme içeriğinde her iki birim arasındaki işbirliğine dair önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Düzenleme Abib Tüzüğü'nün 50'nci maddesi ile Abs Tüzüğü'nün 100'üncü maddesi temelinde yapılmıştır. Düzenleme her iki birim arasında operasyonel, idari ve yönetsel işbirliğinin uygulanmasına dair kurallar içermektedir. Düzenlemenin sınırları, her iki birimin de yetki alanına giren Avrupa Birliği'nin mali çıkarları-

⁹¹ Haberin tamamı için bkz. <<https://www.Abs.europa.eu/en/news/Abs-busts-eu25-million-vat-fraud-spread-across-eight-countries-17-arrests-including-alleged>> Date of Access 09 April 2023.

⁹² <https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2023-03/2023.014_College_Decision_re_workflow_on_Eppo_cases_opened_at_Eurojust.pdf> Date of Access 09 April 2023.

⁹³ <<https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2021-02/Working-Arrangement-Eurojust-Eppo.pdf>> Date of Access 09 April 2023.

na karşı işlenen ve PIF direktifinde ortaya konulan suçlara ilişkindir. Düzenleme kapsamında Abib ile Abs'nun kendi yetki alanlarında olan kişisel veri dâhil her türlü bilgiyi paylaşımı bakımından kurallar ortaya koymaktadır. Abs'ya katılmayan ülkeler ile üçüncü ülkeleri ilgilendiren davalarda Abs, Abib'ten bilgi aktarımı, soruşturma yürütülmesi ya da medya ile iletişim bakımından yardım isteyebilir. Abs Başsavcısı ve Abib Başkanı yılda en az bir kere ortak konularda ve işbirliğinin geliştirilmesinde stratejik kararlar almak adına toplanır. Toplantı mümkünse video konferans gibi elektronik ortamda da tertip edilebilir. Her bir birim "İrtibat Timi" kurmalıdır. İrtibat timi kurumsal ve operasyonel konularda tartışma, adı geçen düzenlemenin uygulanmasını değerlendirme adına yılda en az bir kere fiziki ya da video konferans gibi elektronik ortamda toplanır. Abib Kurulu ile Abs yönetim kurulu toplantılarındaki gündemlerinde diğer birimin görev alanını ilgilendiren konu işleyecekse bu konuda toplantı yapacak birim diğer birimi bilgilendirir. Bilgilendirilen birimin temsilci göndermesi durumunda toplantı yapan birim temsilciye gündeme dair dokümanları tedarik eder. Bu düzenlemede her iki birimin kişisel veri paylaşımı bakımından kişisel verilerin korunması konusunda sıkı kurallar ortaya konulmuştur⁹⁴.

Sonuç

Avrupa Birliği çok sayıda ülkenin bir kısım ortak çıkarlarını korumak adına bir araya gelen bir birliktir. Bu nedenle üye ülkeler arasında, Schengen Anlaşması ile ortaya konulan serbest dolaşım hakkı gibi birtakım imtiyazlar tanınmıştır. Bu imtiyazlar üye devlet vatandaşlarına geniş haklar tanımakla birlikte Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarına yönelik suçların artışına da neden olmuştur. Ne var ki birçok nedene bağlı olarak bu suçların etkili bir şekilde soruşturulması sağlanamamıştır. Bilindiği üzere ülkesel çapta yürütülen suçlarda bazı suçların bir kısmının yurt dışında gerçekleşmesi ya da faillerden bir ya da birkaçının yurt dışında bulunması hallerinde istinabe yöntemi ile yürütülmeye çalışılan soruşturma/kovuşturmalar hem yetersiz hem de hantal ilerlemektedir. Hele ki bir ülkenin kendine ya da vatandaşına yönelik olmayan suç soruşturmalarında ülkesel soruşturmanın veriminin daha da düşük olacağı kuvvetle muhtemeldir.

İşte tüm bu nedenlerle Avrupa Birliği'nin mali çıkarlarının korunması amacı ile birlik düzeyinde bir savcılık kurumunun kurulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaç doğrultusunda Abs kurulmuş ve 1 Haziran 2021 tarihinde faaliyete

⁹⁴ Abs ile Abib Arasında Adli İşbirliğine Dair Çalışma Düzenlemesi madde 19-24.

başlamıştır. Faaliyetine henüz başlamasına rağmen Abs birçok soruşturma yapmıştır. Bu soruşturmalarda Abib'in de dâhil olduğu işbirlikleri olmuştur. Bu soruşturmaya dair örnek makale kapsamında işlendiğinden oraya atıfta bulunmakla yetineceğiz.

Abs, birlik üyesi ülkelerin iç soruşturma mekanizmasına entegre edilmiş bir kuvvet olması nedeniyle kendine özgü bir yapısı vardır. Avrupa Birliği Savcılığı Ofisi; Avrupa Birliğinin yargısal işbirliği için daha önceden kurmuş olduğu Avrupa Birliği Adli İşbirliği Birimi, Avrupa Birliği Polis Teşkilatı ve Avrupa Birliği Yolsuzlukla Mücadele Birimlerinin öngördüğu yatay işbirliğinden farklı olarak üye ülkeler arasında dikey işbirliği öngörmektedir. Bu durum Abs'yi daha işler kılmakla birlikte diğer birimlerden daha üstün ya da ayrıcalıklı kılmamaktadır. Bu anlamda Abs ile diğer birimler -konumuz özelinde abib- sürekli işbirliği içerisindedir.

Abs ile Abib'in arasında işbirliği ilişkisini sağlamak adına gerek her iki birimin tüzüklerinde gerekse birimler arası karşılıklı imzalanan protokollerle işbirliği ilişkisi somutlaştırılarak işler hale getirilmeye çalışılmıştır.

Netice olarak küreselleşen dünyada artık suçlar ülkesel olmaktan çıkmakta ve sınır aşan boyut kazanmaktadır. Avrupa Birliği Savcılığı'nın yetkisi hem suç hem de bölgesel anlamda sınırlıdır. Bu noktada hem Abs'ye dâhil olmayan üye ülkeler, hem de Eurojust ile anlaşması olan üçüncü ülkeler ile Abs arasında işbirliği ilişkisi çok önem arz etmektedir. Bundan sonraki süreçte de Abs ile Abib arasındaki işbirliği ilişkisinin artarak devam edeceği tahminden öte bir gerçektir.

Kaynakça

- Arıkan Mİ, 'Avrupa Birliği Hukukunda Savcılık Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, 2009).
- Arsava F, 'Nice Anlaşmasının Getirdikleri', (2002) 1(2) Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 1-30.
- Csuri A, 'The Proposed European Public Prosecutor's Office - From a Trojan Horse to a White Elephant' (2016) 18 Cambridge YB Eur Legal Stud 122-151.
- Due O, 'Impact of the Amsterdam Treaty upon the Court of Justice' (1999) 22 Fordham International Law Journal, 48-71.
- Guagliardi G and Morar M, 'European Public Prosecutor's Office: lights and shadows of a complex architecture. Prosecuting crimes at the European level with an ambitious approach', (2021) 11 (1) Law Review 49-82.
- Gülbeç E, 'Avrupa Birliği Mali Çıkarlarının Korunmasında Denetimin Etkinliği' (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Uluslararası Polis Çalışmaları Anabilim Dalı, 2008).
- Herrnfeld H-H, 'The Draft Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor' Office - Issues of Balance between the Prosecution and the Defence' (2018) edit by; Chloé Brière, Anne Weyembergh the Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future' Hart Studies in European Criminal Law, 383-413.
- Keskin S, Zafer H ve Kocasakal Ü, *Avrupa Birliğinin Mali Çıkarlarının Korunmasına İlişkin Ceza Hukuku Kuralları (Corpus Juris)*, (Seçkin Yayınevi, 2001).
- Novokmet A and Vinkovic Z, 'Eurojust and ABS on the Crossroads of Their Future Cooperation' (2019) 3 ECLIC 583-599.
- Özcan M, 'Avrupa Birliği Adli İşbirliği Birimi (Eurojust); Gelişim ve Perspektifler' (2005) 13 (1&2) Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi 241-273.
- Rijken C, 'Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT', (2006) 2(2) Utrecht Law Review 99-118.
- Souminen A, 'The Past, Present and the Future of Eurojust' (2008) 15 Maastricht J Eur & Comp L 217-234.
- Spiezia F, 'The European Public Prosecutor's Office: How to Implement the Relations with Eurojust?' *Eucrim: the European Criminal Law Associations' forum* 2 (2018) 130-137.
- Tezcan D, 'Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeni İçerisinde Ceza Hukukunun Yeri', (1974) 1(535) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof. Aziz Köklü Anısına Armağan) 447-472.
- , *Topluluğun Mali Çıkarlarının Cezai Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında Yeşil Kitap*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2003).

- Ulgar OB, 'Avrupa Savcılığı ve Bu Kurumun Bakmaya Yetkili Olduğu Suçlar', (2022) 12 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 171-200.
- Van WC, 'Eurojust and European Public Prosecutor' Niel Warker (Ed), (2004) Europe's Area of Freedom, Security 201-240.
- Weyembergh A, Armada Ines and Briere Chloe, 'Competition or Cooperation: State of Play and Future Perspectives on the Relations between Europol, Eurojust and the European Judicial Network' (2015) 6 New J Eur Crim L 258-287.
- , 'The Development of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU' (2011) 2 New J Eur Crim L 75-99.
- White S, 'The Corpus Juris: A Bold Step' (1999) 17 Amicus Curiae 23-26.
- Zivanovic K, 'Protecting the EU's Interest by Establishing a Supranational EU Body? Financial Interest of the EU and the European Public Prosecutor's Office' (2022) 12 Int'l J Econ & L 265-284.

İnternet Kaynakları

- <https://anti-fraud.ec.europa.eu/system/files/2021-07/green_paper_en.pdf> Date of Access 22 August 2023.
- <https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2023-03/2023.014_College_Decision_re_workflow_on_ABS_cases_opened_at_Eurojust.pdf> Date of Access 09 April 2023.
- <<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/administrative-director>> Date of Access 30 March 2023.
- <<https://www.Abs.europa.eu/en/news/Abs-busts-eu25-million-vat-fraud-spread-across-eight-countries-17-arrests-including-alleged>> Date of Access 09 April 2023.
- <https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2023-02/ABS_2022_Annual_Report_EN_WEB.pdf> Date of Access 28 March 2023.
- <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-report-on-the-transfer-of-proceedings-in-the-eu.pdf>> Date of Access 08 April 2023.
- <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/guidance_document_on_Abs_involvement_in_jits.pdf> Date of Access 08 April 2023.
- <<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eurojust28022020101528>> Erişim Tarihi 02 Nisan 2023.
- <https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00200-r1.en9.htm> Date of Access 18 March 2023.
- <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/joint_investigation_teams_practical_guide_2021_en.pdf> Date of Access 08 April 2023.
- <<https://www.eurojust.europa.eu/states-and-partners/third-countries/liaison-prosecutors>> Date of Access 02 April 2023.

<<https://perma.cc/S5GM-Y5GJ>> Date of Access 26 March 2023.

<<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/organisation/presidency>> Date of Access 30 March 2023.

<<https://www.eurojust.europa.eu/document/regulation-eu-20181727-14-november-2018-european-union-agency-criminal-justice-cooperation>> Date of Access 20 March 2023.

<<https://eucrim.eu/articles/the-independence-of-the-european-public-prosecutors-office/>> Date of Access 08 April 2023.

<<https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are>> Date of Access 20 March 2023.

<<https://www.Abs.europa.eu/sites/default/files/2021-02/Working-Arrangement-Eurojust-ABS.pdf>> Date of Access 09 April 2023.

2017 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi İktidarın Hukuk Devleti İlkesi Aracılığıyla Sınırlandırılması Bağlamında Değerlendirilmesi^(*)

Samet ÖZDEMİR^(**)

Öz

İktidarın sınırlandırılması, hangi siyasal yönetim sistemi içerisinde olursa olsun, her türlü güç ve yetkinin kötüye kullanılmasının engellenmesini ifade etmektedir. Güç kullanma tekeline sahip olan siyasi iktidarın toplumsal düzenin ve barışın sağlanmasında çok önemli rolü vardır. Ancak bu gücün kötüye kullanılması tehlikesi her zaman mümkündür. Siyasal iktidarın sahip olduğu gücün kötüye kullanılmasını ve bunun yıkıcı sonuçlarını engellemenin yolu, ancak bu iktidarın sınırlandırılması, dengelenmesi ve denetlenmesiyle mümkündür. Özgürlüğün ve güvenliğin sağlanabilmesi için siyasi iktidarın sınırlandırılması gerektiğinin bilincine varan insanoğlu, iktidarı sınırlandırmanın araçlarını ve kurallarını bulmaya çabalamıştır. Günümüzde hukuk devleti ilkesi, siyasi iktidarı sınırlandırmanın en etkili araçlarından biri olarak kabul edilmektedir.

Bu makalenin konusunu, hukuk devleti ilkesi ile siyasi iktidarın sınırlandırılması arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Çalışmanın temel amacı, siyasi iktidarı sınırlandırmanın etkili araçlarından biri olan hukuk devleti ilkesinin 2017 anayasa değişikliği sonrasında değişime uğrayıp uğramadığı, yapılan değişikliklerin hukuk devleti ilkesini güçlendirme yönünde mi yoksa zayıflatma yönünde mi olduğunu analiz etmek ve neticede siyasi iktidarın sınırlandırılması bağlamında hukuk devleti ilkesiyle ilgili anayasal düzenlemeler hakkında genel bir değerlendirmede bulunmaktadır.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.05.2024.

Atıf Şekli: Samet Özdemir, '2017 Anayasa Değişikliklerinin Siyasi İktidarın Hukuk Devleti İlkesi Aracılığıyla Sınırlandırılması Bağlamında Değerlendirilmesi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 297, 336.

DOI: 10.52273/sduhfd..1462848.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: sametozdemir45@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3708-8010>.

Çalışmada ulaşılan temel bulgu, 2017 Anayasa değişikliklerinin hukuk devleti ilkesini zayıflattığı, dolayısıyla anayasal sistemin iktidarın kötüye kullanılmasını önleyecek düzeyden yoksun olduğudur.

Anahtar Kelimeler

Siyasi İktidarın Sınırlandırılması, Hukuk Devleti İlkesi, 1961 Anayasası, 1982 Anayasası, 2017 Anayasa Değişikliği.

Evaluation of the 2017 Constitutional Amendments in the Context of Limitation of Power Through the Principle of the Rule of Law

Abstract

Limitation of power means preventing the abuse of all kinds of power and authority, regardless of the political administration system. Political power, which has the monopoly on the use of force, has a very important role in ensuring social order and peace. But the danger of abuse of this power is always possible. The way to prevent the abuse of political power and its destructive consequences is only possible by limiting, balancing and controlling this power. Humanity, realizing that political power must be limited in order to ensure freedom and security, has tried to find the means and rules to limit power. Today, the principle of the rule of law is accepted as one of the most effective tools to limit political power.

The subject of this article is the relationship between the principle of the rule of law and the limitation of political power. The main purpose of the study is to analyze whether the principle of the rule of law, which is one of the most effective tools to limit political power, has changed after the 2017 Constitutional amendment, and whether the changes made are in the direction of strengthening or weakening the principle of the rule of law and as a result to make a general evaluation about the constitutional regulations regarding the rule of law in the context of limitation of political power.

The main finding of the study is that the 2017 Constitutional amendments weakened the principle of the rule of law, and therefore the constitutional system lacks the level to prevent abuse of power.

Keywords

Limitation of Political Power, Rule of Law Principle, The 1961 Constitution, The 1982 Constitution, 2017 Constitutional Amendment.

Extended Summary

Throughout history, the phenomenon of power has not been depicted as unlimited, and some factors have been considered to limit political power. While these factors were considered more abstract factors in the Chinese, Indian and Ancient Greek civilizations, concrete criteria limiting political power were put forward with the Enlightenment Philosophy.

These criteria have been taken to a different size with constitutionalism movements based in Continental Europe, and the idea that political power should be limited by constitutions and constitutional instruments has spread all over the world. Among these constitutional tools, the principle of the rule of law has become a universal rule for all societies aiming for a democratic order.

In Turkish history, the principle of the rule of law was mentioned for the first time in the 1961 Constitution. The 1982 Constitution, adopted after the 1961 Constitution, also included the principle of the rule of law. However, in the 1982 Constitution, an attitude was taken not towards limiting political power, but rather towards strengthening it.

As a result of many changes made between 1982 and 2010, the Constitution was tried to be placed on a democratic and civil line. However, in the 2017 constitutional amendment, which was voted and entered into force under the conditions of the July 15 military coup attempt and the state of emergency declared subsequently in 2016, a return was made to the 1982 understanding that strengthened the executive branch but did not effectively limit it.

It seems necessary to make some amendments to the constitution, which moves away from the democratic rule of law brought by this understanding. Accordingly, some change suggestions can be listed as follows:

The President should be prohibited from also being a member of a political party. In the system also implemented in the USA, the president is prohibited from being a member of a political party. In this case, the President's control and pressure on the legislative assembly will be weakened and thus the hard separation of powers can be more accurately established.

Presidential and Turkish Grand National Assembly elections should be held at different times. Holding these elections at the same time causes the legislature and executive to have similar political tendencies and democracy is damaged. The choices must be separated from each other. For example, the President's term could be reduced to 4 years, so that elections would overlap every twenty years. Or, a period of at least 6 months can be added between two election periods.

The people should also elect the vice president. In the current system, the Vice President acts as the President for any reason. The vice president is appointed by the President without being subject to the supervision or approval of any body. The fact that the vice president has the powers of the president in the absence of the president is a major democratic legitimacy problem.

The ability of the President and the Turkish Grand National Assembly to decide on the renewal of elections should be abolished. This situation does not coincide with the presidential system, which has a rigid separation of powers. Moreover, the fact that the President is not bound by any conditions in the renewal of elections also casts a shadow on the democratic nature of this mechanism.

The President's authority to propose budget bills should be abolished. In the US system, a congressman must pass the budget law. The budget is one of the most important powers of the legislative assembly in the presidential system. Taking this out of the hands of the parliament will disrupt the balance and control mechanisms in favor of the President.

The President's veto of the laws has turned into a difficult veto with the new regulation. In order for the legislative assembly to be effective and for the state to not be governed by the decree regime, this veto should be converted into a delaying veto.

Executive pressure on the selection of members of the Council of Judges and Prosecutors should be reduced, and at least the deputy Minister of Justice should be removed from the board. Having the Turkish Grand National Assembly elect all members would be more in line with the separation of powers.

More serious than the Council of Judges and Prosecutors is the procedure for electing members of the Constitutional Court. 12 of the 15 members of the Constitutional Court, which will supervise the executive from a judicial perspective, are elected by the executive. The remaining three are held by the legislature, which probably has the same political inclination as the executive, due to the fact that the elections are held in the same period. This situation greatly weakens the function and democratic legitimacy of the Constitutional Court. Even the legislative assembly should not elect the Constitutional Court; the members should be elected by the judicial body within certain conditions and criteria.

There is no direct relationship between government systems and democracy. What is important for the democratic state of law is the independence of the judiciary. The fact that the judiciary is not separate and independent from other forces shows that the regime is not a democratic state of law. The important thing is to be able to build functional and effective constitutional tools and balance and control mechanisms that limit political power, such as the rule of law and separation of powers, no matter which government system is chosen. Therefore, the current system should be reviewed and the necessary steps should be taken to build a liberal democratic state of law.

Giriş

Tarih boyunca iktidar olgusu sınırsız ve keyfi olarak tasvir edilmemiş, sürekliliği surette siyasi iktidarı bağlayıcı birtakım ilkeler ve mekanizmalar tasarlanmıştır. Bu faktörler, Çin, Hint ve Antik Yunan uygarlığında daha çok soyut faktörler olarak tasarlanırsa da Aydınlanma Felsefesi ile birlikte siyasi iktidarı sınırlandıran somut kriterler ortaya atılmıştır.

Bu kriterler esasen Kıta Avrupası merkezli anayasacılık hareketleri ile bambaşka bir boyuta taşınmış ve siyasi iktidarın anayasalar ve anayasal araçlarla sınırlandırılması gerektiği düşüncesi bütün dünyada yayılma göstermiştir. Bu anayasal araçlardan hukuk devleti ilkesi ise demokratik bir düzeni hedefleyen bütün toplumlar için adeta genel geçer bir kural haline dönüşmüştür.

Türk hukuk tarihinde hukuk devleti ilkesi anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası'nda yer almıştır. 1961 Anayasası'ndan sonra kabul edilen 1982 Anayasası da aynı şekilde hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Fakat 1982 Anayasası'nda siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik değil, daha çok güçlendirilmesine yönelik bir tutum izlenmiştir.

1982-2010 yılları arasında yapılan pek çok değişiklik neticesinde Anayasa demokratik ve sivil bir çizgiye oturtulmaya çalışılmıştır. Fakat 2016 yılında 15 Temmuz askeri darbe girişimi ve ardından ilan edilen olağanüstü hâl koşullarında oylanarak yürürlüğe giren 2017 anayasa değişikliğinde 1982'deki yürütmeyi güçlendiren ama etkili şekilde sınırlandırmayan anlayışa geri dönülmüştür.

I. İktidar ve Siyasi İktidar Kavramı

İktidar kavramı, öneminden dolayı ilk çağlardan günümüze değin tartışılan bir kavram olmuştur. Bu konuda müstakil bir eser kaleme almış olan Bertrand Russell'e göre, fizik bilimi için enerji neyse sosyal bilimler için de iktidar odur¹.

“Türkçe’de iktidar sözcüğü, “erk”, “kudret”, “bir işi başarabilme yetki ve yeteneği”, “bir işi yapabilme gücü”, “devlet yönetimini elinde bulundurma ve devlet gücünü kullanma yetkisi” gibi anlamlara gelmektedir.”

¹ Bertrand Russell, *İktidar*, (Mete Ergin çev, 1. Baskı, Cem Yayınevi 1990) 12.

² Adil Şahin, ‘Siyasal Düşünceler Tarihinde ‘Sınırlı Devlet’ Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme’, (2011) 15 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 314.

Münci Kapani'ye göre iktidar genel ve geniş anlamda, "başkalarının davranışlarını etkileyebilme, kontrol edebilme olanağı"³ demektir. Cemal Bali Akal'a göre ise iktidar, "bazı kişiler ya da kümelerin, başka kişiler ya da kümeler üzerindeki etkisi"⁴ demektir. Russell de benzer şekilde iktidarı, "alınması düşünülen sonuçların ürünü"⁵ olarak ifade etmektedir. Son olarak Adolf Berle, iktidarı oluşturan unsurları saymaktadır. Berle'ye göre, iktidarın doğması için, "insanlar, bir felsefe ve teşkilatları müesseseler haline getirebilecek ilkel de olsa bir grup"⁶ şeklinde sayılabilecek üç unsurun varlığı gereklidir.

Bu görüşler doğrultusunda, iktidarın iki ayağının olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi iktidarın bir zora, güce, kuvvete dayanmasıdır. Fakat bu durumda muktedirin zorbadan ne farkı olacaktır? Muktediri zorbadan, iktidarı kaba kuvvetten ayıran bir faktörün daha varlığı elzemdir. Bu noktada iktidarın ikinci ayağını itaat ve rıza oluşturur. Bu yönüyle iktidar, toplumun her noktasında gözlemlenebilir ve buna da "sosyal iktidar" adı verilir⁷.

Sosyal iktidarın yanında başkaca iktidar biçimlerinden de bahsetmek mümkündür. Russell, ruhban sınıfı iktidarı, kral iktidarı, yalın iktidar, devrim iktidarı, iktisadi iktidar, düşünce üzerindeki iktidar gibi bazı iktidar türlerini saymıştır⁸. Bu çalışma ise esasen siyasi iktidar kavramı üzerine bina edilmektedir.

Siyasi iktidar, "yetkileri ve yasakları belirleyen, emir verme ve yönetme yetkisine sahip, toplumun tamamı üzerinde etki gösteren, ülke içinde yaşayan tüm gerçek ve tüzel kişilerin iradelerinin üzerinde en üstün otorite"⁹ manasına gelmektedir.

Türk hukuk literatüründe siyasi iktidar zaman zaman, devlet kudreti, devlet iktidarı, kamu kudreti, kamu iktidarı, devlet otoritesi, egemenlik, iktidar gibi kavramlarla aynı manaya gelecek şekilde de kullanılmıştır.

Siyasi iktidar, kapsam bakımından sosyal iktidardan çok daha geniştir. Sosyal iktidar, mahdut bir alan içinde belirli grupları kapsarken siyasi iktidar, ülke sınırları

³ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, (56. Baskı, BB101 Yayınları 2017) 55.

⁴ Cemal Bali Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, (1. Baskı Dost Kitabevi 1998) 49.

⁵ Russell (n 1) 35.

⁶ Adolf Augustus Berle, *İktidar*, (Nejat Muallimoğlu çev, Tur Yayınları 1980) 47.

⁷ Şahin (n 2) 315.

⁸ Russell (n 1) 5.

⁹ Ahmet Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri C 1*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 73.

içindeki bütün insanları kapsamaktadır. Siyasi iktidar, diğer iktidar türlerine göre daha üstün olup yine ülke içindeki en üstün iktidardır¹⁰. Bunların dışında iktidarın tanımında geçerli olan zor kullanma ve buna karşılık olarak bu zora rıza gösterme ve itaat etme gibi hususlar siyasi iktidar için de aynı şekilde geçerlidir.

II. İktidarın Sınırlandırılması Üzerine Çeşitli Düşünceler

İktidarın sınırlandırılmasına dair görüşler 18. yüzyıl ve sonrasında yoğunlaşsa da bu düşüncenin kökeni antik devirlere kadar uzanmaktadır. Devletin varlığından beri söz konusu olan ve devletin hukuki ve fiili varlığını mümkün kılan iktidar, fertlere karşı üstün ve onlardan ayrı bir durumu işaret etse de bu mülahazayla keyfi bir iktidar kast edilmemekte, iktidarın belirli bazı prensiplere bağlı olması gerektiği vurgulanmaktadır¹¹.

Siyasi iktidarın rıza ve itaat unsuru önceki başlıkta açıklanmıştı. İktidar, rıza unsurunu sağlayamazsa, orada siyasi iktidarın varlığından bahsedilemez. Yani yönetici, baskısını toplumun rızasına dayandırmadan, toplumu yönetemeyecektir. Toplumun iktidarın yaptıklarına rıza göstermesi ise, ancak iktidarın yapabileceklerinin sınırını bilmesiyle mümkün olur. Böyle bir sınırın olmadığı durumda toplumsal bir aradalık sağlanamayacak ve yöneten yönetilen ilişkisi ortadan kalkacaktır; toplum dehşete düşecektir¹². Böyle bir toplumsal düzen en basitinden öngörülebilir değildir. Halk yarın neyle karşılaşacağını veya neyi yapıp neyi yapamayacağını, hangi alanlarda serbest olduğunu asla bilemeyecektir. Bu durum da keyfi idareyi doğurmaktadır.

Önemle belirtmekte fayda vardır ki mutlak iktidarla keyfi iktidar aynı şey değildir. Bu konuda Bahri Savcı, mutlak iktidar sınırlı değildir ama onu frenleyen birtakım hususlar bulunmaktadır diyerek söz konusu ayrımı ortaya koymuştur. Esasen mutlak iktidarı frenleyen birtakım hususlar aynı zamanda bu iktidarı sınırlamaktadır. Fakat keyfi iktidar, iktidarın kayıtsız ve limitsiz olması ve bu iktidarın hiçbir şeye tabi olmaması manasına gelmektedir. Nitekim Savcı, mutlak iktidarın sözcülemi Orta Çağ'da ilahi hukukla bağlı olduğunu belirtmiştir¹³. Bu

¹⁰ Kapani (n 3) 57-58.

¹¹ Recai Galip Okandan, 'Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar', (1951) 17 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 3.

¹² Şahin (n 2) 336.

¹³ Bahri Savcı, 'Siyasi İktidarı Hukukla Bağlama Çabasının Geçirdiği Seyir', (1957) 12 (4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 66.

durumda keyfi iktidarla idare edilen toplumların zamanla çözüleceği söylenebilir. Böylelikle ortaya çıkan toplumsal buhran sonucunda halkın, keyfi iktidar sahiplerine karşı koyma hakkı doğacaktır.

Bu akıl yürütme, tarihin ilk zamanlarından beri iktidarın bir sınırının çizilmesini, iktidara ait bir alan belirlenmesini ve iktidarın da kendisini bağlayıcı birtakım kurallara uymasını gerektirmiştir.

III. Siyasi İktidarın Sınırlandırıcı Faktörler

A. Eski Çağlarda Siyasi İktidarın Sınırlandırılması

Eski Çin’de Konfüçyüs, siyasi iktidar sahiplerinin yetkilerini “iyilik” ve “adalet” gibi kavramların sınırlandığını söylemektedir. Konfüçyüs’ün düşüncesine göre iktidarın fena olması ve adil olmaması, iktidardakilerin mevkilerini kaybetmelerine neden olabilir¹⁴. Konfüçyüs’ten sonra yaşayan ve Konfüçyüsçülüğü temellendirmeye ve güçlendirmeye çalışan Mensiyüs’e göre iktidar, iktidardakilerin menfaatlerine hizmet edecek bir araç değildir. Bu sebeple iktidar, halkın yararı için kullanılmalıdır. İdare edenler, toplumun genel yararını gözetmek zorundadır. Bu da iktidar sahipleri için bir sınırlandırma faktörüdür¹⁵.

Antik Yunan’da Sokrates, yasalarla bağlanmış iktidar fikrinin en önemli temsilcilerinden biridir. Sokrates’e göre iktidarı, ilahi adalet, kişi hakları ve pozitif kanunlar gibi faktörler sınırlandırılmalıdır¹⁶. Sokrates’in öğrencisi Platon’a göre iktidarı, örf ve adetler ile ahlak ve faziletin sağlanması için koyulan kanunlar sınırlandırılmalıdır¹⁷. Platon’un öğrencisi Aristoteles ise, iktidarın ilahi kanunlar çerçevesinde sınırlandırılmasından bahsetmektedir¹⁸.

B. Roma ve Orta Çağ Düşüncesinde Siyasi İktidarın Sınırlandırılması

Roma siyasal düşüncesinde, Polybios ve Cicero bu konularda öne çıkan düşünürlerdir. Polybios’a göre en iyi hükümet biçimi, karma hükümet biçimidir.

¹⁴ Yahya Kazım Zabunoğlu, *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, (Ajans-Türk Matbaası 1963) 31.

¹⁵ Okandan (n 11) 4.

¹⁶ Hasan Tahsin Gökcan, ‘Devlet Yetkilerinin Sınırlandırılması ve 1982 Anayasası’, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1991) 10.

¹⁷ Zabunoğlu (n 14) 33.

¹⁸ Semih Özer, ‘Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasalarında Kuvvetler Ayrılığı, Hükümet Sistemleri ile İktidarın Sınırlandırılması Problemi’, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 54.

Bu sağlandığında kendiliğinden sınırlı bir siyasi iktidar doğmuş olacaktır. Yani Polybius'a göre, iktidarı sınırlandıran faktör karma yönetim biçiminin kurulmasıdır. Cicero ise, siyasi iktidarın doğal hukuk, ahlak, adalet ve yasalar gibi kriterler tarafından sınırlandırılabilceğini belirtmektedir¹⁹.

Bu düşüncelerin benzer şekilde Orta Çağ'da da sürdürüldüğünü söylemek mümkündür. Hristiyan siyasal düşüncesinin önemli temsilcilerinden olan Augustinus'a göre adalet hedefi iktidarı sınırlandıran faktörlerin başında gelmektedir. Bununla birlikte kamu yararı da gözetilerek iktidarın sınırlandırılması gerekir. Bu düşünce geleneğini devam ettiren Aquino'lu Thomas, iktidarın, tabii hukuk marifetiyle sınırlandırılmasını, ayrıca ortak yararı sağlamakla görevli olduğunu ve insanların ihtiyaçlarını karşıladığı sürece meşru olacağını belirtmiştir²⁰. Aynı dönemde sayılan bir diğer düşünür olan Ockham'lı William da iktidarın doğal hukuk ve ortak yarar çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği görüşünü yinelemiştir²¹.

C. Rönesans ve Sonrasında Siyasi İktidarın Sınırlandırılması

Rönesans döneminin en yenilikçi düşünürlerinden olan Machievelli'ye göre siyasi iktidar yasalar yoluyla sınırlandırılmalıdır²². Katı bir mutlak iktidar savunucusu olan Bodin'in ise, bu fikirleri siyasi iktidara bir hudut tayin etmesine engel olmamıştır. Daha önce de bahsedildiği gibi iktidarın mutlak oluşu sınırsız oluşuyla eş anlama gelmemektedir. Buna göre Bodin, iktidarın her şeyden önce Tanrısal doğal hukuk ve yasalarla sınırlı olacağını söylemektedir. Bunların yanında iktidar sahipleri, mülkiyet hakkı gibi haklara saygı göstermeli ve ahlaki gözeterek verdiği sözlere sadık olmalıdır²³.

Doğmuş olduğu İngiltere'deki iç karışıklıkların son bulması için son derece mutlak ve karşı konulamaz bir iktidar modeli çizen Thomas Hobbes'un görüşlerine bakıldığında bu mutlak iktidarın aynı zamanda sınırsız, sınırlandırılmamış bir iktidar modeli olduğu öne sürülebilir. Fakat Hobbes, insanların doğa durumundan bir toplumsal sözleşme ile devleti kurmalarının yegâne maksadı olarak barış ve güvenliği göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında bir siyasi iktidarın

¹⁹ Şahin (n 2) 341.

²⁰ Okandan (n 11) 4.

²¹ Özer (n 18) 55.

²² Şahin (n 2) 343.

²³ Zabunoğlu (n 14) 46.

yegâne amacı toplumda barış ve güvenliği sağlamaktır. Demek ki siyasi iktidar bu amacının dışına çıkmamakla yani bu amaçla sınırlıdır²⁴.

Kuvvetler ayrılığı düşüncesinin Montesquieu ile birlikte iki önemli kuramcısından biri olan John Locke'un fikirlerine göre ilk olarak kuvvetler ayrılığının kendisi, siyasi iktidarı sınırlayan faktörlerin başında gelmektedir. Bununla birlikte bir siyasi iktidar, temel haklara ve özgürlüklere de dokunmamalıdır. Yani iktidar bu haklar ve özgürlüklerle sınırlı olmalıdır. Montesquieu da John Locke paralelinde görüşler sarf ederek siyasi iktidarın, temel haklar ve özgürlüklerle sınırlı olduğunu ifade etmiştir²⁵.

Sosyal sözleşme teorisini savunan düşünürlerden biri olan Jean Jacques Rousseau, sosyal sözleşme neticesinde ortaya çıkan genel iradeye aşırı bir önem atfedip genel iradenin sınırlanamaz ve hatasız yani yanlış yapamaz bir mahiyette olduğunu belirtmiştir. Zabunoğlu, Rousseau'ya göre siyasi iktidarı sınırlandıran faktörleri şu şekilde özetlemektedir: "Genel iradenin, genel hayra yönelmiş bulunması, onun eşleniği bulunan Devlet'in üstün kudretinin bir sınırı niteliğindedir; bu sınırlama, içkin, öznel bir sınırlama anlamındadır²⁶."

18. yüzyılda temel hak ve hürriyetlerin kuvvetlenmesi ile birlikte siyasi iktidarın sınırlandırılması hakkındaki görüşler belli başlı üç ekol etrafında toplanmıştır. Bunlar "Klasik Fransız Doktrini" de denilen "Ferdietçi Görüş", bu görüşe karşı bir tepki olarak ortaya çıkan "Alman Doktrini", "Otolimitasyon Nazariyesi" ve "Kendi Kendini Sınırlandırma Kuramı" şeklinde çeşitli adlandırmalarla ifade edilen ikinci görüş ve bu iki görüşün de eksik ve hatalı olduğunu savunan "Realist Doktrin" olarak anılan üçüncü görüştür. Klasik Fransız doktrininin temelleri 17. ve 18. yüzyılların düşünürlerine kadar uzanmaktadır. Bu doktrine göre siyasi iktidar, kişilerin hak ve hürriyetleriyle sınırlandırılmalıdır. Bütün insanlar doğuştan getirdiği birtakım devredilemez ve vazgeçilemez haklara sahiptir. Birey, salt insan olmak hasebiyle esaslı bir değer ve maksattır. Dolayısıyla bu sınır, siyasi iktidar tarafından aşılmamalı ve ihlal edilmemelidir²⁷.

²⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, (4. Baskı İmge Kitabevi 2009) 231-232.

²⁵ Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2014) 62-63.

²⁶ Zabunoğlu (n 14) 53.

²⁷ Ahmet Selçuk Özçelik (n 9) 72.

Bu doktrine bir karşılık olarak Alman pozitivist hukuk ekolünün geliştirdiği, realist görüşün Jhering ve Jellinek olmak üzere iki temel savunucusu bulunmaktadır. Bu düşünürlere göre hukuku yaratan devlettir. Devletin haricinde ve devletten üstün bir hukuk söz konusu olamaz. Fakat devlet bu üstün olduğu hukukla da bağlıdır. Bu ise, ancak devletin kendi kendisini sınırlandırması yani devletin kendi koyduğu kurallara kendisinin riayet etmesi neticesinde olmaktadır. Devletin bu şekilde hareket etmesi de zaruridir. Çünkü bu hareket tarzında devletin yine kendi menfaati vardır²⁸.

Fransız kamu hukukçusu Leon Duguit'in başını çektiği realist görüş, ferdiyetçi görüşün takip edilmesi halinde yolun anarşi veya keyfiliğe çıkacağını, kişisel haklara mutlak uyumun devlet iktidarını ortadan kaldıracağını ve bunun anarşiye varacağını, kişisel hakların bir sınır dahilinde kullanılmasına izin verilmesi durumunda da bu iznin yine siyasi iktidarın kendisi tarafından verileceğini ve böylelikle kişisel hakların bir sınırlandırma aracı olmaktan çıkacağını belirterek bu görüşü eleştirmektedir²⁹.

Duguit, Alman doktrinini ise şu şekilde eleştirmektedir: "Devletin hukuka bağlı olması için, devletin faaliyet sahasını belirten, devletin yapması gereken şeylerle yapamayacağı şeyleri tespit eden üstün bir kural olmalıdır. (...) Alman hukukçusu Seydel, "Devletin üstünde veya yanında bir hukuk mevcut olmadığı bir aksiyomdur." diye yazıyor. Cevabım şudur: Devletin üstünde bir hukuk vardır, var olması gereklidir³⁰."

Bu eleştirilerde de görülebileceği gibi Duguit, hukuka devletin haricinde bir temel bulmaya çalışmıştır. Bu da ancak objektif hukuk kaidesiyle mümkün olabilecektir. Objektif hukuk kişisel bilinçlerde kendi kendine meydana gelir. Böylece kaynağını toplumdan ve sosyal dayanışmadan alır ve bu yönüyle de devletten ayrışır. Siyasi iktidar da toplumun tamamı gibi bu objektif hukuka uymakla mükelleftir. Dolayısıyla siyasi iktidarın sınırını bu objektif hukuk teşkil edecektir³¹.

²⁸ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993) 252.

²⁹ Okandan (n 11) 8-9.

³⁰ Leon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Süheyp Derbil çev, İstiklal Matbaacılık 1954) 129.

³¹ Kapani (n 28) 255.

IV. Hukuk Devleti İlkesi ve İktidarın Sınırlandırılması

A. Siyasi İktidarı Sınırlandıran Anayasal Faktörler

1. Anayasacılık Hareketleri ve Anayasa

Anayasacılık hareketleri, kişilerin hak ve hürriyetlerini yazılı belgeler vasıtasıyla tespit etmeye ve güvence altına almaya, siyasi iktidarın faaliyet alanını belirlemeye çalışan gayretler bütünüdür. 18. yüzyılda somut bir şekilde ortaya çıkan bu gayretler, devletin akla dayalı teşkilatlanması ve yazılı bir belgenin ortaya konması manasına gelmektedir. Orta Çağ'ın sonlarından itibaren oldukça güçlenen burjuvazinin, kralların mutlak ve keyfi iktidarlarını sınırlandırmak ve hak ve hürriyetleri bu krallara karşı korumak maksadıyla bu hareketlerde başı çektiğini ve bir lokomotif görevi gördüğünü söylemek mümkündür. Bu yeni sınıf, mücadelesini yalnız kendi adına yürütmemiş, geniş halk kitlelerinin desteğine yaslanmıştır. Böylelikle anayasacılık hareketleri Batı Avrupa'dan başlayarak bütün dünyaya yayılmıştır³².

Burjuvazinin temel fikirleri liberal anayasacılığa dayanmaktadır. Bu fikirlere göre temel hak ve hürriyetlere en büyük tehdidi, devlet teşkil etmektedir. Dolayısıyla siyasi iktidarın bu noktada yazılı metinlerle sınırlanması ve siyasi erklerin birbirinden ayrılarak bir denge ve denetim mekanizmasının kurulması sağlanmalıdır³³. Nitekim, bu konu 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde "Siyasi erklerin ayrı olmadığı yani kuvvetler ayrılığının bulunmadığı bir durumda anayasasının varlığından da söz edilemeyecektir³⁴." şeklinde vurgulanmaktadır.

Bu aşamadan sonra anayasal metinlerin oluşturulmasına giden yol da açılmış bulunmaktadır. 1787 yılında dünyanın ilk anayasası kabul edilen ABD Anayasası ortaya çıkmış, akabinde, 1791 tarihli Fransız Anayasası onu izlemiştir. Bu anayasalardan önce de pek çok devletin yönetilmesi için çeşitli yazılı kurallar bulunsa da bu kuralların üzerinde siyasi iktidarın kolaylıkla müdahale edip değiştiremeyeceği birtakım kanunların icat edilmesi bu yüzyılın düşünce dünyasına hastır. Bu aynı zamanda anayasacılık düşüncesinin de temelini teşkil etmektedir³⁵.

³² Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, (7. Baskı, Cem Yayınevi 1993) 114.

³³ Mustafa Erdoğan, *Aydınlanma Modernlik ve Liberalizm*, (1. Baskı, Orinon Yayınevi 2006) 68.

³⁴ <<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> Erişim Tarihi 03 Mart 2024.

³⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (11. Baskı, Ekin Yayınları 2019) 69.

2. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı, anayasa hukukunun temel teorilerinden biridir. Bu teori daha çok Montesquieu ile bilinse de ilk şekilleri Antik Yunan felsefesine, Aristoteles'e kadar uzanmaktadır.

Aristoteles, "Politika" adlı eserinde, anayasaların düzenlenmesinde esasen üç öge bulunduğunu ifade etmektedir. Bu öğelerden ilki, içinde müzakere ve münazarayı barındıran topluca görüşüp düşünme ve yurt çapında mühim olan her şeyin tartışılmasıdır. Bu modern devlette yasamaya karşılık gelmektedir. İkinci öge, yürütme, yani bütün görev ve otoriteler, bunların miktarları, yetkilerinin sınırı ve seçilme usulleri; üçüncü öge ise yargıdır. Yasamanın yetkileri, savaş ve barışa karar verme, ittifak yapma ve bu ittifakları bozma, yasalar çıkarma, ölüm, sürgün ve müsadere gibi cezalar verme, devlet görevlilerinin seçilmesi ve soruşturulmasını kapsamaktadır³⁶. Aristoteles, bu öğeleri saydıktan sonra bu öğelere dair işleyişin detaylarını da belirtmektedir. Görüldüğü üzere Aristoteles'in çizdiği şema günümüze oldukça yakındır.

Aristoteles'ten sonra kuvvetler ayrılığı ilkesini milli egemenlik ve temsili demokrasi penceresinden inceleyen ilk düşünür³⁷, Aydınlanma Çağı'nın önemli düşünürlerinden John Locke'tur. Locke, bir siyasi toplumda üç kuvvetin olduğunu belirtmiştir. Bunlar kanun yapma kuvveti yani yasama, icra kuvveti yani yürütme ve son olarak da savaş ve barışa karar verme kuvvetidir. John Locke bu kuvvete federatif kuvvet demektedir.

Locke, yasama erkinin yaptığı yasaların kalıcı ve daimî bir kuvveti olduğundan ve bu yasaların sürekli takip edilmesi ve uygulanması zaruretinden dolayı ayrı bir erke ihtiyaç olduğunu söylemektedir. Bu durumda yasama ve yürütme kuvveti yapıları itibarıyla birbirinden ayrı olacaktır. Yasama ve yürütme arasında net bir ayırım koyan Locke, yürütme ve federatif kuvvet arasında bu kadar net bir çizgi koymamaktadır. Ona göre yürütme toplum içindeki ve bütün toplumu ilgilendiren yasaları icra etmesiyle; federatif kuvvet ise, kamunun dışarıdaki bütün fayda, zarar, güvenlik ve çıkarıyla ilgilenmesiyle birbiriyle yakından ilişkili ve hemen hemen her zaman birleşik bir güçtür³⁸.

³⁶ Aristoteles, *Politika*, (Mete Tunçay çev, 4. Baskı, Remzi Kitabevi 1993) 132-133.

³⁷ Turhan Feyzioğlu, 'Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi', (2015) 2 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 51.

³⁸ John Locke, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, (Aysel Doğan çev, İlya İzmir Yayınevi 2013) 126-127.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi modern manada asıl yapısını Montesquieu'dan almıştır. Montesquieu da yine John Locke gibi, bir devlette üç kuvvet olduğunu söylemektedir. Yasama ve yürütme ortak olmakla birlikte Montesquieu'ya göre John Locke'den farklı olarak üçüncü kuvvet federatif kuvvet değil, yargıdır.

Birinci kuvvet yasama, kalıcı veya kısa süreli kanunlar yapma, bu kanunları düzeltme ve ilga etmeyle ilgilenir. İkinci kuvvet yürütme, barışı temin etme, savaşa karar verme, elçi gönderme, kabul etme, güvenliği sağlama gibi işleri yapar. Üçüncü kuvvet yargı, suçlu olanları cezalandırır ve anlaşmazlıkları çözüme kavuşturur. Montesquieu'ya göre bu üç kuvvet ayrı ellerde toplanmalıdır aksi durumda temel hak ve hürriyetlerin yok olma tehlikesi bulunmaktadır³⁹.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi hem anayasacılık hareketleri hem hukuk devleti ilkesi hem de iktidarın sınırlandırılması konuları açısından son derece mühim olup bu konulara aynı zamanda kaynaklık da etmektedir. Nitekim Montesquieu'nun bu görüşleri pek çok düşünürü etkilemiş ve modern devlet anayasalarının vazgeçilmez ilkelerinden biri haline gelmiştir.

Konunun önemi açısından Mustafa Erdoğan, kuvvetler ayrılığının anayasacılık düşüncesinin temel fikirlerinden olduğunu, modern anayasacılığın ise bir manada bir kuvvetler ayrılığı teorisi olarak ortaya çıktığını, kuvvetler ayrılığının devlet gücünü işlevsel manada bölerek iktidarın kötüye kullanılmasını engellediğini söylemektedir⁴⁰.

Buna ek olarak Kemal Gözler "Kuvvetler ayrılığı teorisinin özü, doğrudan devlet kudretinin sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin koruma altına alınmasıdır. Bu nedenle de kuvvetler ayrılığı teorisi doğrudan doğruya anayasa hukukunun temel teorilerinden biridir." demektedir⁴¹.

Benzer şekilde Oktay Uygun da kuvvetler ayrılığının siyasi iktidarın sınırlandırılması ve özgürlüklerin korunması açısından taşıdığı önemi şöyle açıklamaktadır: "Siyasal düşünce tarihinde kuvvetler ayrılığı ilkesi kadar büyük yankı uyandıran ve etki yaratan pek az fikir vardır. Montesquieu'dan sonra bu ilke, adeta, özgürlüğü sağlamanın sihirli bir formülü olmuştur. Fransız Devrimi'nin liderleri, mutlakiyetçi rejime karşı bu ilkeyi bir siyasal dogma gibi benimsemiş-

³⁹ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Fehmi Baldaş çev, Hiperlink Yayınları 2014) 122.

⁴⁰ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, (13. Baskı, Siyasal Kitabevi 2017) 22.

⁴¹ Gözler (n 35) 222.

tir. Nitekim, 1789 Bildirgesi kuvvetler ayrılığının bulunmadığı bir toplumda anayasa da yoktur (m. 16) diyerek bu ilkeye verilen önemi dile getirmiştir⁴².”

3. Siyasi ve Yargısal Denetim

Gelişen anayasacılık akımları doğrultusunda hukuki muamelelerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi maksadıyla bazı denetim mekanizmaları oluşturulmuştur. Temel olarak siyasi ve yargısal denetim şeklinde ikiye ayrılan bu denetim mekanizmaları iktidarın anayasal olarak sınırlandırılmasına yardımcı olmaktadır.

Siyasi denetim yollarını şu şekilde saymak mümkündür: anayasaya uyulacağına dair yemin, kanunların referanduma sunulması, ikili meclis sistemi, kanun tasarı ve tekliflerini önceden inceleyecek bir meclis komisyonunun bulunması, meclis başkanınca anayasaya aykırı tekliflerin oylamaya sunulması ve son olarak da devlet başkanlarının kanun teklifini meclise iadesi veya veto yetkisi⁴³.

Yargısal denetim yolu ise hukuki işlemlerin anayasaya ve kanunlara uygun olup olmadığını yargı mercilerince birtakım kurallar dâhilinde denetlenmesi demektir⁴⁴. Yargısal denetim, denetimin zamanına göre önleyici denetim de denen “a priori” denetim ve düzeltici denetim de denen “a posteriori” denetim şeklinde ikiye ayrılmaktadır. A priori denetim, kanun yürürlüğe girmeden önce, a posteriori denetim ise, kanun yürürlüğe girdikten sonra söz konusu olan denetim yollarındandır.

4. Çoğulcu Demokrasi

Demokrasi kelimesi köken itibarıyla Antik Yunan’a dayanan, halk manasındaki “demos” ve yönetmek manasındaki “kratein” kelimelerinin birleşiminden oluşan bir kavramdır. İlk kez MÖ. 5. yüzyılda Herodot tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Bu kavramın meşhur tanımı ise Amerikan başkanlarından Abraham Lincoln tarafından yapılmıştır. Lincoln’ün tanımına göre demokrasi, “halkın halk tarafından, halk için yönetimi” demektir⁴⁵.

İktidarı sınırlandıran anayasal araçlardan birisi bir devlette demokrasinin varlığıdır. Çoğulcu demokrasi, ideal olan özgürlüğe yine özgürlük vasıtasıyla ulaşmak

⁴² Oktay Uygun, *Devlet Teorisi*, (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2020) 248.

⁴³ Mahmut Celalettin Cuhruk, ‘Türk Anayasa Mahkemesi’, (1987) (4) Anayasa Yargısı Dergisi, 6.

⁴⁴ Ceren Yıldız, ‘Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim’, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017) 61.

⁴⁵ Erdoğan (n 40) 240.

isteyen rejimdir. Çoğulcu demokrasi birtakım temel ilkelerin varlığına bağlıdır. Siyasal çoğulculuk, temsil, seçim, çoğunluğun yönetme hakkı, muhalefet özgürlüğü, temel hak ve hürriyetlerin korunması ve kanunlar nazarında eşitlik gibi ilkelere yokluğu durumunda çoğulcu demokrasiden de bahsedilemeyecektir⁴⁶.

Çoğulcu toplum yapısı ve çoğulcu demokrasinin iktidarın sınırlandırılması açısından önemini Ergun Özbudun şöyle ifade etmektedir: “Devlet iktidarının etkin bir şekilde sınırlandırılabilmesi için, sadece hukuki düzenlemeler, yani devlet yetkilerinin anayasal düzeyde bölüşülmesi yetmez. En az onun kadar önemli bir sınırlama faktörü de devletçe yaratılmamış olan, sivil toplumun kendi bünyesinden doğan çeşitli insan topluluklarının, meslek kuruluşlarının, gönüllü derneklerin, menfaat ve baskı gruplarının varlığı ve bunların siyasal kararlar üzerinde çeşitli yöntemlerle etkili olmalarıdır⁴⁷” Bu da ancak çoğulcu demokrasinin varlığı sayesinde mümkün olabilecektir.

5. Hukuk Devleti

Modern devlet anlayışında İlk Çağlardan Orta Çağ’a uzanan ve daha çok soyut olan iktidarı sınırlandırma kriterleri geçerliliğini yitirmiştir. Bu dönemde iktidarı sınırlandıran anayasal araçlar bütün ülkeler için geçerli hale gelen kriterlere dönüşmüştür. Bu anayasal araçlardan biri olan hukuk devleti ilkesi ise, neredeyse bütün gelişmiş devletlerin ortak bir özelliği olmuştur⁴⁸.

Alman hukukunda “rechtsstaat”, Fransız hukukunda “etat de droit” ve Anglosakson hukuk sisteminde “rule of law” olarak ifade edilen hukuk devleti ilkesi temel olarak, ilahi veya beşerî olması fark etmeksizin devletin hukuk ilkelere bağlı olması gerektiğine dayanan bir ilkedir. Bununla birlikte toplum içinde hukuk ilkelerinin hâkim olması manasına da gelmektedir⁴⁹.

Geniş manasıyla hukuk devleti ise hukukun üstünlüğünün işlerlik kazandığı, yönetimde keyfiliğin önlendiği, devletin hukuk tarafından sınırlandırıldığı, yargının, siyasi baskı ve müdahalelerden etkilenmeden düzgün bir şekilde çalıştığı, hukuk kurallarının bütün vatandaşlara eşit uygulandığı, temel hak ve hürriyet-

⁴⁶ Abdullah Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2011) 23-28.

⁴⁷ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (19. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 40.

⁴⁸ Albert Venn. Dicey, ‘Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar’, (eds), Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, (Ali Rıza Çoban çev, Adres Yayınları 2008) 28.

⁴⁹ Yaşar Karayalçın, ‘Hukukun Üstünlüğü (Kavram - Bazı Problemler)’, (ed), Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti*, (Afa Yayınları 1998) 127-128.

lerin güvenceye alındığı, kişiler için hukuk güvenliğinin temin edildiği bir sistemi ifade etmektedir⁵⁰.

Hukuk devleti kavramı, kökleri eski çağlara dayanmasına rağmen, dünyada ilk kez Alman hukukunda, 18. yüzyılın sonu ile 19. yüzyılın başında Alman liberalizminin temsilcileri tarafından kullanılmıştır⁵¹. Modern manada kavram, Avrupa krallarının mutlak devlet anlayışına ve polis devleti anlayışına karşı ortaya çıkmıştır⁵². Bu dönemlerde hukuk devleti ilkesi, kralın anayasaya tabi olması, anayasaya uygun şekilde hareket etmesi ve parlamentoya saygılı davranması şeklinde işlemiştir⁵³. Günümüze yaklaştıkça kavrama pek çok unsur eklenmiş ve kavram içerik olarak zenginleşmiştir.

Hukuk devletinin iki unsurdan oluştuğu söylenebilir. Bunlardan birincisi siyasi iktidarın hukuka bağlılığı, diğeri ise, bu iktidarın sınırlanması ve dengelenmesidir. Bu unsurlardan biri, kuvvetler ayrılığı prensibine, bir diğeri temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasına işaret eder. Bu unsurlar hukuk devletinin maddi ve şekli unsurlarını oluşturur⁵⁴.

Albert Dicey, hukuk devleti ilkesinin bünyesinde üç anlamı taşıdığını ifade etmektedir. Bunlar, hükümetin keyfi güç kullanmaması, herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelere tabi olması ve anayasa hukukunun genel kurallarının o ülkenin olağan hukukunun sonucu olmasıdır⁵⁵.

Hukuk devletinin varlığından bahsedilebilmesi için birtakım kriterlerin varlığı elzemdir. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması, idarenin yargısal denetimi, kanuni idare ilkesi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, kanunlarda yer almayan bir suçun ve cezanın tanınmaması, devletin faaliyetlerinin belirli olması, kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bağımsız olması ve hâkim güvencesi, idarenin sorumluluğu ve demokratik bir siyasi rejim⁵⁶ gibi

⁵⁰ Yüksel Metin, 'Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları', (eds), Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, (Adres Yayınları 2008) 577.

⁵¹ Hayrettin Ökçesiz, 'Hukuk Devleti', (ed), Ökçesiz (n 49) 17.

⁵² Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, (Ahmet Mumcu çev, 1. Baskı, İnkılap Kitabevi 2002) 210.

⁵³ Hayri Keser, 'Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi', (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005) 26.

⁵⁴ Metin (n 50) 578.

⁵⁵ Dicey (n 48) 28-32.

⁵⁶ Ali Altunbaş, 'Türklerde Hukuk Devleti Kavramının Tarihsel Gelişimi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 8-14.

kriterlerin yokluğu durumunda hukuk devleti ilkesinden bahsetmek olanaksız olacaktır.

Bu kriterlerin devletin bünyesindeki varlığıyla hayat bulan hukuk devleti ilkesinin amacı Erdoğan'a göre "devleti kendinden önce gelen ve ondan üstün birtakım normatif esaslarla kayıtlamak, onu toplumsal organizasyonun temel ilkeleriyle (meşruluk, adalet, insan hakları gibi) temellendirmek ve çerçevelemektir⁵⁷." Bir başka görüşe göre hukuk devletinin esas amacı, idare edilenlerin devlet karşısında korunmasıdır⁵⁸. Bir diğer görüşe göre, hukuk devleti bir devlet sistemi olarak kişilerin özgürlüğünü gaye edinmektedir⁵⁹. Cengiz Gül'e göre ise hukuk devleti anlayışı, devletin bütün keyfi işlem ve fiillerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁶⁰.

Hukuk devleti, anayasa tarihimizde çeşitli evreler geçirerek bugünkü noktaya ulaşmıştır. Hukuk devleti açısından tanzimat devri, kanun devleti dönemini teşkil etmektedir. İki meşrutiyet devri anayasalı devlete örnek gösterilebilir. 1921 ve 1924 Anayasası ise ulusal bağımsızlık ve ulus devletin kuruluşunda birer temel taşı olmuştur⁶¹. Türkiye'de hukuk devleti kavramı ilk kez, idare hukukçusu Sıddık Sami Onar'ın 1938 yılında neşredilen "İdare Hukuku" adlı eserinde kullanılmıştır. Daha sonra hukuk devleti ilkesi anayasal olarak ilk kez 1961 Anayasası'nda devletin nitelikleri arasında yer almıştır. Böylece 1961 Anayasası anayasal devlet ve hukuk devleti açısından büyük bir atılımı temsil etmektedir. Aynı düzenleme 1982 Anayasası'nda da devam ettirilmiş ve Anayasa'nın ikinci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu yinelenmiştir⁶².

V. 1982 Anayasası'nın İlk Halinde İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti

1982 Anayasası'ndan önceki 1961 Anayasası, 27 Mayıs 1960 sabahı gerçekleştirilen bir askeri darbe sonrasında kurulan ve Milli Birlik Komitesi ile Temsilciler Meclisi'nden oluşan Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş, akabinde

⁵⁷ Mustafa Erdoğan, 'Hukuk Devleti', (2001) 14 (2) İslami Araştırmalar Dergisi, 267.

⁵⁸ Tahsin Bekir Balta ve Hüseyin Nail Kubalı, 'Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı', (1960) 15 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 9.

⁵⁹ Ernst Rudolf Huber, 'Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet', Tuğrul Ansay çev, (1970) 27 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28.

⁶⁰ Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010) 195.

⁶¹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (18. Baskı, Beta Yayınları 2018) 114.

⁶² Musa Tanrıseven, 'Hukuk Devleti ile Anayasa Yargısı İlişkisi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır) 11.

hazırlanan anayasa tasarısı halkoylamasına sunulmuş ve %61.5 “evet” oyu olarak kabul edilmiştir. Hazırlanan anayasa çeşitli açılardan bir önceki 1924 Anayasası ile ciddi farklar içermektedir. 1924 Anayasası’nda yer alan altı ilkeden halkçılık, devletçilik, inkılapçılık çıkarılmış, milliyetçilik ilkesi “milli devlet” olarak değiştirilmiştir. Bunların yanına “insan haklarına dayanan devlet”, “demokratik devlet”, “sosyal devlet”, ve “hukuk devleti” gibi yeni temel ilkeler eklenmiştir⁶³.

Hukuk devleti ilkesinin ilk kez 1961 Anayasası’nda geçtiği önceki bölümde de ifade edilmiştir. 1961 Anayasası’nın başlangıç kısmında, devletin niteliklerini düzenleyen ikinci maddesinde ve devlete ödev yükleyen onuncu maddesinde hukuk devleti kavramı kullanılmıştır. Böylelikle 1924 Anayasası’nda açık bir şekilde yer verilmeyen “hukuk devleti” ilkesi 1961 Anayasası ile açık bir şekilde ifade edilmiştir⁶⁴. Ayrıca 1961 Anayasası kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek ve hukuk devleti açısından yargısal denetimi yerine getirecek olan Anayasa Mahkemesi’nin de ilk kez kurulmasını düzenlemiştir.

1980’lere yaklaşıldığında ülkede iyice kendini gösteren ve bir türlü önü alamayan şiddet ve terör olayları neticesinde 12 Eylül günü Orgeneral Kenan Evren’in başını çektiği bir askeri cunta darbe yaparak yönetime el koymuştur. Terörün alabildiğine yaygınlaştığı, parlamentonun işlevsiz hale getirildiği, demokrasinin işleyebileceği yolların kapatıldığı gerekçe gösterilerek adına “Bayrak Harekâtı” adı verilen bir operasyonla darbe gerçekleştirilmiştir⁶⁵. Darbenin akabinde, 6 Aralık 1983 TBMM Başkanlık divanının oluştuğu ve Milli Güvenlik Konseyi ile Danışma Meclisi’nin görevlerinin son bulduğu tarihe kadar geçen 3 yıllık bir askeri rejim dönemi söz konusu olmuştur. Darbeden on ay kadar sonra “Milli Güvenlik Konseyi” ve “Danışma Meclisi”nden meydana gelen bir “Kurucu Meclis” oluşturulmuştur. Bu “Kurucu Meclis” tarafından on üç ay içinde yeni bir anayasa yapılmış ve kabul edilmiştir⁶⁶. Daha sonra bu anayasa halkoylamasına sunulmuş, 7 Kasım 1982’de %91,37’lik bir oranla kabul edilmiştir. Bu halkoylamasında aynı zamanda Orgeneral Kenan Evren’in cumhurbaşkanlığı da yer almakta, oylama bir paket olarak halka sunulmaktadır. Dolayısıyla halkoylaması neticesinde Kenan Evren yeni cumhurbaşkanı olmuştur.

⁶³ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (25. Baskı, Ekin Yayınları 2020) 35-37.

⁶⁴ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, (11. Baskı, Gerçek Yayınevi 1997) 103.

⁶⁵ Özbudun (n 47) 49.

⁶⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 61) 13.

1982 Anayasası'nın genel özelliklerine bakıldığında, 1961'in kendi dönemi içerisinde yakalayabildiği birtakım demokratik özellikleri ıskaladığı görülmektedir. Bu konuda Bülent Tanör, 1982 Anayasası'nın liberal demokrat anayasalardan farklı bazı siyasi ve sosyal dinamiklere dayandığını ifade etmektedir. Tanör'e göre, "ilk defa açık olarak 1980 müdahalesiyledir ki, yeni bir anayasanın yapılması fikrinin esas dürtüsü, özgürlüğün ve demokrasinin korunması ve pekiştirilmesi değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi şeklinde belirlemektedir⁶⁷."

1982 Anayasası temel hak ve ödevleri tespit ederken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni esas almıştır. Fakat hakların sınırlandırılması noktasında 1961 Anayasası'ndan farklı kurallara yer vermiştir. Temel hak ve hürriyetler noktasında başka farklar da bulunmaktadır. Anayasanın başlangıç kısmına bakacak olursak bu kısımda yer alan "hukuk devleti" ilkesi değiştirilerek "hukuk düzeni"ne, "insan haklarına dayalı hukuk devleti" ifadesi ise "insan haklarına saygılı hukuk devleti" ifadesine dönüştürülmüştür⁶⁸. Böylelikle 1961 Anayasası, insan haklarını devletin temeli sayarken, 1982 Anayasası insan haklarını devletin saygı duyacağı bir değer olarak kabul etmektedir⁶⁹. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerde "ödev" ve "sorumluluk" sözcüklerinin çokluğu dikkat çekmektedir. Buna ilave olarak 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamaz" kuralı, bu Anayasa ile kaldırılmış ve bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin tamamen durdurulmasının önü açılmıştır⁷⁰.

Aliefendioğlu'na göre de 1961 Anayasası, bireye öncelik veren daha demokratik ve özgürlükçü bir yapıda olmasına karşın, 1982 Anayasası, yürütmeyi ve devleti güçlendirmeyi gaye edinmiştir. Bu anlamda 1982 Anayasası hürriyetin anarşi getirdiği, yürütmenin ortaya çıkan bu anarşi karşısında zayıf kaldığı ve kuvvetli bir otorite ihtiyacı gibi birtakım düşüncelerin toplamı olmuştur. Böylelikle bu "sorun"lara bir çözüm olarak düşünülen anayasal hükümler koyulmuş, çift meclis kaldırılmış, Cumhurbaşkanlığının yetkileri artırılmış, buna karşılık olarak tarafsızlığı ve sorumsuzluk hali devam ettirilmiştir. Anayasa Mahkemesi

⁶⁷ Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, (3. Baskı, Beta Yayınları İstanbul) 97.

⁶⁸ Özgür Bayoğlu, 'Türkiye'de Hukuk Devleti'nin Gelişimi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) 3.

⁶⁹ Salih Baş, 'Hukuk Devleti Olgusunun Türk Anayasalarındaki Yeri (1921-1982)', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü 2006) 108.

⁷⁰ Bayoğlu (n 68) 102.

korunurken başvuru yolları daraltılmış ve yargıya başvurmada bazı kısıtlamalar getirilmiştir⁷¹.

Bu durumda 1982 Anayasası'nın, en azından ilk halinde, "hukuk devleti", "kuvvetler ayrılığı" gibi demokratik mekanizmaların çok önemsenmediğini, denetlenemez, sınırlandırılmaz, tabiri caizse yoluna taş konulamaz güçlü bir yürütmenin kurgulandığını hassaten de Kenan Evren'in cumhurbaşkanı olacağı hesabıyla güçlü bir cumhurbaşkanlığının kurgulandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

1982 Anayasası genel olarak incelendiğinde, yazılı ve katı bir anayasa olduğu görülmektedir. Bu kriterler siyasi iktidarı sınırlandıran faktörlerden ikisidir. Bununla birlikte anayasa çift meclis sistemini kaldırmış, tek meclisli bir yapı getirmiştir. Çift meclis sisteminin varlığı, siyasi iktidarı sınırlandıran faktörler arasında sayılmaktadır. Çift meclisin kaldırılması siyasi iktidarın sınırlandırılması açısından bir eksiklik sayılabilir.

Siyasi iktidarı sınırlandıran anayasal araçlardan bir diğeri, kuvvetler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası tasarlanırken hükümet sistemi olarak, bir yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemi olan parlamenter sistem tercih edilmiştir.

Bir hükümet sistemi tayin edilirken yargı ayrı bir kuvvet olarak düşünüldüğünden yasama ve yürütme arasındaki münasebetlere bakılarak karar verilmektedir. Buna göre kuvvetler ayrılığı ve kuvvetler birliği şeklinde ikili bir tasnif yapılmaktadır. Kuvvetler ayrılığı da kendi içinde sert kuvvetler ayrılığı ve yumuşak kuvvetler ayrılığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Sert kuvvetler ayrılığında başkanlık hükümet sistemi, yumuşak kuvvetler ayrılığında parlamenter sistem ortaya çıkmaktadır. Fakat sonradan bir karma model olarak yarı başkanlık sistemi de meydana çıkmıştır. Buna göre, 1982 Anayasası'nda yürütmenin yasadan kaynaklandığı ve yine yasamaya karşı sorumlu olduğu bir sistem söz konusu olacaktır. Yine 1982 Anayasası'nda ikili bir yürütme mevcut olup cumhurbaşkanlığı ve başbakanlık olmak üzere yürütmenin iki başı bulunmaktadır⁷².

1982 Anayasası'nda yasama yetkisi 7. madde ile Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiştir. Böylece, 1961 Anayasası dönemindeki

⁷¹ Yılmaz Aliefendioğlu, 'Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı', (1996) (3) Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 74.

⁷² Erdal Onar, 'Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?', (ed), Teoman Ergül, *Başkanlık Sistemi*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005) 71-74.

Cumhuriyet Senatosu kaldırılmıştır. Bununla birlikte, meclis toplantı ve karar yeter sayısı düşürülmüş, siyasi partilerin grup kurması için gereken milletvekili sayısı artırılmıştır⁷³. İlk düzenlemeyle, yasamanın işleyişi kolaylaştırılırken, ikinci düzenleme ile yasamanın yürütmeye olan baskısı azaltılmıştır.

Parlamente sisteminin bir gereği olarak 1982 Anayasası'nda yasama organının yürütmeyi denetlemesi için birtakım araçlar belirlenmiştir. Bunlar soru, genel görüşme, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensorudur. Yasama, yeterli çoğunlukları sağladığında, meclis soruşturması ile bir hükümet üyesinin cezai sorumluluklarını araştırabilirken, gensoru ile bir hükümeti düşürebilir⁷⁴. Görüldüğü üzere bu düzenleme sayesinde yürütmenin dengelenmesi ve denetlenmesi açısından yasamanın eli oldukça güçlüdür.

1982 Anayasası'nda yürütme, oldukça geniş yetkilere ve dar sorumluluklara sahiptir. Serap Yazıcı'ya göre "Bu anayasanın, Türk Silahlı Kuvvetleri adına seçilmiş organlar üzerinde sürekli bir denetim oluşturmak amacıyla yarattığı en önemli vesayet kurumu cumhurbaşkanlığıdır. Asker kökenli veya Silahlı Kuvvetlerin icazetine sahip kişilerin işgal edeceği varsayılan cumhurbaşkanlığı makamı aracılığıyla, yasama, yürütme ve yargı organları bu makamın denetimine, daha açık bir ifadeyle, Silahlı Kuvvetlerin kontrolüne tabi kılınmıştır." Yazıcı ayrıca, cumhurbaşkanının, yüksek yargı ve HSYK'nın belirlenmesinde yetkili olması dolayısıyla yargı üzerinde askeri vesayet oluşturacağına ve yine Yükseköğretim Kurulu'nun bütün üyelerini belirlemesi açısından üniversiteler üzerinde de bir vesayet kuracağına işaret etmektedir⁷⁵.

Bunun yanında Anayasa'nın 116. maddesinde yer alan cumhurbaşkanının seçimleri yenilemesi kolaylaştırılmıştır. Bu da yürütmenin yetkisinin artırılması için yapılan değişikliklerden biridir. Ayrıca anayasa değişikliklerini ve kanunları halkoyuna sunmak ve silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar vermek gibi düzenlemeler de yürütmenin yasamaya üstünlüğünü pekiştiren düzenlemelerden bazılarıdır⁷⁶.

1982 Anayasası'nın yargı yolu başlığıyla düzenlenen 125. maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" demek suretiyle yargıya koşulsuz bir şekilde yürütmeyi denetleme yetkisi verilmiştir. Fakat çeşitli madde-

⁷³ Gözler (n 63) 46.

⁷⁴ Gözübüyük (n 46) 230-233.

⁷⁵ Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye*, (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2009) 39.

⁷⁶ Tanör (n 67) 116.

lerde yargı dışında bırakılan bazı hususlar bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler, Yüksek Askerî Şûra kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca verilen uyarma ve kınama cezaları, bazı sıkıyönetim ve olağanüstü hâl işlemleri yargının dışında bırakılan hususlardır⁷⁷. Bunların çoğu zaman içerisinde Anayasa'da yapılan değişikliklerle kaldırılmış ve söz konusu işlemler yargının denetimine tabi kılınmıştır. Anayasa'nın ilk halinde var olan bu düzenlemeler hem kuvvetler ayrılığı hem hukuk devleti hem de iktidarın sınırlandırılmasına aykırılık teşkil etmektedir.

Sayılan örneklerden de anlaşılacağı üzere 1982 Anayasası'nda yürütme, yasa-madan üstün ve yasamaya karşı bazı özel silahlarla donatılmıştır. Yasama her ne kadar yürütme içerisindeki hükümeti denetleme yetkisine sahip olsa da cumhurbaşkanının sadece "vatana ihaneti" söz konusu olduğunda sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte yürütme ve hassaten cumhurbaşkanı, yargıya ve yüksek yargı organlarına karşı da bağıstıktır. Bu durumda kuvvetler ayrılığı ilkesinin yürütme lehine bozulduğu söylenebilecektir. Bu sebeple 1982 Anayasası kuvvetler ayrılığı ilkesi açısından siyasi iktidarın sınırlandırılmasında güçsüz kalmaktadır.

VI. 2017 Anayasa Değişikliğinde İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti

A. 1982 Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler ve 2017 Anayasa Değişikliği

1982 Anayasası'nın askeri vesayete imkân tanıyan yapısı, sivil demokratik bir anayasal düzenin önünde büyük bir engel olmuştur. Bu durum demokratik seçimlerle iktidara gelen hükümetleri rahatsız etmiş ve çoğu hükümetin temel siyasi politikası mevcut anayasayı değiştirmek üzerine bina edilmiştir. İlk anayasa değişikliği anayasanın kabulünden çok kısa zaman sonra 1987 yılında gerçekleştirilmiştir. Sonrasında sırasıyla, 1993, 1995, iki kez 1999, iki kez 2001, 2002, 2004, iki kez 2005, 2006, üç kez 2007, 2008, 2010 ve 2017 yıllarında olmak üzere çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerde anayasanın "Başlangıç" bölümü ve pek çok maddesi değiştirilmiş, 3 maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasanın takriben 110 maddesi bu değişikliklere konu olmuştur⁷⁸.

⁷⁷ AYM 27.11.2007, E. 2001/225, K. 2002/88, <<https://www.mevzuat.com/anayasa-mahkemesinin-e-2002-169-k-2007-88-sayili-karari-14-7-1965-tarihli-ve-657-sayili-kanun-ile-ilgili-/>> Erişim Tarihi 01 Nisan 2024.

⁷⁸ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye Büyük Millet Meclisi Tarafından 21 Ocak 2017 Tarihinde Kabul Edilen ve 16 Nisan 2017 Tarihinde Referandumla Sunulacak Olan Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında, 3.

2007 yılında yapılan değişikliklerde cumhurbaşkanını halkın seçmesi kararlaştırılmıştır. Bu değişiklik ilk kez hükümet sistemi üzerine geniş çaplı tartışmaların çıkmasına yol açmıştır. Bu değişiklik neticesinde Türkiye'nin yarı başkanlık sistemine geçtiği iddia edilse de cumhurbaşkanını doğrudan halkın seçmesi haricinde hiçbir esaslı değişikliğin yapılmaması sistemin yarı başkanlık sistemine evrildiğini göstermemektedir. Kemal Gözler'e göre de bu değişiklikte cumhurbaşkanının seçilmesi haricinde hiçbir değişiklik yoktur. Örneğin, Bakanlar Kurulunun kuruluşu, görev ve sorumlulukları, cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, karşı imza kuralı gibi hükümlerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla Gözler, sistemin hala tartışmasız parlamenter sistem olduğunu savunmaktadır⁷⁹.

Türkiye'de hükümet sistemi bu şekilde devam etmiş, 2016 yılına yaklaşıldığında, cumhurbaşkanının faaliyetlerinin hukuki durum ve fiili durum arasında bir tezatlık oluşturduğu söylenmeye başlamıştır. Bu da yeniden hükümet sistemi tartışmalarının alevlenmesine neden olmuş ve anayasa değişikliği konusundaki çalışmaların yeniden başlamasına yol açmıştır. Bu çalışmaların akabinde, 10 Aralık 2016 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 316 milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne 6771 sayılı, 21 maddeden oluşan, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" sunulmuştur. Meclis Anayasa Komisyonu bu 21 maddeden, üçünü çıkarmıştır. Kanun teklifi mecliste 339 oyla kabul edilmiş, akabinde halkoyuna sunulmuş ve halkoylamasında %51,41'lik bir oranla kabul edilmiştir.

B. 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Hükümet Sistemi

Değişiklik kanunu yürürlüğe girdikten sonra, değişikliklerin getirdiği tartışmalar sürmüştür. Kanun her ne kadar 18 maddeden oluşsa da Anayasa'da toplamda 69 maddede değişiklik yapmaktadır⁸⁰. Özellikle Türkiye'nin yeni hükümet sisteminin tayininde bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Sistem, kamuoyuna "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" olarak sunulsa da "Başkanlık Sistemi" mi, "Süper Başkanlık Sistemi" mi, yoksa Türkiye'ye özgü yeni bir sistem mi olduğu anlaşılammıştır.

⁷⁹ Kemal Gözler, 'Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Deneme', (2016) (125) Türkiye Günlüğü, 18.

⁸⁰ Kemal Gözler, *Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2017) 43.

Abdurrahman Eren, değişikliğe ilişkin maddeler incelendiğinde, getirilen yeni sistemin özü itibarıyla başkanlık sistemi olduğunu, her ne kadar cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi söylemi yaygın olsa da böyle bir hükümet sisteminin anayasa literatüründe bulunmadığını fakat değişiklikle öngörülenin bir “Türk tipi” başkanlık sistemi olduğunu söylemektedir⁸¹. Ergun Özbudun’a göre, yapılan değişiklikler, parlamentoyu fesih hakkı, başkanlık kararnameleri gibi birtakım farklılıklar sebebiyle Amerikan prototipine uygun bir başkanlık sistemi değildir. Bu sistem Latin Amerika ülkelerinde görülen ve “süper başkanlık” denilen sisteme daha uygundur⁸².

Kemal Gözler, yeni hükümet sistemini nitelerken biraz daha sert eleştiriler yöneltmiştir. Gözler’e göre: “Teklif edilen hükümet sisteminin ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ olduğu iddiası gerçek dışı bir iddiadır; çünkü ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ diye bir sistem yoktur. Önerilen sistemin ‘başkanlık sistemi’ veya ‘Türk tipi başkanlık sistemi’ olduğu iddiası ise muazzam bir yalandır. Cumhurbaşkanının yasama organını feshedebildiği, yasama organının da Cumhurbaşkanını görevden alabildiği bir sistemin başkanlık sistemi olduğu iddiası gülünç ve cahilce bir iddiadır. Önerilen sistem, dünyanın hiçbir yerinde görülmemiş, duyulmamış, bir ‘neverland hükümet sistemi’dir⁸³.”

Venedik Komisyonu’nun raporuna göre ise, 2017 Anayasa değişikliği, devlet başkanına ABD’de olduğundan çok daha fazla yetki verecek olup yasama, yürütme ve yargı arasına daha az miktarda denge ve denetleme mekanizması eklemektedir. Bu yönüyle tayin edilen bu sisteme ancak “Türk usulü” başkanlık sistemi demek mümkün olacaktır⁸⁴.

C. 2017 Anayasa Değişikliğinin Genel Özellikleri

Değişiklik Kanunu, sadece hükümet sistemi açısından değil, başka yönlerden de eleştirilere maruz kalmıştır. 1982 Anayasası ilk düzenlendiğinde, otoriter yapısı dolayısıyla temel hak ve hürriyetleri kullanılması zor bir şekilde düzenlemiştir. 1995 değişiklikleri, siyasi katılımın önünü açmayı hedeflemiştir.

⁸¹ Abdurrahman Eren, ‘Başkanlık Sistemi’ 1- Genel Değerlendirme, <<http://www.kanuniesasi.com/2017/02/14/baskanlik-sistemi-1-genel-degerlendirme>> Erişim Tarihi 07 Ocak 2024.

⁸² Ergun Özbudun, ‘AKP’nin Anayasa Önerisi Mevcut Demokrasiyi Geriletir’, <<https://t24.com.tr/haber/prof-ozbudun-ak-partinin-anayasa-onerileri-mevcut-demokrasiyi-daha-geriletir,225902>> Erişim Tarihi 07 Ocak 2024.

⁸³ Gözler (n 80) 78-79.

⁸⁴ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) (n 76) 11-12.

2001 ve 2004 değişiklikleri Avrupa Birliği'ne üyelik süreci mucibince yapılmış ve bu değişikliklerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örnek alınmıştır. 2010 değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru imkânı sağlanmıştır. Bütün bu değişiklikler esasen hürriyetlerin genişletilmesini amaçlamaktadır. Fakat 2017 anayasa değişikliği, bu anlayışın yerine 1982 Anayasası'nın ilk halindeki otoriteyi güçlendirmek maksadını gütmektedir⁸⁵.

Değişiklik Kanunu'nun genel olarak, yürütme erkine geniş ve kanunlar vasıtasıyla daha da genişletilmesi kolay olan yetkiler verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumda, cumhurbaşkanı yasama ve yargıya karşı olması gerekenden daha güçlü olacak ve bu organların denetiminden de oldukça zayıf bir şekilde etkilenecektir. Böyle bir sistemde kuvvetler ayrılığının zayıflayacağı aşikardır. Bu dengesizlik öyle boyutlardadır ki başkanın güçlü, yasamanın ve yargının zayıf olduğu Latin Amerika tipi başkanlık sistemlerinde bile bu denli bir dengesizliğe rastlamak güç olabilir⁸⁶.

Bu görüşlere tezat teşkil eden ve yapılan değişikliğin birtakım olumlu yenilikler getiren yönlerinin de olduğunu belirten görüşler bulunmaktadır. Fakat bu görüşlerin haklılık payı düşüktür. Bu görüşlere göre "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasa ile güvence altına alınmış; yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri sert bir şekilde ayrılmış ve tüm erklerin bir elde toplanmadığı, yasama ve yürütme organlarının birbirlerini denetleyebildiği ve erken seçim kararı alınması durumunda her iki organ için de seçimlerin yenileneceği bir denge oluşturulmuştur"⁸⁷. Bu görüşlerin ilk bakışta kendi içinde çeliştiği rahatlıkla görülebilecektir. Sistemin bir sert kuvvetler ayrılığı olduğu belirtildikten sonra, yürütmenin erken seçim kararı alarak yasama organını feshedebilmesi, sert kuvvetler ayrılığına açık bir aykırılıktır.

Çağımızda anayasaların amacı, insan haklarını korumak ve bu maksatla siyasi iktidarı sınırlandırmaktır. Siyasi iktidarın hukuk devleti ilkesi vasıtasıyla sınırlandırılmasını iyice özümsemeyen anayasaların demokratik olması mümkün değildir. Bu anayasa değişikliği paketinde bu yaklaşımın tersine hareket

⁸⁵ Sevtap Yokuş, 'Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası'nın Evrimi', (2020) 37 (1) Anayasa Yargısı Dergisi, 1.

⁸⁶ Selin Esen, '2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi', (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi, 54.

⁸⁷ Önder Kutlu ve Niyazi Karabulut, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Denge ve Denetleme Mekanizmasının Güçlendirilmesi', (ed), Ercan Oktay, Şerife Pekküçükşen ve Ali Yıldırım, 17. Uluslararası Kamu Yönetimi Forumu Bildiriler Kitabı, (2019) 1097.

edildiği görülmektedir. Bir bütün olarak bakıldığında yapılan bu değişiklikler, ancak yürütmenin kendi kişisel çıkarları için anayasa yaptığı fikrini uyandırmaktadır. Bu yönüyle hukuk devleti ilkesinin ihlali gündeme getirilmelidir⁸⁸.

Yapılan değişiklikler neticesinde yeni hükümet sisteminde siyasi iktidarı sınırlandıran anayasal araçların ve denge ve denetleme mekanizmalarının ihmal edildiği veya hatalı kurgulandığı görülmektedir. Bu değişikliklerle parlamenter sistemin sorumsuz devlet başkanı, başkanlık sisteminin yetki sahibi devlet başkanı ile birleştirilmiş, böylelikle ortaya yetkili ve sorumsuz yeni bir devlet başkanlığı makamı çıkmıştır.

Ç. Değişiklik Kanunu, İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti

1. 2017 Anayasa Değişiklik Kanunu Hazırlık Sürecinde Hukuk Devleti ile Bağdaşmayan Durumlar

1982 Anayasası'nda yapılan 2017 değişikliklerinin tamamı iktidarı sınırlandıran hususlarla ilgili veyahut da hukuk devletiyle ilgili değişiklikler değildir. Her ne kadar Anayasa Değişiklik Kanunu'nun 1. maddesi, "bağımsız" kelimesinden sonra bir "tarafsız" kelimesi ekleyip, yargı bağımsızlığına katkı yaparak hukuk devleti ilkesini güçlendiriyorsa da bu durum, vurgunun artırılmasından ibaret olup büyük bir değişiklik teşkil etmemektedir.

Bunun yanında, seçilme yaşını yirmi beşten on sekize düşüren değişiklik, demokratik topluma katkı sağlaması hasebiyle hukuk devleti ilkesini pekiştiriyorsa da bu değişikliğin hukuk devleti ilkesine çok büyük bir katkı sağlayacağı söylenemez. Keza, milletvekili sayısını altı yüze çıkararak hüküm de aynı şekilde hukuk devleti ile doğrudan ilgili değildir.

Bunların dışında hem iktidarın sınırlandırılması mekanizmalarını aşındıran hem de hukuk devleti ilkesine zarar veren birtakım düzenlemelerin olduğunu söylemek mümkündür. Bunların incelenmesine geçmeden önce, yapılan değişikliğin usulündeki hukuk devleti ihlallerini belirtmekte fayda vardır.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünün ardından ve 21.07.2016'dan itibaren bütün Türkiye'de geçerli bir olağanüstü hâl rejimi başlamıştır. İlk olarak dört aylık süreyle başlayan bu olağanüstü hâl dönemi, peş peşe dörder aylık periyotlarla uzatılmıştır. Bu durum, demokratik anayasal düzen açısından

⁸⁸ Fazıl Sağlam, 'AKP'nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler', (2010) XXXIV (267) Mülkiye Dergisi, 15.

umutları büyük ölçüde tüketmiştir. Hükümet sistemini de değiştiren anayasa değişikliği işte bu süreçte yapılmıştır. Bu sebeple değişikliğin hazırlanması süreci demokratik meşruiyet açısından sorunlu ve demokratik anayasacılık fikrinden tamamen uzaktır⁸⁹.

TBMM'deki oylamalar esnasında, oylamanın gizli oyla yapılması gerekmesine rağmen bazı milletvekillerinin oylarını açık bir şekilde kullanması, bazı milletvekillerinin kullandığı oyun ne olduğunun tespit edilmeye çalışılması oylamalara gölge düşürmüştür. Değişiklik müzakerelerinin neredeyse hiç ara verilmenden uzun zaman boyunca sürmesi, bu uzun oturumların ancak sınırlı surette canlı olarak yayınlanması, kanunların mecliste ve kamuoyunda yeterince değerlendirilmeden hazırlanmasına yol açmıştır⁹⁰. Bu durum hem değişiklik paketinde birtakım eksik hususların yer almasına hem de demokratik hukuk devleti ilkesinin zarar görmesine neden olmuştur.

Kemal Gözler de değişiklik kanunu referandumunun olağanüstü hâl rejiminde yapılmasının, referandumu bir plebisite dönüştüreceğine işaret etmiştir. Bazı ülke anayasalarının olağanüstü hâl dönemlerinde anayasa değişikliği yapılmasını yasakladığına dikkat çekmektedir. Yüz bin kişinin işten çıkarıldığı, bazı dernek, vakıf, televizyon, gazete, sendika vb. kurumların işleyişine son verildiği ve malvarlıklarına el konulduğu bir dönemde yapılacak oylamayı referandum olarak görmek çok mümkün olmayacaktır. Yazar, "Hayır" kampanyası yürütenlerin baskıya maruz kaldığını, ülke çapında serbest ve adil bir tartışma ortamının sağlanamadığını, halkın coşku ve heyecana getirildiğini ve böylelikle 16 Nisan 2017 halkoylamasının referandumdan ziyade bir plebisite dönüşme tehlikesinin olduğunu belirtmiştir⁹¹.

2. 2017 Anayasa Değişiklik Kanununda Hukuk Devleti ile Bağdaşmayan Düzenlemeler

Değişiklik kanununda ilk dikkati çeken husus, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı birtakım düzenlemelerin varlığıdır. Kuvvetler ayrılığına uygun bir hükümet sisteminin tanzim edilmesi, siyasi iktidarın faaliyetlerin sınırlandırılması, denetlenmesi ve dengelenmesi açısından büyük önem arz eder. Herhangi bir hükümet sistemini seçmenin bir ülkenin gelişmişlik veya demokrasi düzeyiyle doğ-

⁸⁹ Sevtap Yokuş, 'Türkiye'de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri', (2017) 6 (12) Anayasa Hukuku Dergisi, 675-676.

⁹⁰ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), (n 78) 6-7.

⁹¹ Gözler (n 80) 113 vd.

rudan bir ilgisi yoktur. Önemli olan tercih edilen hükümet sisteminin yetki ve buna paralel olan sorumluluk mekanizmalarının bir bütün olarak tercih edilmesidir.

Hükümet sisteminde parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçilecek olması, esasen kuvvetler ayrılığına ve siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yarayan bir değişikliktir. Çünkü parlamenter sistem, kuvvetlerin yumuşak bir şekilde ayrımına dayanırken, başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığı prensibine dayanmaktadır. Normal koşullarda parlamenter sistemde yürütmenin başı olan başbakan, başkanlık sistemindeki başkandan daha kuvvetlidir. Çünkü hükümetin kurulabilmesi ancak meclis çoğunluğunun sağlanmasına bağlı olduğundan, başbakan aynı zamanda yasama organı üzerinde de bir güç sahibi olacaktır⁹². Fakat cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi uygulamasında böyle olmamıştır.

Sert kuvvetler ayrılığı prensibine göre kurgulanan bir sisteme geçildikten sonra parlamenter sistemdeki meclisin denetim araçları yeni sisteme aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple yeni sistemin bir gereği olarak gensoru kaldırılmış, meclis soruşturmasının kapsamı cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlarla sınırlanmış, cumhurbaşkanı meclis soruşturmasının dışında tutulmuştur.

Meclisin kaybettiği bu denetim araçlarına karşılık, “Cumhurbaşkanının Ceza Sorumluluğu” başlıklı 105. madde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, cumhurbaşkanı hangi suçtan olursa olsun, Meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği bir önergeye göre yargılanabilmektedir. Fakat soruşturma kararının verilebilmesi için Meclisin üye tamsayısının beşte üçünün oyu gerekmektedir. Bu şekildeki nitelikli çoğunlukları sağlayabilmek oldukça zordur. Kaldı ki yürütme ile yasama organının aynı siyasi eğilimi taşıdıkları durumda Meclisin yürütmeyi denetleme araçları tamamen işlevsiz kalacaktır.

Anayasa'nın 77. maddesinde yapılan değişiklikle TBMM milletvekilleri seçimi ile cumhurbaşkanının seçiminin aynı günde yapılması kararlaştırılmıştır. Bu seçimler ABD'de farklı zamanlarda yapılmaktadır. Bunun nedeni, seçmenin tesir altında kalıp yasama meclisini ve başkanı aynı siyasi eğilimlere sahip kişilerden seçme zorunluluğu duymamasıdır. Türkiye'de başkan ve yasama organının farklı siyasi görüşlerden oluşması, sistemin sağlıklı işleminin önünde bir engel olarak görülüp bu sebeple böyle bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Bu fikir esasen isabetlidir. Hakikaten başkanlık sisteminde başkan ve yasama organının

⁹² Atilla Yayla, 'Anayasa Değişiklik Teklifine Kısa Bir Bakış', (2017) 22 (85) Liberal Düşünce Dergisi, 128.

farklı siyasi görüşlerden teşekkül etmesi sistemi tıkayan, sistemin sağlıklı çalışmasını engelleyen bir faktör olabilmektedir. Fakat Türkiye’de “cumhurbaşkanının siyasi parti lideri olabilmesi” ve bunun getirilen değişikliklerle yasaklanmaması, yasamayı fiilen yürütmenin kontrolüne sokacaktır. Bu durumun örnekleri Latin Amerika’nın “başkancı” sistemlerinde sık sık görülmektedir⁹³.

Yasamanın yürütmeye karşı denetleme gücünün zayıfladığı ve yürütme karşısında bir denge unsuru teşkil edemeyeceği görülmektedir. Buna karşılık olarak yürütmenin yasamanın alanına müdahale edebileceği çeşitli ekipmanları bulunmaktadır. Anayasa’nın cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesinde, “Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” denmektedir. Öncelikle neyin yürütme yetkisine ilişkin olduğu belirsizdir. Farklı yorumlara göre, her şey yürütme yetkisine ilişkin olabilir. Bu kararnameler, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamayacaktır. Yine insan haklarına ilişkin bazı konularda kararname düzenlenemeyecektir. Kanun ile kararname çatışırsa kanun hükmü esas alınacaktır. Fakat bu kararnamelerin hangi organ tarafından geçersiz ve hükümsüz sayılacağı konusunda bir hüküm yoktur⁹⁴. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılmasında herhangi bir yetki kanununa veya meclisin onayına yer verilmemiştir.

Kararnameler ile düzenlenecek alan oldukça geniş bir şekilde tayin edilmiştir. Üst kademe yöneticilerin atanması, görevlerine son verilmesi, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapıları, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süreleri, Milli Güvenlik Kurulu’nun görevleri gibi oldukça geniş bir alanın kararnameler ile düzenlenmesi mümkündür. ABD’deki sistemden farklı olarak üst kademe yöneticilerin atanması ve görevden alınması da dâhil bu süreçlerin hiçbirinde yasama meclisi söz sahibi değildir. Kararnamelerin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş fakat bu durum pek çok sorunu beraberinde getirmiştir. Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyeceğinden iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar kararname hukuken geçerli olmaya devam edecektir. Olağanüstü hâl dönemi kararnameleri ise olağan dönem kararnamelerinin bu sınırlı yargısal denetiminden bile

⁹³ İlyas Doğan, ‘Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliklerinin İrdelenmesi’, (eds), İlyas Doğan ve Serdar Ünver, *Dört Kitada Başkanlık Sistemi*, (1. Baskı, Astana Yayınları 2017) 25.

⁹⁴ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), (n 78) 19-20.

bağışiktır⁹⁵. Bu dönemde çıkarılan kararnemelerin insan hakları ile ilgili konular da dâhil olmak üzere konu bakımından da hiçbir sınırı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu değişiklik neticesinde yürütme, yasamaya karşı çok kuvvetli bir kararname silahı elde etmiş durumdadır.

Cumhurbaşkanı, kararneme gücünün yanında, yasama organının çıkardığı kanunları veto etme yetkisine de sahiptir. Bu her ne kadar mutlak bir veto olmasa da veto edilen kanunun Meclise gönderildiğinde Meclisçe yeniden kabul edilebilmesi için meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun kabulü gerekmektedir. Eski düzenlemede ise, “toplantıya katılanların salt çoğunluğu”nun kabulü yeterli görülmekteydi. Bu durumda eski sistemdeki geciktirici veto yetkisinin güçleştirici vetoya dönüştürüldüğü söylenebilecektir⁹⁶.

Değişiklik Kanunu ile Anayasa’nın 116. maddesinde, Cumhurbaşkanına seçimleri yenileme yetkisi de verilmiştir. Bu da normal şartlarda başkanlık sisteminde olmaması gereken bir düzenlemedir. Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisine karşılık olarak meclisin de seçimleri yenileyebilmesi mümkündür. Fakat bu durumda da bir dengesizlik göze çarpmaktadır. Cumhurbaşkanının seçimleri yenileyebilmesi hiçbir şarta bağlı değilken, Meclis ancak üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimleri yenileyebilmektedir. Fakat Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis seçimleri yenilerse aynı Cumhurbaşkanı tekrar aday olabilecektir. Bu hükmün bir kişinin ancak iki kere Cumhurbaşkanı olabileceği şeklindeki anayasa hükmünü dolaşmaya imkân sağlama tehlikesi de söz konusudur.

ABD’de uygulanan sistemde bütçe kanunu, yasama meclisi ve başkan arasında bir denge unsuru olarak tanzim edilmiştir. Buna göre bütçe kanununu kongre hazırlamakta ve bütçe kanununu mutlaka bir kongre üyesi sunmaktadır. Türkiye’deki düzenlemede ise, bu denge unsuru da kaldırılmış, 161. madde ile Cumhurbaşkanına, TBMM’ye bütçe kanunu teklifi sunma yetkisi verilmiştir. Bu bütçe kanunu, süresinde yürürlüğe konamazsa, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Bu da olmazsa yeni bütçe kabul edilinceye kadar geçmiş yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek uygulanır. Bu maddede bütçe kanununu TBMM’nin reddetmesinin sonuçları da düzenlenmemiştir. Yani Cumhurbaşkanı nihayetinde önceki yılın bütçesini değerlendirilerek uygulanır. Bu maddede bütçe kanununu TBMM’nin reddetmesinin sonuçları da düzenlenmemiştir. Yani Cumhurbaşkanı nihayetinde önceki yılın bütçesini değerlendirilerek uygulanır.

⁹⁵ Ekrem Ali Akartürk, ‘2017 Anayasa Değişikliğinin “Parlamentosuzlaştırmaya” Etkisi Üzerine’, (2020) XVII (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11-13.

⁹⁶ Bayram Doğan ve Ali Fuat Geyik, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi’, (2020) 10 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35.

leceği üzere cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bütçe kanununun TBMM'nin yürütmeye karşı elini güçlendirmesi açısından hiçbir önemi yoktur.

Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde güçlü ve bağımsız yargı son derece önemli bir rol üstlenmektedir. Ancak 2017 Anayasa değişikliği, yargının bu gücünü kırarak düzenlemeler içermektedir. Söz gelimi Hâkimler ve Savcılar Kurulunun, on üç üyesinden altısını artık "partili cumhurbaşkanı" atayacaktır. Üyelerden biri, Adalet Bakanı, aynı zamanda kurula başkanlık edecektir. Adalet Bakanı'nın yardımcısı kurulun tabii üyesidir. Kurulun, kalan yedi üyesini de seçimlerin eş zamanlı yapılmasından mütevellit kuvvetle muhtemel aynı siyasi eğilimi taşıyan meclis seçecektir. Kurulun hâkim ve savcılarla alakalı tayin, terfi, ceza gibi pek çok işlevi yerine getirdiği düşünüldüğünde cumhurbaşkanının bu kurul üzerinde kontrol yetkisine sahip olması yargıya da ciddi şekilde etki edecektir⁹⁷.

Öte yandan 2017 öncesinde on yedi üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi üyelerinden on dört tanesi Cumhurbaşkanı tarafından atanırken, 2017 değişikliği sonrasında üye sayısı on beşe düşürülen mahkemenin, on iki üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması kararlaştırılmıştır. Her iki durumda da kalan üç üye Meclis tarafından seçilmektedir. Yapılan atamaların hiçbiri Meclisin onayına veya denetimine de tabi değildir. Bu durum, yargının da yürütmenin etkisi ve dolaylı yoldan kontrolüne girmesine neden olacaktır.

Sonuç

15 Temmuz 2016'da gerçekleştirilen askeri darbe teşebbüsünün ardından Türkiye'de olağanüstü hâl rejimine geçilmiştir. Bu olağanüstü hâl dönemi Meclis tarafından uzatılmış ve bu süreçte anayasa değişiklik kanunu hazırlanarak yine olağanüstü hâl koşullarında yapılan bir referandum neticesinde kabul edilmiştir.

Türkiye'nin hükümet sistemini de değiştiren bu anayasa değişikliği, olağanüstü hâl rejiminde yapıldığı için içeriğine bakılmaksızın hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. İçeriğinde ise hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı gibi iktidarı sınırlayan anayasal faktörlere pek çok aykırılıklar taşımaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi adı altında denge ve denetim mekanizmalarını aşındırılan ve daha çok Güney Amerika tipine benzeyen bu yeni başkanlık sisteminde yasa-

⁹⁷ Akartürk (n 95) 8.

manın ve parlamentonun yetki ve denetimi kısılmış, yargı organları neredeyse tamamen yürütmenin kontrol ve baskısı altına girmiş, bunlara karşılık olarak yürütme ise son derece yüksek ve denetlenemez bir yetkiyle donatılmıştır. Bu değişiklik kanunuyla, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı gibi mekanizmalar güçsüzleştirilmiş ve temelde bir kuvvetler birliği sistemi inşa edilmiştir⁹⁸.

Bu durumda 2017 Anayasa değişikliğinin 2010 yılına kadarki demokratik kazanımlara da zarar verdiğini söylemek mümkündür. 2017 değişikliği Anayasa'yı askeri vesayetten kurtarmak isterken bütün anayasal kuruluşları yürütme organının vesayet, denetim ve kontrolüne göre kurgulamıştır. Böyle bir sistemde siyasi iktidarı sınırlandıran demokratik vasıtaların da son derece cılız ve kâğıt üstünde geçerli olacaklarını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yeni hükümet sisteminin bu düzeyde otokratik bir işlev görmesini engellemek için bazı düzenlemelerin yapılması elzemdir. Bu düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir:

- 1- Cumhurbaşkanının, aynı zamanda bir siyasi parti üyesi olması yasaklanmalıdır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini savunan bazı görüşlere göre, devlet başkanının siyasi parti üyesi olamayacağına dair herhangi bir prensip yoktur. Devlet başkanının halk tarafından seçildiği sistemlerde başkanın siyasi parti üyesi olması sistemin doğası gereğidir. Hatta bu görüşlere göre, devlet başkanının siyasi parti üyesi olamayacağına dair düşünce, darbeci kurucu iktidarların bir toplum mühendisliğidir⁹⁹. Fakat bir sert kuvvetler ayrılığı sisteminde "partili cumhurbaşkanı" sistemin özüne aykırıdır. Bu konuda Kemal Gözler şu haklı soruyu sormaktadır: "*Öğlene kadar bir siyasi partinin kongresinde nutuk atan, delegelerden oy isteyen bir Cumhurbaşkanının, öğleden sonra, yüksek hâkim ataması, genelkurmay başkanını ataması, rektör ataması, bu görevlilerin tarafsızlığıyla ne derece bağdaşır?*"¹⁰⁰ Bu durumda, Cumhurbaşkanının tarafsızlığı daha çok ön plana çıkacak, yasama meclisi üzerindeki kontrol ve baskısı zayıflayacak ve böylelikle sert kuvvetler ayrılığı daha doğru bir şekilde tesis edilebilecektir.
- 2- Cumhurbaşkanlığı ve TBMM seçimleri farklı zamanlarda yapılmalıdır. ABD'deki sistemde bu seçimler farklı zamanlarda yapılmaktadır. Seçimlerin

⁹⁸ Doğan (n 93) 43-44.

⁹⁹ Ahmet İyimaya, 'Anayasa Değişikliği Ekseninde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (Anatomik ve Diyalektik Bir Yaklaşım)', (2017) 23 (94) Yeni Türkiye Dergisi, 81.

¹⁰⁰ Gözler (n 80) 69.

aynı zamanda yapılması, yasama ve yürütmenin benzer siyasi eğilimler taşımasına ve demokrasinin zarar görmesine neden olmaktadır. Bunun nedeni, seçmenin tesir altında kalıp yasama meclisini ve başkanı aynı siyasi eğilimlere sahip kişilerden seçme zorunluluğu duymasıdır. Seçimler mutlaka birbirinden ayrılmalıdır. Söz gelimi, Cumhurbaşkanının görev süresi 4 yıla indirilebilir, böylelikle seçimler yirmi yılda bir çakişacaktır. Veyahut da iki seçim dönemi arasına en az 6 ay olacak şekilde bir süre konabilir.

- 3- Cumhurbaşkanı yardımcısını da halk seçmelidir. Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanı tarafından hiçbir organın, denetim ve onayına bağlı olmadan atanmaktadır. Mevcut sistemde bazı durumlarda Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcısı vekalet etmektedir. Söz gelimi, Milli Güvenlik Kurulu'na Cumhurbaşkanı katılmadığı durumlarda Cumhurbaşkanı yardımcısı MGK'ya başkanlık yapmaktadır. Aynı zamanda Cumhurbaşkanı katılmadığı ya da görevlendirdiği takdirde, Yüksek Askerî Şûra toplantılarına da Cumhurbaşkanı yardımcısı başkanlık etmektedir¹⁰¹. Bu iki örnek, Cumhurbaşkanı yardımcısının sahip olduğu önemli yetkilerden birkaçıdır. Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanının yokluğu durumunda Cumhurbaşkanı yetkilerine hiçbir denetim olmadan sahip olması büyük bir demokratik meşruiyet sorunudur.
- 4- Cumhurbaşkanının TBMM'nin seçimlerinin yenilenmesine karar verebilmesi usulü kaldırılmalıdır. Başkanlık sistemini parlamenter sistemden ayıran en önemli özelliklerden biri, yasama ve yürütmenin bağımsız bir halde düzenlenmiş olmasıdır. Yani yasama meclisi veya başkan birbirini görevden alamaz, görev sürelerine müdahale edemez. Bu durum, halk nazarında yönetimde istikrar ve seçimler hakkında bir öngörü sağlamaktadır. Bununla birlikte mevcut düzenleme karşılıklılık ilkesine de aykırıdır. Seçimlerin yenilenmesinde Cumhurbaşkanı bağlayıcı hiçbir şarta yer verilmemiştir. Fakat Meclis'in seçimleri yenileyebilmesi için, 360 üyenin oyuna ihtiyacı vardır. Cumhurbaşkanının üye olduğu siyasi partinin Meclis'te çoğunluğu sağlaması durumunda Meclis'in bu kararı alması neredeyse imkansızdır¹⁰². Bu da mekanizmanın demokratik niteliğine gölge düşürmektedir.

¹⁰¹ Fatih Kırışık ve Kübra Öztürk, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcısı Sayısı Sorunu: Bir Model Önerisi', (2022) (71) Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 206.

¹⁰² Vahap Coşkun, '16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi', (2017) 22 (36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24-25.

- 5- Cumhurbaşkanının bütçe kanun teklifi verebilmesi yetkisi kaldırılmalıdır. ABD'deki sistemde bütçe kanununu mutlaka bir kongre üyesinin vermesi gerekmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nde, meclisin bütçeyi onaylamama gibi bir şansı yoktur. Bütçe kanunu zamanında yürürlüğe girmezse, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Bu da olmazsa, bir önceki senenin bütçesi yeniden değerlendirilme oranına göre düzenlenir ve yürürlüğe girer. Dolayısıyla sistem bütçenin hazırlanması açısından oldukça sorunludur.¹⁰³. Halbuki bütçenin kabul edilmesi, başkanlık sisteminde yasama meclisinin en önemli yetkilerinden biridir. Bunu meclisin elinden almak, denge ve denetleme mekanizmalarını Cumhurbaşkanı lehine bozacaktır.
- 6- Cumhurbaşkanının kanunları veto yetkisi yeni düzenlemeyle bir güçleştirici vetoya dönüştürülmüştür. Şöyle ki, Cumhurbaşkanının tekrar görüşülmek üzere Meclis'e gönderdiği bir yasa, Meclis ancak üye tam sayısının salt çoğunluğunu sağlayabilirse kabul edebilmektedir. Bu durumda Cumhurbaşkanı, TBMM'nin temel işlevi olan yasa yapma yetkisinin önüne geçmekte ve doğrudan yasamaya müdahale etme hakkına kavuşmaktadır. Böylelikle dolaylı olarak kanun yapma sürecini kontrol altına almaktadır¹⁰⁴. Yasama meclisinin etkin olabilmesi ve devletin kararname rejimiyle yönetilmemesi için bu veto geciktirici vetoya dönüştürülmelidir.
- 7- Cumhurbaşkanının görev süresiyle ilgili belirsizlik ortadan kaldırılmalı, sınırları belirli bir görev süresi tayin edilmelidir. Mevcut düzenlemede, Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak belirlenmiş olup aynı kişinin tekrar Cumhurbaşkanı seçilmesi mümkündür. Yani toplamda Cumhurbaşkanının iki kez seçilmesi halinde on yıllık görev süresi söz konusudur. Fakat Cumhurbaşkanı tekrar seçileceğine güvenerek görev süresinin dördüncü yılında seçimleri yenilerse, görev süresini on dört yıla çıkarabilmektedir¹⁰⁵. Bu durumda aynı kişinin üçüncü dönem başkanlık yapması mümkün olmaktadır.

¹⁰³ Bülent Kaya, 'Cumhurbaşkanlık Hükümet Sistemi', (ed), Ömer Osmanoğlu, *Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları*, (Demokrasiyi Güçlendirme Derneği Yayınları, 2022) 311.

¹⁰⁴ Serap Yazıcı, 'Türkiye'nin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tecrübesi', 23, <<https://www.ankaraenstitusu.org/turkiyenin-cumhurbaskanligi-hukümet-sistemi-tecrubesi/>> Erişim Tarihi 09 Eylül 2024.

¹⁰⁵ Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Üzerine Teknik Bilimsel Rapor", 5. <<https://anayasader.org/turkiye-cumhuriyeti-anayasasinda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-teklifi/>> Erişim Tarihi 09 Mart 2024.

- 8- Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin seçimindeki yürütme baskısı azaltılmalı, en azından Adalet Bakanı yardımcısı kuruldan çıkarılmalıdır. ABD’de yüksek yargı üyeleri başkan tarafından atanmaktadır. Fakat başkanın atadığı üyeleri senatonun onaylaması şarttır. Eğer senato onay vermezse başkan, bu atamayı gerçekleştiremez. Güney Amerika başkanlıklarının pek çoğunda yüksek yargı üyelerini meclis atamaktadır. Bu durumda meclis, atamaları ancak nitelikli çoğunlukla yapabilmektedir. İlginç bir örnek olarak Dominik Cumhuriyeti verilebilir. Burada yüksek yargı mensupları, “Yüksek Yargı Konseyi” adı verilen bir kurul tarafından atanmaktadır¹⁰⁶. Dünyada, herhangi bir mercinin onayı, izni veya denetimi olmadan iktidarın, yüksek yargı mensuplarını atayabildiği tek ülke Türkiye’dir. Kanaatimizce Türkiye’de yüksek yargı üyelerini TBMM’nin seçmesi kuvvetler ayrılığına daha uygun düşecektir.
- 9- Hâkimler ve Savcılar Kurulu’ndan daha vahim olanı Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçilmesi usulüdür. Yürütmeyi yargısal açıdan denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi’nin 15 üyesinden 12’si yürütme tarafından seçilmektedir. Kalan 3’ü seçimlerin aynı dönemde yapılmasından mütevellit muhtemelen yürütme ile aynı siyasi eğilime sahip yasama meclisi tarafından yapılmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi’nin işlevini ve demokratik meşruiyetini son derece zayıflatmaktadır. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’ne ayrı bir önem verilmeli, üyelerini yasama meclisi dahi seçmemeli, belirli şartlar ve kriterler dahilinde üyeleri, yargı organı kendi içerisinde seçmelidir.

Hükümet sistemleri ile demokrasi arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Demokratik hukuk devleti için önemli olan yargının bağımsızlığıdır. Yargının diğer kuvvetlerden ayrı ve bağımsız olmaması rejimin demokratik hukuk devleti olmadığını gösterir. Önemli olan, hangi hükümet sistemi seçilirse seçilsin, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı gibi siyasi iktidarı sınırlandıran anayasal araçlar ile denge ve denetim mekanizmalarını işlevsel ve etkin olarak inşa edebilmektir. Dolayısıyla mevcut sistemin gözden geçirilerek özgürlükçü demokratik hukuk devletinin inşası için gereken adımların atılması gerekir.

¹⁰⁶ Tolga Şirin, 2017 Anayasa Değişikliğinin Yargı Bağımsızlığı Yönünden Değerlendirilmesi, Anayasa Hukuku Dergisi, 2017, C. 6, S. 11, s. 91-96.

Kaynakça

- Ağaoğulları M A, Köker L, *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, (4. Baskı, İmge Kitabevi 2009).
- Akal C B, *İktidarın Üç Yüzü*, (1. Baskı, Dost Kitabevi 1998).
- Akartürk E A, '2017 Anayasa Değişikliğinin "Parlamentosuzlaştırma" Etkisi Üzerine', (2020) XVII (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-26.
- Aliefendioğlu Y, 'Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı', (1996) 3 Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 72-85.
- Altunbaş A, 'Türklerde Hukuk Devleti Kavramının Tarihsel Gelişimi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Aristoteles, *Politika*, (Mete Tunçay çev, 4. Baskı, Remzi Kitabevi 1993).
- Balta, T B, Kubalı, H N, 'Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı', (1960) 15 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1-10.
- Baş S, 'Hukuk Devleti Olgusunun Türk Anayasalarındaki Yeri (1921-1982)', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü 2006).
- Bayoğlu Ö, 'Türkiye'de Hukuk Devleti'nin Gelişimi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).
- Berle A A, *İktidar*, (Nejat Muallimoğlu çev, Tur Yayınları 1980).
- Coşkun V, '16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi', (2017) 22 (36) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-30.
- Cuhruk, M C, 'Türk Anayasa Mahkemesi', (1987) (4) Anayasa Yargısı Dergisi 5-15.
- Dacey, A V, 'Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar', (eds), Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, (Ali Rıza Çoban çev, Adres Yayınları 2008).
- Doehring K, *Genel Devlet Kuramı*, (Ahmet Mumcu çev, 1. Baskı, İnkılap Kitabevi 2002).
- Doğan B, Geyik A F, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi, (2020) 10 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-46.
- Doğan İ, Ünver S, *Dört Kitada Başkanlık Sistemi*, (1. Baskı, Astana Yayınları 2017).
- Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri*, (Süheyp Derbil çev, İstiklal Matbaacılık 1954).
- Erdoğan M, 'Hukuk Devleti', (2001) 14 (2) İslami Araştırmaları Dergisi 267-270.
- , *Aydınlanma Modernlik ve Liberalizm*, (1. Baskı, Orinon Yayınevi 2006).
- , *Anayasal Demokrasi*, (13. Baskı, Siyasal Kitabevi 2017).
- Ergül T, *Başkanlık Sistemi*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2005).
- Esen S, 2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi, (2016) (4) Ankara Barosu Dergisi 45-73.
- Feyzioğlu T, Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi, (2015) 2 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 50-60.

- Gökcan H T, 'Devlet Yetkilerinin Sınırlandırılması ve 1982 Anayasası', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1991).
- Gönenç L, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2014).
- Gözler K, 'Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Deneme', (2016) (125) Türkiye Günlüğü Dergisi 17-21.
- , *Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler*, (4. Baskı, Ekin Yayınları 2017).
- , *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (11. Baskı, Ekin Yayınları 2019).
- , *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (25. Baskı, Ekin Yayınları 2020).
- Gözübüyük A Ş, *Anayasa Hukuku*, (18. Baskı, Turhan Kitabevi 2011).
- Gül C, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2010).
- Huber E R, 'Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet', Tuğrul Ansay çev, (1970) 27 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27-51.
- İyimaya A, 'Anayasa Değişikliği Ekseninde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi (Anatomik ve Diyalektik Bir Yaklaşım)', (2017) (94) Yeni Türkiye Dergisi 71-89.
- Kapani M, *Kamu Hürriyetleri*, (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993).
- , *Politika Bilimine Giriş*, (56. Baskı, BB101 Yayınları 2017).
- Karayalçın Y, 'Hukukun Üstünlüğü (Kavram - Bazı Problemler)', (ed), Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk Devleti* (Afa Yayınları 1998).
- Kaya B, 'Cumhurbaşkanlık Hükümet Sistemi', (ed), Ömer Osmanoğlu, *Türkiye Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Tartışmaları*, (Demokrasiyi Güçlendirme Derneği Yayınları 2022).
- Keser H, 'Türk Anayasa Yargısında Hukuk Devleti İlkesi', (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005).
- Kırışık F, Öztürk K, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcısı Sayısı Sorunu: Bir Model Önerisi, (2022) (71) Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 198-213.
- Locke J, *Hükümet Üstüne İkinci Tez*, (Aysel Doğan çev, İlyaz İzmir Yayınevi 2013).
- Metin Y, 'Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları', (eds), Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, *Hukuk Devleti, Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal*, (Adres Yayınları 2008).
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Fehmi Baldaş çev, Hiperlink Yayınları, 2014).
- Okandan R G, Devlet İktidarının Tahdidi ve Bu Hususta İleri Sürülen Muhtelif Noktai Nazarlar, (1951) 17 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 3-23.
- , *Amme Hukukumuzun Anahatları*, (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1971).
- Ökçesiz H, *Hukuk Devleti*, (1. Baskı, Afa Yayınları 1998).

- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, (19. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Özçelik A S, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri C 1*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).
- Özer S, 'Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasalarında Kuvvetler Ayrılığı, Hükümet Sistemleri ile İktidarın Sınırlandırılması Problemi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Russell B, *İktidar*, (Mete Ergin çev, 1. Baskı, Cem Yayınevi 1990).
- Sağlam F, 'AKP'nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler', (2010) XXXIV (267) Mülkiye Dergisi sayfa sayısı 15-46.
- Savcı B, 'Siyasi İktidarı Hukukla Bağlama Çabasının Geçirdiği Seyir', (1957) 12 (4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 65-127.
- Soysal M, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, (11. Baskı, Gerçek Yayınevi 1997).
- Şahin A, 'Siyasal Düşünceler Tarihinde 'Sınırlı Devlet' Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme', (2011) 15 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 311-362.
- Tanilli S, *Devlet ve Demokrasi*, (7. Baskı, Cem Yayınevi 1993).
- Tanör B, *İki Anayasa 1961-1982*, (3. Baskı, Beta Yayınları 1994).
- Tanör B, Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, (18. Baskı, Beta Yayınları 2018).
- Tanrıseven M, 'Hukuk Devleti ile Anayasa Yargısı İlişkisi', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2004).
- Uygun O, *Devlet Teorisi*, (7. Baskı On İki Levha Yayınları 2020).
- Yayla A, Anayasa Değişiklik Teklifine Kısa Bir Bakış, (2017) 22 (82) Liberal Düşünce Dergisi 121-136.
- Yazıcı S, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye*, (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2009).
- Yıldız C, 'Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim', (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2017).
- Yokuş S, Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası'nın Evrimi, (2020) 37 (2) Anayasa Yargısı Dergisi 141-176.
- Yokuş S, Türkiye'de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri, (2017) 6 (12) Anayasa Hukuku Dergisi 665-682.
- Zabunoğlu Y K, *Devlet Kudretinin Sınırlanması*, (Ajans Türk Matbaası 1963).

Deprem Afeti Çerçevesinde Hayvanlar ve İdarenin Sorumluluğu^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU^(**)

Öz

6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depremleriyle afet yönetimi ve idarenin bu konudaki sorumluluğu gündem olmuştur. Deprem gibi afetlerden sadece insanlar değil, hayvanlar da ağır şekilde etkilenmiştir. İnsanların temel haklarından olan yaşam hakkı, hayvanlar için de evrensel bir değer olarak kabul edilmiştir. Afet yönetimi, insanların, başlarına gelebilecek afet durumlarını tanımaları, afetlerden haberdar olabilmeleri, afetler meydana geldiğinde etkilenmemeleri ya da en az şekilde etkilenmelerini sağlamak için, afet öncesi hazırlık, planlama, korunma, afet sırası ve sonrasında tespit, müdahale, iyileştirme, yeniden yapılandırma gibi süreçleri içeren hizmetlerdir. Uluslararası eylem planları, özellikle kırılgan ve güçsüz grupların, modern ve bütünlük afeti yönetimlerinde ayrı bir özenle düzenlenmesi öngörülmüştür. İnsanların yükledikleri anlam ne olursa olsun, canlı varlıklar olarak savunmasız ve örgütlenme kabiliyetinden yoksun hayvanların da afetlerde yaşam hakları korunmalı ve refahı sağlanmalıdır. Olağan koşullar bir yana, olağanüstü koşullarda hayvanlar, insanlara muhtaçtır. Her ne kadar 1982 Anayasası hayvanlarla ilgili doğrudan bir düzenleme içermese de uluslararası mevzuatı temel alarak hazırlanmış olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ana mevzuattır. Türk Medeni Kanununa göre hayvanlar bir hakkın öznesi değil, süjesi yani konusu olarak ele alınan, sahiplenilen, ekonomik değeri olan birer eşyadır. Afet yönetimi mevzuatı incelendiğinde hayvanlarla ilgili düzenlemelerin yönetmelik ve plan düzeyinde kaldığı, pratiğe yansımadağı görülmektedir. Hakkın süjesi olarak ele alınan hayvanların deprem gibi afetlerde zarar görmeleri durumunda idarenin sorumluluğu, hayvanın sahipli olup

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 07.06.2024.

Atıf Şekli: Azer Ebru Mutlu, 'Deprem Afeti Çerçevesinde Hayvanlar ve İdarenin Sorumluluğu' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 374.

DOI: 10.52273/sduhfd..1462887.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye.

E-posta: azer.mutlu@inonu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4882-520X>.

olmamasına göre değişmektedir. Sahipsiz hayvanların sorumluluğunu pratik hukukta üstlenen bir merci bulunmamaktadır. Bu çalışma, fikri, idari ve hukuki altyapının oluşturulması adına, hayvanların afet yönetiminde konumunun belirlenmesinde, iyileştirilmesinde ve pratiğe geçirilmesinde yol açmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler

İdarenin Sorumluluğu, Hayvan Hakları, Afetlerde Hayvanlar, Afet Yönetimi, Deprem.

Animals and the Responsibility of the Administration within the Framework of the Earthquake Disaster

Abstract

With the February 6, 2023 Kahramanmaraş earthquakes, disaster management and the administration's responsibility in this regard became a hot topic. Not only humans but also animals have been severely affected by disasters such as earthquakes. The right to life, which is one of the fundamental rights of human beings, is also recognized as a universal value for animals. Disaster management is the services that include processes such as pre-disaster preparation, planning, protection, detection, intervention, improvement, reconstruction during and after disasters in order to ensure that people recognize disaster situations that may happen to them, to be aware of disasters, to ensure that they are not affected or minimally affected when disasters occur. International action plans envisage that particularly vulnerable and powerless groups should be given special attention in modern and integrated disaster management. Regardless of the meaning people give, the right to life of animals, as living creatures that are defenseless and lack the ability to organize, should be protected and their welfare should be ensured in disasters. Ordinary conditions aside, in extraordinary conditions, animals are dependent on humans. Although the 1982 Constitution does not contain a direct regulation regarding animals, the Animal Protection Law No. 5199, which was prepared based on international legislation, is the main legislation. According to the Turkish Civil Code, animals are not the subjects of a right, but rather objects that are considered as subjects, that is, owned, and have economic value. When the disaster management legislation is examined, it is seen that the regulations on animals remain at the level of regulations and plans and are not reflected in practice. In case animals, which are considered as subjects of the right, are damaged in disasters such as earthquakes, the responsibility of the administration varies depending on whether the animal is owned or not. There is no authority that assumes responsibility for stray animals in practical law. This study aims to pave the way in determining, improving and putting into practice the position of animals in disaster management in order to create an intellectual, administrative and legal infrastructure.

Keywords

Responsibility of Administration, Animal Rights, Animals in Disasters, Disaster Management, Earthquake.

Extended Summary

This article provides a comprehensive exploration of the intricate realm of disaster management, with a specific focus on the administration's pivotal role in ensuring the well-being of animals during calamitous events, particularly earthquakes. This article delves into the ethical and legal obligations surrounding the protection and welfare of animals in times of crisis, shedding light on the regulatory framework, practical challenges, and the imperative need for a paradigm shift in disaster management practices. Against the backdrop of the Kahramanmaraş earthquakes that shook the region on February 6, 2023, the discourse surrounding disaster response and the ethical obligations towards animals in times of crisis has gained significant traction.

As seismic waves reverberated through the region during the Kahramanmaraş earthquakes, it became glaringly evident that the repercussions of disasters extend beyond human lives, encompassing the welfare and survival of animals. The article accentuates the intrinsic value of the right to life, a fundamental human right universally acknowledged, as equally applicable to animals. It underscores the interconnectedness of all living beings and the imperative to safeguard the protection and well-being of animals amidst adversities. This raises pertinent ethical considerations regarding the treatment of animals in disaster management, necessitating a reevaluation of existing legal and administrative frameworks to ensure their adequate protection.

The article traverses the legal landscape, notably highlighting the 5199 Animal Protection Law as the cornerstone for animal welfare legislation in Turkey. Despite the existence of legal provisions, a palpable disparity emerges between theoretical constructs and practical implementation, delineating a gap in the efficacious execution of measures aimed at safeguarding animals during disasters, particularly earthquakes. This dissonance underscores the need for a comprehensive legal analysis to identify lacunae in existing laws and propose legislative amendments to address the challenges encountered in protecting animals during disasters.

Central to the narrative is the delineation of the administration's responsibility in mitigating the impact of disasters on animals, contingent on their ownership status. The absence of a designated authority for stray animals further complicates the accountability matrix, underscoring the exigency for a cohesive approach to ensure the welfare of vulnerable animals in crisis situations. This necessitates a critical examination of administrative protocols and the allocation of responsibilities to relevant authorities to effectively address the needs of animals during disasters.

The article serves as a clarion call for the establishment of a robust legal and administrative framework that not only recognizes the intrinsic rights of animals but also translates theoretical constructs into actionable strategies. By honing in on the nexus between animals and disaster management, particularly in earthquake scenarios, the article aims to catalyze conversations and initiatives aimed at fortifying the protection and welfare of animals during exigencies. This entails proposing legislative reforms, administrative guidelines, and capacity-building initiatives to equip authorities with the necessary tools to effectively address animal welfare concerns during disasters.

In essence, the article advocates for a paradigm shift in disaster management practices, advocating for an inclusive approach that integrates animal welfare considerations into the fabric of response and recovery efforts. It champions a narrative of compassion, responsibility, and ethical treatment towards all beings, underscoring the ethos of solidarity and care in the face of adversity. This necessitates a holistic reevaluation of societal and administrative cultures to pivot towards a proactive stance focused on preventive measures rather than reactive responses post-disaster. The discourse extends beyond legal frameworks, urging a holistic reevaluation of societal and administrative cultures to pivot towards a proactive stance focused on preventive measures rather than reactive responses post-disaster.

The article aims to lay the groundwork for developing a comprehensive legal and administrative framework that addresses the position of animals in disaster management, improves their conditions, and translates theoretical concepts into practical measures. By examining the role of animals in disaster management through the lens of earthquakes, the article seeks to prompt discussions and actions towards enhancing the protection and welfare of animals in times of crises.

The article underscores the importance of recognizing and upholding the rights and welfare of animals in disaster management, particularly in earthquake scenarios. It advocates for a holistic approach that integrates animal welfare considerations into disaster response and recovery efforts, aligning with the principles of compassion, responsibility, and ethical treatment of all living beings in the face of adversity.

In conclusion, this article provides a comprehensive legal analysis of the administration's responsibility in disasters, especially earthquakes, with a specific focus on ensuring the well-being of animals. It underscores the ethical imperatives surrounding animal rights in disaster management and advocates for a paradigm shift in existing legal and administrative frameworks to address the challenges encountered in safeguarding animals during crises. By propounding legislative reforms, administrative guidelines, and an inclusive approach to disaster management, this article lays the foundation for concerted efforts aimed at ameliorating the position of animals, especially stray animals, in disaster scenarios. It emphasizes the profound benefits for both animals and humans through concerted efforts aimed at crafting solutions in the realms of positive law.

Giriş

6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depremlerinde, idarenin sorumluluk alanına giren, afet öncesinde, esnasında ve sonrasında afet yönetiminin önemi, Türkiye genelinde çok acı bir şekilde görülmüştür. Bütün Türkiye’de dolaylı da olsa deprem afetinin etkileri maddi ve manevi olarak hissedilmiş ve yaşanmıştır. Yaşanan depremler sonucu elli üç binin üzerinde insan hayatını kaybetmiştir, yıkılanların yanı sıra yüzbinlerce bina ağır hasar almış, milyonlarca insan göç etmek zorunda kalmıştır, milyonlarca insan barınma ihtiyacını evlerinin dışında sürdürmek zorunda kalmıştır. İnsanların yanı sıra afet durumlarında bu afetlerden hayvanların da insanlar kadar, hatta savunmasız ve örgütsüz kaldıkları için insanlardan daha çok etkilendikleri gerçeğiyle de yüzleşilmiştir. İdarenin sorumluluğunda olan afet yönetiminin insanlar kadar diğer canlılar için de planlanmış olması gerekliliği, özellikle 6 Şubat depremleri çerçevesinde ağır bir şekilde tecrübe edilmiştir.

İnsanlar yaşadıkları hayatı ve çevreyi hayvanlarla paylaşmaktadır, paylaşmak da zorundadır. İnsanlar hayvanları ekonomik çıkarları dolayısıyla beslemenin yanı sıra, evcil hayvan olarak yaşam alanlarına dâhil etmiş, bu hayvanları evlerinin, ailesinin bir üyesi olarak benimsemiştir. Bir afet anında kentte, insanların yanı sıra sahipli ve sahipsiz hayvanlar da afete maruz kalırken, kırsalda sahipli ve sahipsiz hayvanların yanı sıra yabani hayvanlar da afete maruz kalabilmektedir. Afet yönetiminde insanlara ayrılan yer kadar hayvanlar içinde yer ayrılması gerekir. Afetler sonucu hayvanlar da kaybolup hayatını kaybederler. Birbirlerine veya insanlara zarar verirler. Bazen yaralanır, aç veya susuz kalırlar. Yerinden edilip hastalık, stres gibi olumsuz durumlara maruz kalırlar¹. Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği’nde² olduğu gibi ve afet ile ilgili benzer mevzuatlarda insanlar için belirtilen hususların aslında hayvanlar için de geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Afet yönetiminde çevre sağlığı, güvenlik, kırılgan grupların sağlığı gibi konular ön plana çıkmaktadır. Her ne kadar bu planlamaların birçoğu insanlar üzerinden yapılırsa da benzer planların hayvanlar üzerinden de yapılması, iyi bir afet yönetim planı için hem gerekli hem de tamamlayıcıdır. Afetlerde çevre sağlığı denildiğinde; gıda, su hijyeni ve altyapı; barınma ve toplanma alanları; atıklar gibi temel ve ortak üç başlıktan söz edilmektedir³. Afetlerde hayvan

¹ Mehtap Kılıç ve Özlem Çakır, ‘Afetlerde Hayvanlar’ (2022) 5 (1) Afet ve Risk Dergisi 330, 331.

² Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, RG 18.12.2013/28855.

³ Feyza Dereli ve Belgin Yıldırım, ‘Afetlerde Çevre Sağlığı’ (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 711, 713.

ölülerinin toplatılması, bu hayvan ölüleriyle temasın engellenmesi, hayvanların kontrolü çevre sağlığı için önemli unsurlar olarak sayılmaktadır ancak bunların temelinde insan sağlığı faktörü başrol oynamaktadır⁴. Afetlerde güvenlik ise Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın insani güvenlik tanımlaması kapsamında değerlendirilir ve bu insani güvenlik; ekonomik, çevresel, kişisel, toplumsal, politik güvenlik, gıda ve sağlık güvenliği olarak sınıflandırılmaktadır. Afetlerde aç kalan sokak hayvanlarının ya da kemirgenlerin, cesetleri ve atıkları yememesi, sokak hayvanlarının kontrol altına alınması gibi tedbirler afetlerde güvenlik tedbiri olarak sayılmaktadır; yine bu önlemlerin alınmasının temelinde insan sağlığı ve güvenliği temel alınmaktadır⁵. Afetlerde kırılğan grupların sağlığı incelendiğindeyse kadınlar, çocuklar ve yaşlılar bu kırılğan gruplarda sayılmakta, bulaşıcı hastalık riskine karşı afet durumlarında başıboş hayvanların ve hayvan ölülerinin kontrol altında tutulmasının kırılğan grupları koruyacağı belirtilmektedir⁶. Görüldüğü üzere afet yönetiminde güvenlik, çevre ve kırılğan grupların sağlığı gibi konular sadece insanlar üzerinden tartışılmakta ancak insanlara zarar verebilme ihtimali varsa hayvanlar afet yönetimine dâhil edilmektedir. Hâlbuki afet yönetimi hayatı paylaştığımız savunmasız hayvanlar üzerinden de planlanmalıdır.

Afetlerde insanların ihtiyaç duyduğu yardıma hayvanlar da ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaçların karşılanmasının temelinde afetlerde hayvanlar için veterinerlik hizmetlerinin de planlanmış olması gerekmektedir. İnsanlarla birlikte hayvanların da afetlerde kurtarılması olanaklarının detaylandırılması gerekmektedir. Örneğin; sahibiyle yaşayan bir ev hayvanının enkaz altında kalması ya da barınağı yıkılmış hayvanların kurtarılması için çözümler üretilmelidir. Bunun yanı sıra hayvanların fiziken zarar görmesi, yaralanması, hastalanması, kaybolması, evsiz kalması, aç ve susuz kalması, çevresel diğer faktörlerden etkilenmesi gibi birçok sorunla karşılaşmaktadır. Afetlerde veterinerlik hizmetleri olarak hayvanların tahliyesi, barınması, sağlık kontrolleri, gıda güvenliği, hayvanlardan insanlara bulaşan hastalıkların önlenmesi ve tedavisi gibi konular gündeme gelmektedir⁷. Hayvanlar için kalıcı barınakların inşası ve geçici barınakların oluşturulması, yem

⁴ Dereli ve Yıldırım (n3) 714.

⁵ Yasin Yıldız ve Büşra Yıldız, 'Afetlerde Güvenlik' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 771, 772.

⁶ Nuriye Nesrin İpekçi, 'Afetlerde Kırılğan Grupların Sağlığı' (2023) 2 (3) Sağlık Bilimleri ve Klinik Araştırmaları Dergisi 147, 151.

⁷ Mümin Alper Erdoğan, 'Afetlerde Veteriner Hizmetleri' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 613, 615.

ve su tedarikinin yapılması, hayvanların tahliyesi, hayvanların izlenmesi ve kayıt altına alınması, tüm bunlar için farkındalık oluşturulması, hayvanlar için yapılması gereken afet yönetimi ve veterinerlik hizmetlerinin temel noktalarıdır⁸. Afet sonrası hayvan arama kurtarma faaliyetleri çerçevesinde de veterinerlik hizmetlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Enkazda kalan hayvanların yanı sıra daha sonra enkaza barınma amacıyla girmiş hayvanlar, ağır hasarlı binalarda mahsur kalmış sahipli hayvanlar gibi arama kurtarma çalışmalarına konu olmuş hayvanlar bulunmaktadır. Hayvanlar konuşamadığı ve komutlara cevap veremedikleri için enkaz altında termal kameralarla tespit edilip⁹, kurtarıldıktan sonra veteriner hekimlere teslim edilmelidir¹⁰. Bunların yanı sıra, özellikle eğitilmiş köpeklerin kendileri de afet anında arama kurtarma çalışmalarına katılmaktadır. Köpeklerin hassas koku alma duyuları sayesinde, afet zamanlarında arama kurtarma veya kadavra arama gibi çalışmalarda insanlara yardım edilmiştir¹¹. Arama kurtarma çalışmalarına yardım edecek bu hayvanlar için de veterinerlik hizmetlerine ihtiyaç vardır. Afetlerde insanlar gibi afetten etkilenen hayvanlar hem yardıma ihtiyaç duymakta hem de insanlara yardım etmektedir. Afetlerde veterinerlik hizmetleri hem hayvan sağlığı hem de insan sağlığı açısından büyük önem arz etmektedir.

Afet yönetiminde hem insanların hem de hayvanların güvenliği, sağlığı, barınması, gıda ve su güvenliği, arama kurtarma, tahliye gibi temel konular hayati derecede gereklidir. Afet yönetimini devlet, yani idare; her bir yurttışı daha doğru bir ifadeyle himayesindeki tüm kırılğan grupları da yönetebilmelidir.

⁸ Erdoğan (n7) 617.

⁹ Aramaların bu şekilde yapılmasının hayvanlar kadar engelli insanlar veya kendini ifade edemeyecek ya da durumu anlayamayacak kadar küçük olan veyahut akli dengesi yerinde olmayan, hasta olan insanlar için de avantajlı olacağı aşikârdır. Bu tarz çalışmaların hem insanlar hem hayvanlar için yürütülmesi gereklidir.

¹⁰ Burcu Can ve Erdi Can, 'Şubat 2023 Türkiye Depremleri Sonrası Afet Bölgesi Hayvan Sağlığı Koordinasyonu Kapsamında Hatay İlinde Yürütülen Çalışmalar ve Afet Yönetiminde Veteriner Hekimliği' (2023) 7 (2) Dirençlilik Dergisi 375, 384-385.

¹¹ "Türkiye genelinde Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) bünyesinde 17 canlı arama, 5 iz takip ve 1 adet ceset arama köpeği yer almaktadır."

Gültekin Yıldız, 'Afetlerde Arama- Kurtarma ve Ceset Arama Köpekleri' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 661, 663. 6 Şubat 2023 depremleri sonrasında uluslararası yardım taleplerine cevap veren Meksika'nın arama kurtarma ekipleriyle beraber Adıyaman'da arama kurtarma çalışmalarına katılan köpek Proteo çalışmalar esnasında ölmüş, Türkiye ve dünya gündeminde yer almıştır. Proteo için ülkesi Meksika da tören düzenlenmiş, Türkiye'de de depremin yıldönümünde anılmıştır. BBC News Türkçe, "Türkiye'de arama kurtarma çalışmaları sırasında ölen Proteo için Meksika'da tören düzenlendi" (17.02.2023), <<https://www.bbc.com/turkce/articles/c7211k983glo>> Erişim Tarihi 08 Şubat 2024.

Kentte veya kırsalda gerçekleşen bir afette, sahipli, sahipsiz ve yabani hayvanlara yardımı yine idare ulaştıracaktır. Afetlerde, hayvanlar da idarenin sorumluluğundadır. İdarenin bu sorumluluğunu ve kapsamını belirleyebilmek için ulusal ve uluslararası mevzuatta hayvan hakları ve hayvanlar için yapılmış mevzuat düzenlemeleri incelenmelidir.

I. Hayvan Hakları, Afet Yönetimi ve Hayvanlar

A. Uluslararası ve Ulusal Mevzuatta Hayvan Hakları

Uluslararası hukukta hayvan haklarına ilişkin bir antlaşma sağlanamamıştır. Gelecekte ihtimal antlaşmalara altyapı sağlaması açısından Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri ile Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri yayımlanmıştır¹². Hayvan Haklarına İlişkin Evrensel Bildiri, 1978 yılında Paris'te bulunan Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) genel merkezinde açıklanmıştır. Hayvan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasına göre "bütün hayvanların insanca gözetilme, bakılma ve korunma hakları vardır". Aynı bildirin 14. maddesine göre "hayvanları koruma ve savunma kuraları, hükümet düzeyinde temsil olunmalıdır. Hayvan hakları da insan hakları gibi yasayla korunmalıdır". Hayvan Refahına İlişkin Evrensel Bildiri ise ilk olarak Londra'da düzenlenen 16-17 Haziran 2000 tarihinde Dünya Hayvan Kongresi'nde açıklanmıştır. Bildiri, özellikle çiftlik hayvanlarının refahı üzerine düzenlemeler getirmiş ve hayvan refahının temeli olarak beş özgürlük tipi belirlemiştir. Bu özgürlükler; açlıktan ve susuzluktan özgürlük, rahatsızlıktan özgürlük, acıdan, yaralanmadan ve hastalıktan özgürlük, normal davranışı ifade etme özgürlüğü, korkudan ve sıkıntıdan özgürlüktür¹³. Türkiye, 2003 yılında Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Karar¹⁴ alarak Sözleşmeye imza atmıştır. Sözleşmenin 3. maddesine göre "hiç kimse bir ev hayvanının, gereksiz acı, sıkıntı veya ızdırap çekmesine sebep olamaz. Hiç kimse bir ev hayvanını terk edemez". Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir". Ayrıca, bu Sözleşmenin imzalanmasından sonra Türkiye'de 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu kabul edilmiştir.

¹² Buse Duru ve Selma Özdan, 'Uluslararası Bildiriler Çerçevesinde Hayvan Hukuku İncelemesi' (2023) 18 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169, 173.

¹³ Duru ve Özdan (n12) 188.

¹⁴ Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar, RG 20.10.2003/25265.

Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda¹⁵ hayvan hakları ve hayvanların korunmasına dair bir ibare bulunmasa da¹⁶ Anayasa'nın "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre "herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir". Anayasa'nın 56. maddesinden dolayı olarak; dengeli, sağlıklı, gelişime açık bir çevrede yaşamak için bu çevreyi paylaştığımız hayvanların da sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasından faydalandırılması gerektiği çıkarılabilir. Anayasa bu sorumluluğu, Türkiye devletine ve vatandaşlarına yüklemiştir.

Türk hukukunda hayvan hakları ve hayvanların korunması hakkında temel mevzuat olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu 1. maddesinde bu Kanunun amacını "hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak" olarak düzenlemektedir. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu¹⁷ 3. maddesinde hayvanları evcil hayvan, sahipsiz hayvan, güçten düşmüş hayvan, yabani hayvan, ev hayvanı, kontrollü hayvan, deney hayvanı ve kesim hayvanı olarak sınıflandırmaktadır. 5199 sayılı Kanun, 3. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde sahipsiz hayvanı "barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanları" olarak tanımlar. Kedi, Köpek ve Gelinciklerin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik¹⁸ 4. maddesinin 1. fıkrasının k bendinde sahipli hayvanı "ev, işyeri, arazi ve benzeri sınırlar içinde gerçek ya da tüzel kişilik tarafından korunulan hayvanlar" olarak tanımlamaktadır. 5199 sayılı Kanun 3. maddesinin 1. fıkrasının h bendinde yabani hayvanı ise "doğada serbest yaşayan evcilleştirilmemiş ve kültüre alınmamış omurgalı ve omurgasız hayvanları" biçiminde nitelemektedir.

¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

¹⁶ Çağrı Çağlar Sinmez, 'Dünyada ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Mevcut Anayasal Konumu' (2022) 11 (1) Harran Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi 51, 54.

¹⁷ Hayvanları Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5199, Kabul Tarihi: 24.06.2004, RG 01.07.2004/25509.

¹⁸ Kedi, Köpek ve Gelinciklerin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik, RG 26.02.2018/30344.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun¹⁹ 768. Maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre sahipsiz duruma gelen hayvanlar şu şekilde belirtilmektedir; “Tutulan av hayvanları, yeniden serbest kalır ve sahipleri onları gecikmeksizin ve ara vermeksizin aramaz ve tekrar tutmak için uğraşmazsa, sahipsiz duruma gelirler. Ehlileştirilmiş hayvanlar tekrar vahşileşir ve sahiplerine dönmezlerse, sahipsiz duruma gelirler.” Türk Medeni Kanunu, ilgili maddelerinden²⁰ de anlaşıldığı üzere hayvanları taşınabilir eşya olarak nitelendirmektedir. 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu²¹ 3. maddesinin 1. fıkrasının 32. bendinde hayvan sahibini “hayvanların mülkiyet hakkını üzerinde bulunduran gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlarken, hayvanları mülkiyete konu bir eşya olarak sınıflandırmaktadır. Temel mevzuattan yola çıkarak afetten etkilenen hayvanlar, sahipli ve sahipsiz hayvanlar olarak sınıflandırılmalıdır. Sahipli hayvanları; ev hayvanları, evcilleştirilmiş hayvanlar, ekonomik amaçlara hizmet eden çiftlik hayvanları olarak genellemek mümkündür. Sahipsiz hayvanlar da yabancı hayvanlar, sokak hayvanları, sahibinin ya da kendisini kontrol eden denetiminden çıkmış ev ya da evcilleştirilmiş hayvan olarak nitelendirilir.

5199 sayılı Kanunun ilkeler başlıklı 4. maddesine göre hayvanların korunmasına ve rahat yaşamalarına ilişkin bazı temel ilkeler şunlardır: “a) Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir. b) Evcil hayvanlar, türüne özgü hayat şartları içinde yaşama özgürlüğüne sahiptir. Sahipsiz hayvanların da, sahipli hayvanlar gibi yaşamları desteklenmelidir. c) Hayvanların korunması, gözetilmesi, bakımı ve kötü muamelelerden uzak tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır. g) Hayvanların korunması ve rahat yaşamalarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır. j) Yerel yönetimler, gönüllü kuruluşlarla iş birliği içerisinde, sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların korunması için hayvan bakımevleri kurarak onların bakımlarını ve tedavilerini sağlar ve eğitim çalışmaları yapar. Ayrıca yerel yönetimler, ilgili karar organının uygun görmesi halinde

¹⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

²⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, “Sürüklenen şeyler ile benzerlerinin alınması” başlıklı 752. maddesi, “Mülkiyetin saklı tutulması” başlıklı 764. maddesi, “Düşen veya sürüklenen şeyler” başlıklı 774. maddesi, intifa hakkından bahseden “Tüketilebilen ve değeri biçilen şeyler” başlıklı 819. maddesi, “hayvanlar üzerinde rehin kurulabileceğini” belirten 940. maddesi. Benzer durum 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Nitelikli hırsızlık” başlıklı 142. maddesinde de mevcuttur.

²¹ Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, Kanun Numarası: 5996, Kabul Tarihi: 11.06.2010, RG 13.06.2010/27610.

hayvan hastanesi kurar.” 5199 sayılı Kanunun “sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanların korunması” başlıklı 6. maddesinin 3. fıkrasına göre “Sahipsiz hayvanların korunması, bakılması ve gözetimi için yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde, yerel yönetimler yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemeler ile çevreye olabilecek olumsuz etkilerini gidermeye yönelik tedbirler, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı ile eşgüdüm sağlanarak, diğer ilgili kuruluşların da görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” 5199 sayılı Kanunun yasaklar başlıklı 14. maddesine göre “Hayvanlarla ilgili yasaklar şunlardır: a) Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek. b) Hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak. c) Hayvan bakımı eğitimi almamış kişilerce ev hayvanı satmak. d) Ev hayvanlarını onaltı yaşından küçüklere satmak. e) Hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan, vücutlarına tedavi maksatlı olmayan müdahalelerde bulunmak. f) Kesim hayvanları ve 4915 sayılı Kanun çerçevesinde avlanmasına ve özel üretim çiftliklerinde kesim hayvanı olarak üretimine izin verilen av hayvanları ile ticarete konu yabani hayvanlar dışındaki hayvanları, et ihtiyacı amacıyla kesip ya da öldürüp piyasaya sürmek. g) Kesim için yetiştirilmiş hayvanlar dışındaki hayvanları ödül, ikramiye ya da prim olarak dağıtmak. h) Tıbbî gerekçeler hariç hayvanlara ya da onların ana karnındaki yavrularına veya havyar üretimi hariç yumurtalarına zarar verebilecek sunî müdahaleler yapmak, yabancı maddeler vermek. ı) Hayvanları hasta, gebelik süresinin 2/3’ünü tamamlamış gebe ve yeni ana iken çalıştırmak, uygun olmayan koşullarda barındırmak. j) Hayvanlara cinsel saldırıda bulunmak veya tecavüz etmek. k) Sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça bir hayvana zor kullanarak yem yedirmek, acı, ıstırap ya da zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler vermek. l) Bakanlıkça belirlenen tehlike arz eden hayvanları üretmek, sahiplenmek, sahiplendirmek, barındırmak, beslemek, takas etmek, sergilemek, hediye etmek ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak. m) Hayvanlara işkence yapmak veya acımasız ve zalimce muamelede bulunmak. n) Ev hayvanını terk etmek.”

5199 sayılı Kanun, “Mahallî Hayvan Koruma Kurulları Teşkilât, Görev ve Sorumluluklar” çerçevesinde İl Hayvanları Koruma Kurulu’nu kurmuştur. 5199 sayılı Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrasına göre Kurul, “valinin başkanlığında, sadece hayvanların korunması ve mevcut sorunlar ile çözümlerine yönelik olmak üzere toplanır.” 5199 sayılı Kanunun “İl Hayvanları Koruma Kurulunun görevleri” başlıklı 16. maddesine göre “Hayvanları koruma kurulu münhasıran

hayvanların korunması, sorunların tespiti ve çözümlerini karara bağlamak üzere; a) Hayvanların korunması ve kullanılmasında onların yasal temsilciliği niteliği ile bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek, b) İl sınırları içinde hayvanların korunmasına ilişkin sorunları belirleyip, koruma sorunlarının çözüm tekliflerini içeren yıllık, beş yıllık ve on yıllık plân ve projeler yapmak, yıllık hedef raporları hazırlayıp Tarım ve Orman Bakanlığının uygun görüşüne sunmak, Bakanlığın olumlu görüşünü alarak hayvanların korunması amacıyla her türlü önlemi almak, c) Hazırlanan uygulama programlarının uygulanmasını sağlamak ve sonuçtan Bakanlığa bilgi vermek, d) Hayvanların korunması ile ilgili olarak çeşitli kişi, kurum ve kuruluşların il düzeyindeki faaliyetlerini izlemek, yönlendirmek ve bu konuda gerekli eşgüdümü sağlamak, h) Kanunda belirtilen faaliyet ve görevleri yerel yönetimler ve tarım ve orman il müdürlükleri ile eşgüdüm sağlayarak yaptırmak ile görevli ve yükümlüdür.”

Ayrıca, 5199 sayılı Kanunun 17. maddesinin 3. fıkrasına göre “yerel yönetimler, ev hayvanları ile sahihsiz hayvanların kayıt altına alınması ile ilgili işlemleri yapmakla yükümlüdür.” Kanunun geçici 4. maddesinin 3. fıkrası “kedi ve köpek sahipleri, hayvanlarını dijital kimliklendirme yöntemleriyle kayıt altına alması zorunluluğunu” düzenlemiştir. Kedi, Köpek ve Gelinciklerin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik, 1. maddesinde bu Yönetmeliğin amacını “hastalıklarının daha etkin kontrolünü sağlamak amacıyla, sahipli köpek, kedi ve gelinciklerin kimliklendirilerek elektronik ortam da dâhil olmak üzere kayıtlarının düzenli tutulması ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir” şeklinde düzenler. Yönetmelik, temel yetki ve sorumluluğu Tarım ve Orman Bakanlığı’na vermiştir. Ev hayvanları ve sahihsiz hayvanların kimliklendirilmelerinde yerel yönetimler ve Tarım ve Orman Bakanlığı yetkilendirilmiştir. Ekonomik amaçlara hizmet eden çiftlik hayvanlarının kayıt ve kimliklendirilmesi ise 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre “hayvan sahipleri ya da hayvan sahibi adına bakıcısı” tarafından, Tarım ve Orman Bakanlığının ilgili birimine yapılmalı, Bakanlık ise kayıtlı hayvanın takibini yapmalıdır. 5996 sayılı Kanun gereği, koyun, keçi türü küçükbaş²², sığır cinsi büyükbaş²³, arı kolonileri²⁴, kanatlı hayvanlar, ipek börekçiliği gibi hayvanlar ekonomik değeri

²² Koyun ve Keçi Türü Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği, RG 02.12.2011/28130.

²³ Sığır Cinsi Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği, RG 02.12.2011/28130.

²⁴ Arı Kolonilerinin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik, RG 22.04.2022/31817.

olan ve ekonomiye katkı sunan hayvanlardır. Bu hayvanların Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından kayıtlarının tutulması, kimliklendirilmesi ve bu hayvanlara veteriner hizmetlerinin götürülmesi gerekmektedir.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 17. maddesinin 1. fıkrasına göre “bu kanun hükümlerine uyulup uyulmadığının denetlenme yetkisini” Tarım ve Orman Bakanlığına vermiştir. Bakanlık bu yetkisini mahallin en büyük mülki amirine de devredebilir. Kanun 19. maddesinin 1. fıkrasına göre hayvanların korunmasının desteklenmesi için mali destek sağlanmasını ve bütçeye konulmasını öngörmüştür. 7332 sayılı Kanunla²⁵ 5199 sayılı Kanuna 1. ek maddesinin 1. fıkrasına göre belediyelerin sorumluluğu “Büyükşehir belediyeleri, il belediyeleri ve nüfusu yirmi beş bini aşan büyükşehir ilçe belediyeleri ile diğer belediyeler, sahipsiz veya güçten düşmüş ya da tehlike arz eden hayvanların korunması ve bakımının yapılması ile rehabilitasyonunun sağlanması amacıyla hayvan bakımevleri kurar” şeklinde belirlenmiştir. 5199 sayılı Kanunun geçici 4. maddesinin 1. fıkrasına göre “Büyükşehir belediyeleri, il belediyeleri ve nüfusu yetmiş beş bini aşan belediyeler 31/12/2022, diğer belediyeler ise 31/12/2024 tarihine kadar ek 1’inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen hayvan bakımevlerini kurmakla yükümlüdür.” 5199 sayılı Kanun, özellikle sahipsiz ve güçten düşmüş hayvanlar için, olağan dönem koşullarında hayvan bakımevlerinin kurulması ve işletilmesini yerel yönetimler için zorunlu hale getirmiştir²⁶.

B. Uluslararası ve Ulusal Mevzuatta Afet Yönetimi ve Hayvanlar

1970 ve 1980’lerde afet yönetiminin afete müdahale olarak anlaşıldığı görülmektedir. 1990’lardan sonra afet yönetiminin afet öncesinden başlayarak

²⁵ Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7332, Kabul Tarihi: 09.07.2021, RG 14.07.2021/31541.

²⁶ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği bu Yönetmeliğin amaçlarından bazılarını şöyle sıralar: “*Sahipsiz hayvanların toplanması, toplatılması, sağlık bakımlarının yapılması, kısırlaştırılması, açılması, ve alındıkları ortama geri bırakılmasına karar verilenlerin kimliklendirilerek bırakılması, geçici hayvan bakımevlerinin çalışma usul ve esasları ile yerel yönetimlerin ve yerel hayvan koruma görevlilerinin görev ve sorumluluklarına ilişkin düzenlemeleri yapmaya ve sahipsiz hayvanların çevreye verebilecek olumsuz etkileri gidermeye yönelik alınacak tedbirleri; Hayvanların korunması amacıyla geçici bakımevleri ve hastanelerin kurulması, bu yerlerde bakım, rehabilitasyon, açılma ve kısırlaştırma gibi faaliyetlerin desteklenmesi için diğer ilgili kurum ve kuruluşlara mali destek sağlamak üzere Bakanlık bütçesine konulan ödeneğin kullanımına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*” Yönetmelik sorumlu idareleri yerel yönetimler ve Tarım ve Orman Bakanlığı olarak belirlemiştir. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, <<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=10300&MevzuatTertip=5>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

yürütülmesi gerektiği anlayışı gelişmiş; risk azaltma politikaları öne çıkmaya başlamıştır²⁷. Birleşmiş Milletler, 1990-2000 yıllarını “Doğal Afet Etkilerini Azaltma On Yılı” olarak ilan etmiştir. 1994 yılında düzenlenen Uluslararası Yokohama Doğal Afet Zararlarının Azaltılması Konferansı’nda afetlerle mücadelede “Daha Güvenli Bir Dünya için Yokohama Stratejisi ve Eylem Planı” oluşturulmuştur. Japonya’nın Kobe kentinde düzenlenen II. Afetlerin Azaltılması Dünya Konferansı 2005 ve 2015 yılları arası afet planı Hyogo Çerçeve Eylem Planı hazırlanmış BM ve üye 168 ülke tarafından benimsenmiştir. Japonya’nın Sendai kentinde düzenlenen 2015 sonrası, 2015 ve 2030 yılları arası afet risklerinin azaltılmasını konu alan Sendai Çerçevesi²⁸, BM Afet Risklerinin Azaltılması Üçüncü Dünya Konferansı’nda kabul edilmiştir. Sendai Çerçevesi, Hyogo Çerçeve Eylem Planı ile belirlenmiş on yıllık hedeflerin uzatılarak on beş yıl daha planlanmasını amaçlamıştır. Sendai Çerçevesinde, genel olarak şu dört hedef belirlenmiş ve planlanmıştır: “Afet risklerin anlaşılması, Afet riskleri ile başa çıkabilmek için yönetimin güçlenmesi, Afetlerden hızlı geri dönüş (iyileşme) için afet risk azaltmaya yatırımlar, Etkin müdahale, yeniden yapılanma, iyileştirme ve kurtarma faaliyetlerinin daha iyisinin yapılması için afetlere hazırlıklı olmanın geliştirilmesi²⁹.”

Sendai Çerçevesi, “geçim kaynakları ve üretken varlıkların korunması” hedefiyle besi hayvanlarıyla ilgili olarak küresel ve bölgesel seviyede planlama yapılması gerekliliğini vurgulamıştır. Sendai Çerçevesi 30. maddesinin p bendinde “besi hayvanları, üretim aletleri ve tohumlar da dâhil olmak üzere, geçim kaynaklarının ve üretken varlıkların korunmasını güçlendirmek”; 31. maddesinin f bendinde “besi hayvanları, üretim aletleri ve tohumlar da dâhil olmak üzere, üretken varlıkların korunması için iş birliğini teşvik etmek ve kapasite güçlendirmelerini desteklemek” hedeflerini, “dirençlilik için afet risk azaltmaya yatırım yapmak” eylemi olarak sıralamıştır. Sendai Çerçevesi 7. maddesine göre “afet riskine karşı daha kapsamlı ve daha insan merkezli bir önleyici yaklaşım

²⁷ Türkiye Afet Risk Azaltma Planı (TARAP, 2022 - 2030), Türkiye İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <<https://www.afad.gov.tr/turkiye-afet-risk-azaltma-planı-tarap>> Erişim Tarihi 02 Haziran 2024. “Sendai Çerçeve Belgesi öncelikleri de göz önünde bulundurularak TARAP’ a temel dayanak teşkil eden stratejik amaçlar belirlendiği” TARAP’ın 31. sayfasında belirtilmiştir.

²⁸ Sendai Afet Risk Azaltma Çerçevesi (2015 - 2030), Birleşmiş Milletler Afet Risk Azaltma Ofisi, <https://uclg-mewa.org/uploads/file/748e86d91ae4409e9188794ddb6c004d/Sendai_TR.pdf> Erişim Tarihi 02 Haziran 2024.

²⁹ İrfan Macit, ‘Bütünleşik Afet Yönetiminde Sendai Çerçeve Eylem Planının Beklenen Etkisi’ (2019) 5(1) Doğal Afetler ve Çevre Dergisi 175, 181.

gereklidir.” Sendai çerçevesi, besi hayvanlarının geçim kaynağı ve üretken varlıklar olarak korunması dışında hayvanlarla ilgili bir hedef koymamıştır.

Uluslararası düzeyde hayvan hakları ve hayvanların korunması hakkında temel mevzuatta ve afet yönetimi mevzuatında afette hayvanlarla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde, ulusal düzeyde de doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda genel afet mevzuatı ve deprem çerçevesinde deprem mevzuatı incelendiğinde, afet durumunda insanların hayatını olumsuz etkilememesine yönelik bazı düzenlemeler dışında, hayvanların kendi refahına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. 7126 sayılı Sivil Savunma Kanunu³⁰ 1. maddesinde tabii afetleri sivil savunma tedbir ve faaliyetleri için gerekçeler arasında saymaktadır. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun³¹ 1. maddesinin 1. fıkrasına göre afetleri; “deprem (yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetler” olarak sıralamakta, afetlerde etkilenen yapılar hakkında düzenlemeler içermektedir. Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının ç bendine göre afet; “toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan, etkilenen toplumun baş etme kapasitesinin yeterli olmadığı doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olaylar” olarak tanımlanır. Aynı Yönetmeliğin ilgili maddesi e bendine göre afet ve acil durum hizmetlerini de “afet ve acil durum haberinin duyurulması, ön değerlendirme, haberleşme, güvenlik ve trafik, arama-kurtarma, tahliye, yangın söndürme ve ikincil afetler, altyapı, ulaşım altyapısı, enerji, sağlık, defin, barınma, beslenme, enkaz kaldırma, hasar ve zarar tespit, aynı ve nakdi bağış yönetimi, uluslararası destek ve iş birliği, satın alma, kiralama, gıda, tarım ve hayvancılık, tehlikeli maddelerle ilgili arındırma faaliyetleri ve psiko-sosyal destek gibi çalışmaları” olarak tanımlar.

7126 sayılı Sivil Savunma Kanununda hayvanlarla ilgili herhangi bir ibare geçmemektedir. 7126 sayılı Kanunun 41. maddesinde ihtiyaç halinde “canlı vasitalardan faydalanılabileceği” belirtilmiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu³² 1. maddesinde bu Kanunun amacını açıklarken tabii afetleri de olağan-

³⁰ Sivil Savunma Kanunu, Kanun Numarası: 7126, Kabul Tarihi: 09.06.1958, RG 13.06.1958/9931.

³¹ Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, Kanun Numarası: 7269, Kabul Tarihi: 15.05.1959, RG 25.05.1959/10213.

³² Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun Numarası: 2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983, RG 27.10.1983/18204.

nüstü hâl gerekçelerinden saymaktadır. 2935 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasının g bendinde alınacak tedbirler sayılırken “belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamayı” düzenlemektedir. 2935 sayılı Kanunun bahsettiği bu tedbir 9. maddesinde, “tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilanında” uygulanacak bir tedbir olarak sayılmıştır ve tedbirin amacı hayvanların sebep olabileceği salgın hastalıklardan insanları korumaktır. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun 13. maddesinin a bendine göre “afetin meydana geldiği arazinin durumu ile bütün yapılar ve kamu tesisleri incelenerek, hasar tespit raporu düzenlenir”. Bu düzenlemeye göre, belediyelerce açılması zorunlu olan hayvan barınaklarının da kamu tesisi sayıldığı belirtilebilir. Ayrıca, 7269 sayılı Kanunun geçici 26. ve 27. maddesinde hayvanlarla ilgili olarak hasar almış veya yıkılmış ahırlardan bahsedilmektedir.

4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun³³ 1. maddesine göre bu Kanunun amacını “tabii afete maruz kalan yörelerde normal hayatın devamını sağlayacak hizmetlerin yürütülmesi, hasar ve tahribatın giderilmesi” olarak belirtmiştir. 4123 sayılı Kanun, normal hayatın devamlılığında hayvanlara değinmemiş; ancak ek madde 1’de “tabii afet nedeniyle hasar gören ahır ve samanlık sahiplerine hak sahipliği tanınması” gerektiğini düzenlemiştir. 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu³⁴ 1. maddesinde “maddi ve bedeni zararların karşılanabilmesini” düzenlerken hayvanların sigortalanmasından bahsetmemiştir. 6305 sayılı Kanunun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre “köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca köy yerleşik alanları ve civarında ve mezralarda yapılan binalar zorunlu deprem sigortasına tâbi değildir” düzenlemesiyle ahır gibi hayvanlar için kullanılan yapıları zorunlu deprem sigortası dışında tutmuştur. 4708 sayılı Yapı Denetimi Kanununun³⁵ 1. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre “entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesisleri” bu Kanun kapsamı dışın-

³³ Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4123, Kabul Tarihi: 23.07.1995, RG 25.07.1995/22354.

³⁴ Afet Sigortaları Kanunu, Kanun Numarası: 6305, Kabul Tarihi: 09.05.2012, RG 18.05.2012/28296.

³⁵ Yapı Denetimi Kanunu, Kanun Numarası: 4708, Kabul Tarihi: 29.06.2001, RG 13.07.2001/24461.

da tutmaktadır. Sayılan mevzuatların aksine 3194 sayılı İmar Kanununun³⁶ 27. maddesinin 1. fıkrasına göre “tarım ve hayvancılık amaçlı yapıların plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun inşa edilmesi gerekliliğini” vurgulamıştır. 3194 sayılı Kanunu 5. maddesinin 10. fıkrası binayı “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır” şeklinde tanımlamıştır. 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi³⁷ 30. ve 54. maddeleri arasında “İçişleri Bakanlığına bağlı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının kurulması, teşkilatı ile görev ve yetkilerini düzenlemektir.” Düzenlemede hayvanlara dair bir ibare geçmemektedir.

Türk hukuku, kanun düzeyindeki mevzuatta, afet yönetiminde hayvanlarla ilgili yeteri kadar bir düzenlemeyi kapsamamaktadır. Yönetmelik düzeyindeki afet mevzuatında ise hayvanlarla ilgili bazı düzenlemelere rastlanmaktadır. İlk olarak 1988 tarihli Afetlere İlişkin Acil Yardım Teşkilatı ve Planlama Esaslarına Dair Yönetmelik³⁸ afetlerde ve afet yönetiminde hayvanlardan bahsetmektedir. Yönetmeliğin dayanağı 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’dur. Yönetmeliğin amacı 1. maddesine göre “Devletin tüm güç ve kaynaklarını afetten önce planlayarak, afetin meydana gelmesi halinde Devlet güçlerinin afet bölgesine en hızlı bir şekilde ulaşması ile afetzede vatandaşlara en etkin ilk ve acil yardım yapılmasını sağlamak için acil yardım teşkilatlarının kuruluş ve görevlerini düzenlemektir.” 1988 tarihli Yönetmelik, daha çok ekonomik değeri olan hayvanlar yani ekonomik değeri olan sahipli hayvanlar üzerinden düzenlemelerde bulunmuştur. 1988 tarihli Yönetmelik, afet sonrası hayvan zaiyatı bilgileri ve yıkıntılar altında kalan hayvanların tespiti, bu hayvanların kurtarılması, öncelikle insanların, daha sonra barınaktaki hayvanların, tüm bunlardan sonra kıymetli eşya ve malların kurtarılması gerektiği, bulaşıcı hastalıkları önlemek için ölü hayvanların toplatılması gerekliliği, hayvan barınaklarındaki hasarların tespiti, “sahipsiz veya barınsız kalmış hayvanların tespit ve değerlendirilmesi”, hayvanların

³⁶ İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749.

³⁷ 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.07.2018/30479.

³⁸ Afetlere İlişkin Acil Yardım Teşkilatı ve Planlama Esaslarına Dair Yönetmelik, RG 08.05.1988/19808.

geçici barınaklara sevki, kesim hayvanlarının kesimi, hayvan yemi temini ve bu yemlerin depolanma şartları, “sahipsiz kalan hayvanların ilk toplanma yerlerinin tespiti” gibi konuları düzenlemiş ve sorumlu idareyi de dönemin Tarım, Orman ve Köyişleri Bakanlığı olarak tayin etmiştir.

Diğer bir Yönetmelik ise 2013 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği’dir³⁹. Yönetmeliğin dayanağı, “5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’dur”. Yönetmeliğin amacı 1. maddesine göre “afet ve acil durumlara müdahalede ihtiyaç duyulacak tüm güç ve kaynakları ulusal ve yerel düzeyde planlamak, bu güç ve kaynakların olay bölgesine hızlı ve etkin bir şekilde ulaştırılmasını sağlamak, müdahale hizmetlerini ve bu hizmetlerin koordinasyonundan sorumlu ana ve destek çözüm ortaklarının ve yerel düzeyde sorumlu birimlerin görev ve sorumlulukları ile planlama esaslarını belirlemektir.” 2013 tarihli Yönetmelik, tarım ve hayvancılık kategorisini afet ve acil durum hizmetlerinden biri olarak sıralamaktadır. 2013 tarihli Yönetmelik de hayvanlarla ilgili düzenlemelerinde ekonomik değeri olan sahipli hayvanları temel almıştır. 2013 tarihli Yönetmelik, afet durumunda tarım ve hayvancılık hizmet alanıyla ilgili sorumluluğu dönemin Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına yüklemiştir. 2013 tarihli Yönetmelik 27. maddesinin 7. fıkrasına göre, telef olmuş hayvanların gömülmesi, hayvansal ürün üreten çiftçilerin zararlarının tespiti, “hayvan kaynaklı her türlü salgın hastalığın önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması”, “hayvanlarda ortaya çıkabilecek hastalıklarla mücadele için aşılama ve tedavi çalışmalarının yapılması”, “ölen ya da itlaf edilmesi gereken hayvanlarla ilgili gerekli çalışmaların yürütülmesi” gibi konuları düzenlemiştir.

Afet ve afet yönetimi mevzuatında en güncel Yönetmelik ise 2022 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği’dir⁴⁰. Yönetmeliğin dayanağı “7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun hükümleri ile 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 30 ila 54’üncü maddeleridir.” Yönetmeliğin amacı 1. maddesine göre “afet ve acil durumlara mü-

³⁹ Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, RG 18.12.2013/28855.

⁴⁰ Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, RG 18.12.2013/31760.

dahalede ihtiyaç duyulacak kapasiteyi ulusal ve yerel düzeyde planlamak, bu kapasitenin olay bölgesine hızlı ve etkin bir şekilde ulaştırılmasını ve kullanılmasını sağlamak, müdahale hizmetlerini ve bu hizmetlerin koordinasyonundan sorumlu ana ve destek çözüm ortaklarının ve yerel düzeyde sorumlu birimlerin, görev ve sorumlulukları ile planlama esaslarını belirlemektir.” 2022 tarihli Yönetmelik “tarım, orman, gıda, su ve hayvancılık hizmetleri için Tarım ve Orman Bakanlığını” sorumlu idare olarak tespit etmiştir. 2022 tarihli Yönetmelik, 2013 tarihli Yönetmeliğe ek olarak 25. maddesinin 9. fıkrasının ç bendinde “afet bölgesinde sahipsiz ve barınaksız kalan hayvanların tespit ve değerlendirmesini yapmak, afet bölgesindeki hayvanların barınmasını sağlamak ve gerekli barınma ekipmanlarını temin etmek” düzenlemesini getirmiştir. Bu düzenlemeden “sahipsiz ve barınaksız kalan hayvan” tanımlamasının, bahsedilen hayvanların afet öncesi sahipli ve barınacak bir yeri olan hayvanlar olduğu anlaşılmaktadır. Yönetmelik, sokak ya da yaban hayvanları gibi sahipsiz hayvanlar hakkında bir düzenleme getirmemiştir.

2022 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde, Türkiye Acil Müdahale Planı (TAMP)⁴¹ düzenlenmektedir. 15.09.2022 tarihinde yayımlanan TAMP’ın amacı “afet ve acil durumlara ilişkin müdahale çalışmalarında görev alacak çalışma grupları ve koordinasyon birimlerine ait rolleri ve sorumlulukları tanımlamak, afet öncesi, sırası ve sonrasındaki müdahale planlamasının temel prensiplerini belirlemektir⁴².” TAMP, afet durumunda çalışma grupları belirlemiş, “Tarım Orman Gıda Su ve Hayvancılık” grubunu, çalışma gruplarından biri olarak tespit etmiştir. Belirlenen bu grup Tarım ve Orman Bakanlığı bünyesinde çalışır ve Bakanlığa bağlıdır. Su baskını, baraj patlaması, orman yangını, kimyasal, biyolojik afetler ve salgın hastalıklar, radyolojik, nükleer kazalar, kuraklık ve deprem olay türlerini Tarım Orman Gıda Su ve Hayvancılık grubunun müdahalede bulunması gereken olay türleri olarak belirlemiştir⁴³. TAMP, afet yönetimi planlaması yapılırken dikkate alınacak var-

⁴¹ Türkiye Afet Müdahale Planı (TAMP); ülkemizde yaşanan afetlerden elde edilen tecrübeler doğrultusunda afetlere etkin müdahaleyi sağlamak amacıyla hazırlanmış, ilk olarak 03 Ocak 2014 tarihli 28871 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Afet Müdahale Planı (TAMP)’nda gerekli düzenlemeler yapılmış, 15.09.2022 tarih ve 31954 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Acil Müdahale Planı, Türkiye İçişleri Bakanlığı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <<https://www.afad.gov.tr/turkiye-afet-mudahale-planı>> Erişim Tarihi 19 Şubat 2024.

⁴² TAMP (n41) 3.

⁴³ TAMP (n41) 14.

sayımlardan biri olarak “afet bölgesindeki hayvan varlığının doğrudan veya dolaylı yollarla tehlikeli maddelere maruz kalmış olabileceği” ihtimalini de sayar⁴⁴. Ulusal Afet Müdahale Organizasyon Şemasında Afet Tarım Orman Gıda Su ve Hayvancılık Grubu, ön iyileştirme çalışma grubu olarak yerleştirilmiştir⁴⁵. “Taşınabilir milli servet, kıymetli evrak, eşyalar ve gerektiğinde hayvan tahliyesi yapmak” görevi, ana sorumlu olarak İçişleri Bakanlığına, destek birimi olarak da Tarım ve Orman Bakanlığına verilmiştir⁴⁶.

2022 tarihli TAMP, Tarım ve Orman Bakanlığını, “afet ve acil durumlarda etkilenen tarım alanlarının hasar tespitini yapmak, gıda güvenliğini sağlamak ve ölen, itlaf edilmesi gereken ve etkilenen hayvanların sağlığı konusunda gerekli çalışmaları yürütmeye yönelik koordinasyon ile afet bölgesinde alt yapı çalışmaları tamamlanıncaya kadar kullanma suyu temini, nakli, gerektiğinde yeterli sayıda su kuyularının açılmasına yönelik koordinasyondan” sorumlu tutmaktadır⁴⁷. TAMP, Tarım ve Orman Bakanlığına destek çözüm ortakları olarak “Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı, Yerel Yönetimler, Sivil Toplum Kuruluşlarını” belirlemiştir. TAMP, Afet Tarım Orman Gıda Su ve Hayvancılık Grubunun hayvanlar üzerinden görev ve sorumluluklarını ise şöyle belirlemiştir: “Afet bölgesinde sahipsiz ve barınaksız hayvanların tespit ve değerlendirmesini yapmak, barınmasını sağlamak ve gerekli barınma ekipmanlarını temin etmek, Afet bölgesinde hayvanlara ilk müdahaleye ilişkin ilk yardım hizmetlerini yürütmek, Afet sonrasında hayvan kaynaklı her tür salgın hastalığın önlenmesi için gerekli tedbirleri almak, Afetlerde çiftçilerin bitkisel, hayvansal ve su ürünleri üretimindeki zarar tespitlerini yapmak, Afet sonrasında evcil hayvanlar, sokak hayvanları, büyükbaş/ küçükbaş ve kümes hayvanlarında ortaya çıkabilecek hastalıklarla mücadele için gerekli aşılama ve tedavi çalışmaları yapmak, bu amaçla aşı, dezenfeksiyon ve hijyen malzemeleri temin etmek⁴⁸.” TAMP, afet mevzuatında ilk defa sokak hayvanları ve hatta evcil hayvanlardan bahsederek afet yönetiminde hayvanlara doğrudan yer vermiştir. Bu hayvanların sorumluluğunu Tarım ve Orman Bakanlığı ile yardımcı ilgili idari kurum ve kuruluşlara yüklemiştir.

⁴⁴ TAMP (n41) 17.

⁴⁵ TAMP (n41) 25.

⁴⁶ TAMP (n41) 40.

⁴⁷ TAMP (n41) 53.

⁴⁸ TAMP (n41) 45-46.

II. Afetlerde Hayvanlar ve İdarenin Sorumluluğu

A. İdarenin Deprem Nedeniyle Sorumluluğu

İdarenin, idari sorumluluğu genel anlamıyla, kamu gücü ayrıcalıklarına sahip idarenin, bu ayrıcalıkları kullanırken kamu hukukunun kontrolünde bir faaliyeti sonucu zarara uğrayan kişilerin zararını karşılama yükümlülüğü olarak açıklanmaktadır⁴⁹. İdarenin sorumluluğunun anayasal temeli, 1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." İdarenin kusur ve kusursuz sorumluluğu bulunur⁵⁰. İdarenin kusur sorumluluğu hizmet kusuru olarak değerlendirilir ve idarenin bir faaliyetini yürütürken, bu faaliyetin gerekliliklerinin tam olarak yerine getirilmemesinden dolayı hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi durumlarında hizmet kusuru söz konusudur⁵¹. İdarenin kusursuz sorumluluğu ise tehlike/risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk, sosyal risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluk olarak üçe ayrılır⁵². İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan haller ise mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olarak sayılır⁵³. İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerden mücbir sebebin şartları, dışsallık, öngörülemezlik ve önlenemezlik olarak sayılmaktadır⁵⁴. Mücbir sebep, idarenin eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağıni keseceğinden, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır⁵⁵. Mücbir sebebin nedensellik bağıni kesebilmesi için "doğal afetin gerçekleştiği halde idare gerekli önlemi alsaydı dahi doğal afeti önleyemeyecekti"⁵⁶ denilebilmesi gerekmektedir. Danıştay tarafından, deprem gibi bir doğal afetin, idarenin sorumluluğunu doğurup doğurmayacağı; afetin mücbir sebep teşkil edip etmediği ve idarenin kusuruyla bu durumu ne kadar etkileyip etkilemediğine bakılarak tespit edilmektedir⁵⁷.

⁴⁹ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (25. Bası, Ekin Kitapevi 2023) 680.

⁵⁰ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (9. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 491, 501.

⁵¹ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2023) 608.

⁵² Ulusoy (n51) 612.

⁵³ Gözler ve Kaplan (n49) 722.

⁵⁴ Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. 2* (3. Bası, Ekin Yayınevi 2019) 1348- 1349.

⁵⁵ Meltem Kutlu, 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğu', (1999) 32(2) *Amme İdaresi Dergisi* 15, 18-19.

⁵⁶ Gonca Kozanoğlu, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi 2020) 173.

⁵⁷ Kozanoğlu (n56) 177, 182.

Her ne kadar, deprem, sel, fırtına, heyelan gibi afet durumları, mücbir sebebin şartlarını taşıdığına idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırır denebilse de özellikle deprem çerçevesinde günümüzde mevcut teknolojik ve bilimsel gelişmeler depremin öngörülemezlik ve önlenemezlik özelliğini ortadan kaldırmaktadır⁵⁸. Danıştay, özellikle 1999 Marmara Depremleri sonucunda aldığı kararlarda, depremi mücbir sebep olmaktan çıkarmış, idareye sorumluluk yüklemiştir⁵⁹. Danıştay, deprem ve mücbir sebebi değerlendirirken “zararın münhasıran depremden doğup doğmadığı, zararın idare tarafından ağırlaştırılıp ağırlaştırılmadığı hususlarını” incelemektedir⁶⁰. Ayrıca Danıştay tarafından, daha önce “vuku bulmuş ve tekrarlanmış olaylar” mücbir sebep kapsamında değerlendirilmemiş, idarenin afet zararını en aza indirmek için denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu ve deprem gibi afet durumlarında hizmet kusuruna gidilebileceği içtihat edilmiştir⁶¹. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, doğal afetler karşısında devletlerin sorumluluklarını belirlerken devletlerin, doğal afetin öngörülebilir olmasıyla insanların yerleşim yerlerine zarar vermiş olmasını göz önünde tutarak, doğal afetler söz konusu olduğunda bireylerin yaşam haklarına yönelik riskleri azaltacak önlemleri alması gerektiği ve sorumluluğu olduğu içtihat edilmiştir⁶².

İdarenin afet durumunda genel sorumluluğuna bakıldığında afet öncesi önleyici tedbirler, afet sırası ve ardından kriz yönetimi ve afet sonrası hasar tespiti ve telafisi gibi ana başlıklar sıralanmaktadır⁶³. İdarenin deprem doğal afetinden kaynaklanan sorumluluğu incelendiğinde de deprem öncesi önleyici tedbirler ve planlamalar söz konusudur⁶⁴. İdarenin şehir planlama faaliyetleri yapmak,

⁵⁸ Çınar Can Evren, ‘İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep’ (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263, 289.

⁵⁹ Turan Yıldırım, ‘Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı’ (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520, 1525.

⁶⁰ Şerife Yıldız Akgül, ‘Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu’ (2023) 167 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 133, 141-142.

⁶¹ Celal Işıklar, ‘Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller’ (2019) 4 (1) YBHD 115, 132-136.

⁶² Simay Doğmuş, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri* (Seçkin Yayınevi 2018) 232-233.

⁶³ Gülcan Azimli Çilingir, ‘İdarenin Sorumluluğu İlkesi Kapsamında Afetlerin Değerlendirilmesi’ (2019) 4 (8) Van YYÜ İİBF Dergisi, 167, 171.

⁶⁴ “İdarenin beş faaliyetinin olduğu kabul edilmelidir: kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme, özyönetim ve öngörme.” Mahmut Ceylan, ‘İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti

“zarar görmesi muhtemel olan yerlerde gerekli tedbirleri almak” yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁵. Bunların başında, yapıların sağlamlığı gelmektedir. Depreme dayanıklı kentlerin inşası ve bunun sürekliliği için idarenin göstereceği çaba olası depremde can ve mal kaybının önüne geçecek haliyle bu durum hayvanların refahı için de geçerli olacaktır. İdare, aktif deprem fay kuşakları üzerinde konumlanmış Türkiye’de depremleri önleyemez ancak depremin kuvvetle muhtemel olma olasılığını öngörerek zararın aza indirilmesi için önleyici tedbirler alır ve planlar yapar, aksi durumda idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğuna gidilmektedir⁶⁶. Danıştay tarafından, depremde idarenin hizmet kusurunu belirlenirken, deprem bölgesindeki yapılaşmaya deprem mevzuatının aksine ruhsat verilmesi, fay hatlarının geçtiği bölgelerin yapılaşmaya açılması, denetimlerin yapılmaması, önlemlerin alınmaması, hizmetin ifasının gerektiği gibi yerine getirilmemesi dikkate alınarak tespit edilmiştir⁶⁷. Ayrıca, deprem gibi doğal afetler karşısında idarenin hareketsiz kalması “olumsuz eylem” olarak kabul edilmekte ve idarenin hizmet kusuruna gidilmektedir⁶⁸. Hatta doktrinde “idarenin doğal afetlerin önlenmesi konusunda gerekli tedbirleri almaması, idarenin hizmet kusuruna yol açacağı kabulüyle kusursuz sorumluluk alanına doğru da bir genişlemedir” yorumu yapılmaktadır⁶⁹.

İdarenin deprem nedeniyle sorumluluğu, depremden önce ve sonra sunması gereken kamu hizmetlerini gereği gibi sunamaması sonucu doğmaktadır. İdarenin deprem öncesinde önleme, planlama, hazırlık yapma, denetleme gibi görevleri bulunmaktadır. İdarenin deprem öncesi yapılar için yapabileceklerinin başında 3194 sayılı İmar Kanununa uygun davranarak yapıları ruhsatlandırması,

ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak’ (2023) (4) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 116, 120. Türkiye idaresinin faaliyetlerini bu şekilde beş gruba ayırarak sistemli bir ve ayrıntılı bir şekilde inceleyen ilk yazar Lütfi Duran’dır. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul, İÜHF Yayınları 1982) 244 vd.; Gözler ve Kaplan (n49) 26.

⁶⁵ Asuman Çapar, ‘İdarenin Kolluk Yetkilerini Genişleten Bir Sebep Olarak Doğal Afet’ (2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1296, 1311.

⁶⁶ Adil Bucaktepe, ‘Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu’ (2012 - 2013) 17 - 18 (26-27-28-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 105.

⁶⁷ Pınar Yaşar Şatıroğlu, ‘Doğal Afetlerde Hak Sahipliği Kavramının Danıştay Kararları Işığında Açıklanması ve İdarenin Kusur Sorumluluğu Açısından Kavramın Değerlendirilmesi’ (2023) 81 (Deprem Özel Sayısı-I Kamu Hukuku) Ankara Barosu Dergisi 241, 259-260.

⁶⁸ Esin Gürsel, ‘İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu’ (2018) 1(2) R&S -Research Studies Anatolia Journal 330, 334.

⁶⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınevi 2019) 455.

ruhsata aykırı yapıları denetlemesi ve gerekirse durdurması veyahut yıktırması gerekmektedir. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun başlı başına idareye deprem öncesi alınacak önleyici tedbirleri bildirmektedir. 7269 sayılı Kanunun 2. maddesine dayanak Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik⁷⁰ 1. maddesine göre, “tespit ve ilan olunan deprem bölgelerinde yeniden yapılacak, değiştirilecek, büyütülecek resmi ve özel tüm binaların ve bina türü yapıların tamamının veya bölümlerinin depreme dayanıklı tasarımı ve yapımı ile mevcut binaların deprem öncesi veya sonrasında performanslarının değerlendirilmesi ve güçlendirilmesi için gerekli kuralları ve minimum koşulları belirlemektir.” Yönetmeliğin hükümlerini Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yürütür. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁷¹ kentsel dönüşüm kapsamında bu kanunun amacını 1. maddesine göre “afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir” ve sorumlu bakanlık Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’dır.

İdarenin deprem gibi doğal afetler sonrasında arama, kurtarma, zararları telafi etme, iyileştirme gibi kamu hizmetlerini sunma yükümlülüğü bulunmaktadır. 7269 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre “İçişleri, İmar ve İskan, Bayındırlık, Sağlık ve Sosyal Yardım ve Tarım Bakanlıklarınca acil yardım teşkilatı ve programları hakkında genel esasları kapsıyan bir yönetmelik yapılır. Bu yönetmelik esasları dairesinde afetin meydana gelmesinden sonra yapılacak kurtarma, yaralıları tedavi, barındırma, ölüleri gömme, yangınları söndürme, yıkıntıları temizleme ve felaketzedeleri iâşe gibi hususlarda uygulanmak üzere görev ve görevlileri tayin, toplanma yerlerini tespit eden bir program valiliklerce düzenlenir ve gereken vasıtalar hazırlanarak muhafaza olunur.” İdarenin deprem sonrasında sunması beklenen kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmemesi de hizmet kusuru olarak görülmektedir⁷².

⁷⁰ Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik, RG 06.03.2007/26454.

⁷¹ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2012, RG 31.05.2012/28309.

⁷² Bucaktepe (n66) 119.

B. İdarenin Depremlerde Hayvanlarla ilgili Sorumluluğu

Devletin, insanın temel ihtiyaçlarından olan hayatta kalması, varlığını sürdürebilmesi yani yaşam hakkını koruması bakımından yurttaşlar üzerinde “hem negatif hem de pozitif yükümlülüğü⁷³” bulunmaktadır. Aynı şekilde insan dışı canlılar da aynı temel ihtiyaçlara sahiptir ve bir hayvanın da yaşamaya, korunmaya, güvenli bir ortamda olmaya ve bunun için bakım ve gözetim altında bulunmaya ihtiyacı vardır ve hatta tüm bunlara muhtaçtır⁷⁴. Türk hukukunda sahipli hayvanlar, sahiplerinin mülkiyetinde hatta taşınabilir eşya kategorisinde sınıflandırılmaktadır ve sorumlulukları sahiplerine aittir. Sokak hayvanları gibi sahihsiz hayvanlar ve yaban hayvanları gibi kimsenin mülkü olmamış hayvanların sorumluluğu ise olması gerektiği gibi devletin yani idarenin üzerindedir. Türk hukukunda hayvan hakları ve hayvanların korunması yönünde mevzuat incelendiğinde ise 1982 Anayasası’nda bir düzenleme bulunmadığı görülürken, Türkiye’nin, 2003 yılında Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması Hakkında Kararı imzalaması ile 2004 yılında 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun kabul edildiği görülür. 5199 sayılı Kanunun kabulü ile beraber, yerel yönetimlere, sahihsiz hayvanlar ve güçten düşmüş hayvanların bakımları ve veterinerlik hizmetleri için bakımevleri açma zorunluluğu getirilmiştir. Burada sahihsiz hayvan tanımına sokak hayvanları da dahildir⁷⁵. Ayrıca, 5199 sayılı Kanun yerel yönetimlerin bu hizmetleri sunarken denetimini, mali destek sağlanmasını ve ev hayvanlarının kimliklendirilmesi görev ve sorumluluğunu da Tarım ve Orman Bakanlığına vermiştir. 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu ise ekonomik değeri olan çiftlik hayvanlarının kayıt altına alınması, kimliklendirilmesi, veteriner hizmetlerinin kontrolü gibi konularda Tarım ve Orman Bakanlığını görevli ve sorumlu Bakanlık olarak belirlemiştir. Hayatın olağan akışında, 5199 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat, hayvanların genel mağduriyetinin giderilmesinin sorumluluğunu, varsa sahiplerine ve idareye yoksa doğrudan idareye yüklemiştir. Devleti oluşturan insan topluluğunun kamu hizmeti tarafını yöneten idareye, hayvanlar hakkında düşen

⁷³ Kemal Şahin, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı’ (2013) 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 53, 77.

⁷⁴ İrfan Tüner, *AİHM ve AYM Kararları Işığında Devletin Öldürmeme Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2021) 27.

⁷⁵ Sencer Abdullah Akkoyunlu, ‘Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi’ (2022) 27 (46) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 45.

sorumluluk olağan durumlarda olduğu gibi afet gibi olağanüstü durumlarda da artarak devam etmelidir.

Aynı hayatı ve doğayı paylaştığımız hayvanların da afet yönetiminde, insanlar kadar yer alması gerekliliği vazgeçilemez bir olgudur. Türkiye’de afet mevzuatına bakıldığında, afetlerde hayvanların hakları, korunması ve refahı adına doğrudan düzenlemelerin yönetmelik ve plan düzeyinde kaldığı görülmektedir. En güncel düzenlemeler, 2022 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği ve yine 2022 tarihli Türkiye Acil Müdahale Planıdır (TAMP). Hatta afet durumunda sokak hayvanlarının durumuyla ilgili ilk düzenleme TAMP’da geçmektedir. 2022 tarihli Yönetmelik ve TAMP, afet durumlarında hayvanlar konusunda Tarım ve Orman Bakanlığını ve Bakanlığa destek noktasında Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı, Yerel Yönetimler ve Sivil Toplum Kuruluşlarını görevli ve sorumlu tayin etmiştir. Hayatın olağan akışında, hayvanlarla ilgili idari sorumluluğun yüklendiği yerel yönetimlerin ve Tarım ve Orman Bakanlığının, afet durumunda da hayvanlarla ilgili sorumluluğu üstlenmesi gerekliliği, idari hizmetin erişilebilirliği ve sürekliliği açısından da önemli ve gereklidir⁷⁶.

2022 yılında yayımlanan Türkiye Afet Müdahale Planı (TAMP), afet yönetimiyle ilgili yapılması gerekenleri ayrıntısıyla belirtmektedir. Afet yönetiminde sokak hayvanlarına ilk defa vurgu yapan TAMP’da, evcil hayvanlara da vurgu yapılmıştır. TAMP, sorumlu idareyi şöyle tayin etmektedir: “Afet ve acil durum hizmetlerinin koordinasyonundan, afet ve acil durumlara yönelik eğitim politikalarının oluşturulmasından ve bu konularda mevzuat düzenlemeleri yapılmasından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD)⁷⁷ sorumludur. Ulusal düzey çalışma grubu planlarının hazırlanması ve uygulanmasından çalışma grubundan sorumlu ana çözüm ortağı olan bakanlık, kurum ve kuruluşlar asli sorumlu olmakla birlikte, çalışma grubu planlarında görevlendirilen destek çözüm ortağı bakanlık, kurum ve kuruluşlar, özel sektör, STK’lar ve gerçek kişiler de ayrı ayrı sorumludur. Bakanlık, kurum ve kuruluşlarda planların hazırlanması ve uygulanmasından; en üst yöneticiler, il afet müdahale planlarının hazırlanması ve uygulanmasından; valiler, özel kuruluşlarda ise işveren veya yetkili temsil organları sorumludur.” İdarenin, deprem öncesi önleyici tedbirler almaması,

⁷⁶ Ahmet Güven ve Saltuk Buğra Kızılkaya, ‘Afetlerde Yerel Yönetimlerin Etkinliği Üzerine Bir Değerlendirme’ (2023) I (2) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 7.

⁷⁷ 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 30. maddesi ve devamında düzenlenen Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, İçişleri Bakanlığına “bağlı” kuruluşudur ve tüzel kişiliği bulunmaz.

planlamalarını yapmaması ya da planlama yapmış olsa dahi yürütülemeyen planlamalar ya da başarısız öngörmeler yapması idarenin sunacağı kamu hizmetinin hiç işlememesine neden olmaktadır ve idarenin hizmet kusuru sorumluluğu doğmaktadır⁷⁸.

Deprem sırası ve sonrası kriz yönetiminde, idarenin sorumluluğu; kurtarma çalışmalarından başlayarak, afetin etkilerini son buldurup; normal hayatı seyrine kavuşturana kadar devam ettirmesidir. 7126 sayılı Sivil Savunma Kanunu, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirler ile Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 2011 tarihli Afet ve Acil Durum Yönetim Merkezleri Yönetmeliği, 2022 tarihli Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, 2022 tarihli Türkiye Afet Müdahale Planı idarenin deprem sırası ve sonrası kriz yönetiminde, nasıl davranacağına yönelik çerçeveyi çizmektedir. Mevzuatta da açıkça belirtildiği gibi, idarenin deprem sırasında, hemen sonrasında, hasar tespiti ve telafisinde sunacağı hizmetler kamu hizmetidir ve aksaması sonucu idarenin hizmet kusuru ortaya çıkmaktadır⁷⁹. Deprem sırasında ve hemen sonrasında idarenin sunması gereken hizmetlerin geç işlemesi, bazı durumlarda hiç işlememesi anlamına gelebileceğinden; örneğin enkaz altında canlı insan veya hayvan kurtarma olayında olduğu gibi, idarenin hizmet kusuru sorumluluğu devam etmektedir⁸⁰.

C. Değerlendirme

Devletin yani idarenin insanların yaşam hakkını koruma yükümlülüğü olduğu kadar; hayvanların da yaşam hakkını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Deprem gibi doğal afet öncesinde; önleyici tedbirler almak, afet yönetimi üzerinde planlamalar yapmak; afet sırası ve sonrasında hasar tespit ve iyileştirme süreçlerinin her bir basamağı ile ilgili idarenin sunacağı hizmetler, kamu hizmeti kapsamındadır. Bu kamu hizmetlerinin hiç sunulmaması, geç ya da kötü sunulması sonucu özellikle deprem gibi olağanüstü koşullar yaratan doğal afet olaylarında can ve mal kayıpları kaçınılmaz olacaktır. Bu kayıpların önlenmesi ya da zararın en aza indirgenebilmesi için idarenin sunacağı kamu hizmetlerini olması gerektiği gibi sunması gerekmektedir aksi halde idarenin hizmet kusurundan bahsedilecektir.

⁷⁸ Ceylan (n64) 127.

⁷⁹ Bucaktepe (n66) 117.

⁸⁰ Agah Adak, 'Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri' (2000) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan) 181, 185.

Afet yönetimi döngüsü, “hazırlık, müdahale, iyileştirme, zarar azaltma ve önleme⁸¹” aşamalarından oluşmaktadır. Bu döngünün tüm süreçlerine hayvanlar dâhil edilmelidir ve yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Afet yönetimin her aşamasında veterinerlik hizmetleri ayrıca planlanmalıdır. Merkezi ve yerel yönetimler, özel sektör, hayvan sahipleri, toplumun diğer bireyleri, veterinerler gibi paydaşlarla birlikte çalışılmalıdır ve farkındalık yaratacak çalışmalara önem verilmelidir⁸². Deprem gibi afet durumlarında hayvanlar için risk analizi yapılmalıdır. Bu analizler sonucu planlamalar yapılmalı ve doğru insan kaynağı hayvanlar için afet yönetimine aktarılmalıdır. Tüm bu çalışmaları destekleyecek bütçenin oluşturulması için idare kaynak yaratabilmelidir⁸³. Afet yönetimi döngüsü çerçevesinde idarenin hayvanlar için de sunması gereken hizmetleri gereği gibi yerine getirmemesi hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmelidir.

Genel idare hukuku bilgileri ışığında, idarenin hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluğunun aynı zamanda tazmin borcu ve alacaklısı yaratacağı, bundan dolayı tazmin alacaklısının bir hakkın öznesi olması gerekliliği vurgulanmalıdır. Bu noktada idarenin hizmet kusurunun afetlerde insanlara karşı işlenmesinde tazmin yükümlülüğünde bir problem görülmemektedir çünkü insan pozitif hukuk kapsamında bir hakkın öznesidir. Ancak, pozitif hukukta hayvanların hakkın öznesi değil süjesi yani konusu olduğu bilgisiyle konuyu değerlendirme zorunluluğu doğmaktadır. İdarenin, afetlerde hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğunun, hayvanlar açısından da geçerliliği olabilmesi için sahipli ve sahipsiz hayvan ayırımına gitmek gerekecektir. Sorumluluk, tazmin yükümlülüğünü de birlikte getirecektir. Sahipli hayvanlar açısından idarenin sorumluluğu, zararı gören hukuk öznesi yani hayvanın sahibine karşı olacaktır. Zarar, sahipli hayvanın sahibinin mal varlığına gelmiştir ve tazmin alacaklısı sahipli hayvanın sahibi, hukuk süjesi de hayvanın kendisidir. Deprem gibi bir doğal afet durumunda, zarar gören sahipli hayvanın hakkı ancak hayvan sahibi hak arama yoluna gittiğinde, idarenin kusuru nedeniyle sorumluluğu ve tazmin yükümlülüğünden bahsedilecektir.

Fakat deprem gibi doğal afet durumlarında, zarar gören hayvan sahipsiz bir hayvan ise bu hayvanın zarar görmesi durumunda idare sorumlu tutulabilecek midir sorusunun yanıtı Türk pozitif hukukunda karşılıksız kalmaktadır. Sahipli

⁸¹ Kılıç ve Çakır (n1) 336.

⁸² Kılıç ve Çakır (n1) 338.

⁸³ Kılıç ve Çakır (n1) 339.

hayvanlarda, hayvanın sahibi malvarlığının bütünlüğüne dokunulduğu gerekçeyle idareyi sorumlu tutabilirken, sahipsiz hayvanların sahibi olmadığından idarenin sorumluluğu bir tazmin sorumluluğu olmaktan çıkmaktadır. İdare, zaten temelde bir hakkın öznesi olmayan hatta sahipsiz oldukları için bir hakkın süjesi de olmayan sahipsiz hayvanların uğradıkları zararlarda somut bir yaptırıma maruz kalmayacaktır. İdarenin, sahipsiz hayvanları koruyamadığı ya da zarar verdiği için kendini dava ettiği veyahut tek taraflı olarak kendini denetlediği bir durum söz konusu olmamıştır.

Bu noktada, Türk hukukunda, sahipsiz hayvanların hukuki statüsünü tartışabilmek adına Anayasa Mahkemesinin 22.09.2021 tarihli 2018/6 Esas ve 2021/60 Karar numaralı kararına⁸⁴ değinilebilir. Karardaki itirazın konusu Türk Ceza Kanununun “mala zarar verme” başlıklı 151. maddesinin 2. fıkrasında geçen “sahipli hayvan” ibaresinin Anayasa’nın 2. 10. ve 90. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptal edilmesidir. İtiraz yoluna başvuran ilgili Ceza Hâkimliği, itiraza konu olayı “(sahipsiz) bir hayvanı işkence ederek öldürdüğü iddiasıyla sorgusu yapılan şüpheli hakkında adli kontrol kararı verilmesi talebinin incelenmesi sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu kanısı” olarak açıklamıştır. İlgili Ceza Hâkimliği, Anayasa Mahkemesine başvuru dilekçesinde⁸⁵ sokak

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Norm Denetimi Kararları, E 2018/6 K 2021/60, 22.09.2021, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2021/60>> Erişim Tarihi 24 Mart 2024.

⁸⁵ “... sokak hayvanları da sahipsiz kamu malıdır. Sokak hayvanları, belediyeler tarafından kısırlaştırılmakta, kamuya ait mikroçipi üzerlerinde taşımakta, belediyeler tarafından sağlık muayeneleri, bakımları yapılmakta, sokaklara bu hayvanlar için su, mama ve kulübe konulmakta, kamu kaynağından bu hayvanlara ciddi oranda harcama yapılmaktadır.

Kanun’da geçen “sahipli” kelimesi, sokak hayvanlarının kamu malı olarak düşünülmesini engelleyerek ya da mahkemeler nezdinde hatalı bir algı yaratarak hayvanlara yapılan haksız fiillerin farklı müeyyidelere tabi tutulmasına sebebiyet vermekte, bu da hem kamu vicdanını hem de hukuk güvenliğini zedelemektedir.

Belediye tarafından sokağa konulan bir oturma bankına, ya da belediye tarafından yere döşenen bir kaldırım taşına, yada karayolları tarafından konulan bir aydınlatma direğine bir haksız fiil sonucu verilen zarar, Türk Ceza Kanunu kapsamında şikayete bağlı olmadan soruşturulup kovuşturulabiliyorken kanundaki ‘sahipli’ kelimesinin varlığı nedeniyle, kamu kaynağından para aktarılarak bakımı ve rehabilitasyonu yapılan sokak hayvanlara verilen zararlar ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kalmaktadır. Bu da anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesine, hukuk güvenliği ilkesine, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca, kamu malı olan sokak hayvanlarına, yabani hayvanlara karşı yapılan hak ihlallerinin sadece idari para cezası ile cezalandırılması, kamu vicdanında yaralar açmakta ve anayasal bir kavram olarak ta anayasada yer alan “Toplumun huzurunu” bozmaktadır. Kanundaki sahipli/ sahipsiz hayvan ayırımının yarattığı güçsüze yönelen şiddet bir sarmal halinde yayılmak-

hayvanlarını “sahipsiz kamu malları” olarak nitelendirmiştir. Bahsi geçen kararda ifade edildiği gibi; eğer sokak hayvanları “sahipsiz kamu malı⁸⁶” olarak kabul edilirse, deprem gibi afet durumlarında zarar gören sahipsiz hayvanlar yine bir hakkın öznesi olarak değil hakkın süjesi olarak kabul görecektir. Sahipsiz kamu malları devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu koşulda da idarenin zarar gören sahipsiz hayvanı koruyamadığı ve zarar verdiği için kendisine karşı dava açması gibi bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Davacı ve davalı sıfatı aynı muhatapta birleşeceğinden bu değerlendirme de idarenin deprem gibi doğal afet durumlarında sahipsiz hayvanlar konusundaki sorumluluğu hakkında pozitif hukuk çerçevesinde bir çözüm üretilmemektedir.

Sonuç

Türkiye’de afet yönetimi mevzuatına bakıldığında hayvanlarla ilgili düzenlemelerin yönetmelik ve hatta plan düzeyinde kaldığı görülmektedir. Deprem doğal afetinde afet öncesi, esnası ve sonrasında hayvanlarla ilgili ne yapılabilir sorusunun cevabı, teori ve pratikte net değildir. Birkaç örnekle somutlaştırılacak olursa, 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depremleri sonrası, evcil hayvanları olan insanların depremin hemen sonrasında hasar durumuna bakmaksızın yapılara girdiği hayvanlarını kurtarmaya çalıştığı deneyimlenmiştir. Deprem toplanma alanlarında, evcil hayvanlar için kafesler bulundurulması, yem ve su temin edilmesi, veterinerlik hizmetlerinin aktif olması gibi önleyici tedbirler kapsamında planlamalar yapılmamıştır. Ekonomik değeri olan hayvan sahiplerinin afet bölgesini terk edemediği, enkaz altında kalan hayvanlarını kurtarmak için

ta, çocuğa ve kadına şiddet olarak çoğalmaktadır. Hukuk devletinin amaçlarından olan toplumun huzurunun sağlanması ve kamu vicdanının rahatlaması için Türk Ceza Kanununun 151/2. maddesinde geçen “sahipli” kelimesinin yasadan çıkartılması gerekmektedir.”

⁸⁶ “Sahipsiz kamu malları: üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli olan ancak şimdiye kadar üzerinde kurulmamış, herkesin doğrudan kullanımına ve yararlandırılmasına açık mallardır. Her ne kadar bu mallara sahipsiz mallar dense de bu malların bir sahibi vardır o da ilgili kamu tüzel kişileridir” Gözler, Cilt 2 (n54) 852-853. “İdarenin malları üzerindeki yetkisi özel hukuktaki gibi bir mülkiyet hakkı mıdır yoksa mülkiyet hakkı yok mudur tartışmaları ve farklı görüşler mevcuttur. Kamu malları üzerindeki mülkiyetin niteliğine ‘idari mülkiyet’ veya ‘kamusal mülkiyet’ denebilir. Türkiye’de kamu malları, idarenin yani devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bu gerek Anayasa’nın ilgili maddelerinde gerekse Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde ifade edilmiştir. Kamu mülkiyetinin devletin hüküm ve tasarrufu olmasının, bu mülkiyetin Medeni Kanundaki gibi değerlendirilmemesi gerektiği bunun idare ve muhafazasında kamu gücünün söz konusu olacağı, devletin kamu mülkiyeti üzerinde sadece bir denetim ve gözetim göreviyle sınırlı kalmayacağı, kamu mülkiyetinin değerlendirilmesinin idare hukuku kapsamında yapılması gerekliliği de yüksek mahkeme içtihatlarında belirtilmiştir.” Gözler, Cilt 2 (n54) 861-867.

özel ekipmanlara erişemediği görülmüştür. Enkaz kaldırma çalışmalarında ve yahut şehri yeniden inşa ederken sokak hayvanlarının refahına, yavrulama ve yaşam alanlarına ne derece dikkat edildiği ve bu durumun denetimi tartışmalıdır. Bu ve benzeri durumları içeren örneklerin çoğaltılabileceği gerçeğiyle belirlenmelidir ki afet yönetiminde hayvanların özel bir konumu vardır ve bu konuda sunulacak hizmetler hem insan hem de hayvan refahı için önemlidir. Her ne kadar afet yönetiminde temel alınan insan unsuru olsa da hayvanlar da bu hayatın ve doğanın bir parçası olarak afet yönetiminin içinde yer almak zorundadır. İnsanların hayvanlara yükledikleri anlam ne olursa olsun, canlı varlıklar olarak savunmasız ve örgütlenme kabiliyetinden yoksun hayvanların da yaşam haklarının korunması ve refahının sağlanması gereklidir. Olağan koşullar bir yana, olağanüstü koşullarda hayvanların insanlara daha da ihtiyaç duyduğu ortadadır.

İdarenin, deprem doğal afeti durumunda kusur sorumluluğu bulunur ve bu sorumluluk hizmetin hiç işlememesi, geç veya kötü işlemesi hallerinde gerçekleşir. Deprem öncesi önleyici tedbirler alınması ve planlamalar yapılması noktasında hayvanlar ve barınakları konusunda idarenin üstüne düşeni yapmaması hizmetin hiç işlememesi durumuna; enkaz altında kalan hayvanların kurtarılamaması, deprem sonrasında sokak hayvanlarının aç ve barınsız kalması, evcil hayvanların sahipsiz kalması veyahut terk edilmesi, veterinerlik hizmetlerinin sunulmaması gibi hizmetlerin aksaması durumu da hizmetin geç, kötü ve hatta hiç işlememesine örnek verilebilir. Burada sorulması gereken soru, Türk hukukunda birer eşya olarak nitelendirilen hayvanların deprem çerçevesinde afetlerde zarar görmeleri durumunda idarenin sorumluluğu nedir sorusu olacaktır. Bir sorumluluk atfedilecekse zarar nasıl tazmin edilecektir? Örneğin evde beslenen ve mikroçipi olmayan bir hayvan depremde enkaz altında kalıp öldüğünde ya da bir sokak hayvanı depremde yıkılmış mahallesinde artık çöplerden yiyecek bulamadığında ya da ahır yıkılmış bir hayvanın sakatlanmasında ya da mikroçipli bir hayvan deprem anında kaçtığında veya sahipleri tarafından terk edildiğinde idarenin üstleneceği sorumluluk ne olacaktır? Bu nasıl denetlenecektir ve bir sorumluluk varsa nasıl tazmin edilecektir? Tüm bu sorular çerçevesinde, hayvanların afetlerdeki durumuyla ilgili yerel yönetimler mi yoksa merkezi yönetim mi daha çok sorumluluk üstlenen taraf olacaktır?

Öncelikli meselenin Türk hukukunda hayvanların hukuki statüsünün tanınmasında olduğu vurgulanarak, değerlendirme yapılırken hayvanların sahipli ve sahipsiz olmalarının idarenin deprem gibi afet durumlarında sorumluluğu konusunda farklılık yarattığı vurgulanmalıdır. Hayvanlar, pozitif hukukta hakkın

öznesi değil hakkın süjesi yani konusu olarak değerlendirildiğinden, yaşanan bir afet durumunda zarar gören hayvanın menfaati değil, sahipli ise sahibinin zedelenen menfaati üzerinden sorumluluktan bahsedilebilir ve tazmin yükümlülüğü doğabilir. Hayvan sahipsiz ise afette zarar görmüş bir sahipsiz hayvanın uğradığı zarar dolayısıyla sorumluluk üstlenecek bir makam bulunmamaktadır. Günümüz dünyasında, medeni, çağdaş ve modern devletlerin etik ve insani değerler kapsamında, çevreyi, doğayı, canlı yaşamını korumak sorumluluğuna vurgu yapmak gerekmektedir. İdarenin, deprem gibi afet durumlarında hayvanların konumuyla ilgili sorumluluğu bu çerçevede değerlendirilmeli ve devlet bu sorumluluğu üstlenebilmelidir. Burada, her ne kadar mevcut durumda doğrudan bir çözüm önerisi üretilemese de idarenin denetlenmesi yolları devreye sokulabilir. İdarenin iç denetim yollarının yanı sıra Devlet Denetleme Kurulu, Kamu Denetçiliği Kurumu gibi idare üzerinde etkinlik sağlama ihtimali olan kurumların idareyi denetlemesi beklenebilir.

Bununla birlikte, hayvan hakları ve hayvanların refahına çalışan sivil toplum örgütleri (STK) desteklenmeli, idare, STK'ların deneyimlerinden faydalanmalı, ortak alanlarda çalışma ortamı yaratabilmelidir. Devlet ve sivil toplum işbirliği modelleri inşasından söz edilmelidir. Özellikle sahipsiz hayvanlar yani sokak hayvanlarını, yaban hayvanlarını, soyu tükenmekte olan hayvanları korumayı amaçlamış STK'ların, deprem gibi afet durumlarında zararlarının idarece tazmini gerekliliği düşünülebilir. STK'ların burada tüzel kişiliklerini kullanarak, STK olma vasıfları üzerinden özellikle sahipsiz hayvanların menfaatleri yönünde idareye sorumluluğunu hatırlatabilir, maddi ve mümkünse şartlar elverdiği ölçüde manevi tazminat talebinde bulunabileceği düşünülebilir.

Deprem gibi doğal afet yönetiminde hayvanlara kapsamlı şekilde yer verilmesi ve pratik hayata geçirilmesinin, hayvanların yanı sıra en fazla insanlara faydası dokunacağı unutulmaması gereklidir. Hayvanlar da bu hayatın ve doğanın bir parçasıdır ve insan yaşamı için vazgeçilmez öneme sahiptir. Hayvanların, sahiplilik durumları dikkate alınmadan idare tarafından kimliklendirilmesi, takiplerini sağlayabilecek teknolojik gereçlerle takip edilebilmesi, düzenli veterinerlik hizmetlerinin sağlanması, üreme kontrolünün yapılması ve tüm bunların idare tarafından takip edilmesi afetlerden bağımsız hayvanlar için idarenin yürüteceği temel hizmetler olmalıdır. Kimliklendirilmiş ve takip mekanizmasına kaydedilmiş hayvanların herhangi bir deprem veya afet anında nerde olduğu, sağ mı ölü mü olduğu, terk edilip edilmediği, veterinerlik hizmetlerine ihtiyacı olup olmadığı ilgili idarece kolayca tespit edilebilecek ve kısa sürede müdahale edilebilecektir. Afet yönetimi mevzuatı baştan elden geçirilerek hay-

vanlar için afet yönetimi yönetmelik ve plan seviyesinden daha güçlü bir seviyeye yükseltilerek düzenlenmelidir. Afet yönetiminde hayvanlar için özellikli ve ayrı birimlerin kurulması, veterinerlik hizmetleri, yem ve su temini, güvenli ortam temini, arama kurtarma gibi afet yönetiminin temel konuları üzerinde yetişmiş eleman ihtiyacının acilen giderilmesi gereklidir.

İdeal hukuk bakımından olması gereken, idarenin herhangi bir sorumluluğa gerek kalmadan etkili bir afet yönetimi sürdürebilmesidir. Deprem gibi afetlerin olumsuz etki ve sonuçlarını azaltmak hatta yok etmek devletin ve toplumun öncelikli konularından olmalı, öncelikli hale getirilmelidir. İnsanların, deprem gibi afetler, çevre, hayvanlar gibi diğer canlı yaşamı hakkında eğitilmesi, bilinçlendirilmesi, yine idarenin eğitim kamu hizmetiyle sağlanabilecektir. Bilim ve teknoloji geliştikçe, insan faaliyetlerinin çevreye ve canlı yaşamına verdiği zararlar kontrolden çıksa da bunun telafisinin de bilim ve teknoloji çerçevesinde yapılabilme ihtimali unutulmamalıdır. Özellikle, toplumsal ve idari kültür irdelenerek, önleyici tedbirler yerine, deprem gibi afetlerin yıkıcı sonuçlarıyla baş başa kaldıktan sonra telafi edici tedbirlere odaklanmış bir yapının değiştirilmesine çaba gösterilmelidir. Sonuç olarak, deprem gibi doğal afet durumlarında hayvanların özellikle sahihsiz hayvanların durumunun iyileştirilmesi, pozitif hukukta çözüm üretilmesi adına adımların atılması hususu hem hayvanların hem de insanların derin faydasına olacaktır.

Kaynakça

- Adak A, 'Afet Tehlikesi ve Olgusu Karşısında İdarenin Konumu ve Görevleri' (2000) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan) 181-186.
- Akgül ŞY, 'Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu' (2023) 167 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 133-176.
- Akkoyunlu SA, 'Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yü-kümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi' (2022) 27 (46) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-63.
- Akıymaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (2. Baskı, Savaş Yayınevi 2019).
- Bucaktepe A, 'Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu' (2012 - 2013) 17 - 18 (26-27-28-29) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-122.
- Can B ve Can E, 'Şubat 2023 Türkiye Depremleri Sonrası Afet Bölgesi Hayvan Sağlığı Koordinasyonu Kapsamında Hatay İlinde Yürütülen Çalışmalar ve Afet Yönetiminde Veteriner Hekimliği' (2023) 7 (2) Dirençlilik Dergisi 375-389.
- Ceylan M, 'İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak' (2023) (4) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 116-134.
- Çapar A, 'İdarenin Kolluk Yetkilerini Genişleten Bir Sebep Olarak Doğal Afet' (2023) 11(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1296-1325.
- Çilingir GA, 'İdarenin Sorumluluğu İlkesi Kapsamında Afetlerin Değerlendirilmesi' (2019) 4 (8) Van YYÜ İİBF Dergisi 167-193.
- Dereli F ve Yıldırım B, 'Afetlerde Çevre Sağlığı' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 711-716.
- Doğmuş S, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri* (Seçkin Yayınevi 2018).
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul, İÜHF Yayınları 1982).
- Duru B ve Özdan S, 'Uluslararası Bildiriler Çerçevesinde Hayvan Hukuku İncelemesi' (2023) 18 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-198.
- Erdoğan MA, 'Afetlerde Veteriner Hizmetleri' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversite-si Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 613-622.
- Evren ÇÇ, 'İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep' (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263-297.
- Gözler K, *İdare Hukuku C. 2* (3. Bası, Ekin Yayınevi 2019).
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (25. Bası, Ekin Kitapevi 2023).
- Gürsel E, 'İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu' (2018) 1(2) R&S -Research Studies Anatolia Journal 330-343.

- Güven A ve Kızılkaya SB, 'Afetlerde Yerel Yönetimlerin Etkinliği Üzerine Bir Değerlendirme' (2023) I (2) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-20.
- Işıklar C, 'Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller' (2019) 4 (1) YBHD 115-158.
- İpekçi NN, 'Afetlerde Kırılgan Grupların Sağlığı' (2023) 2 (3) Sağlık Bilimleri ve Klinik Araştırmaları Dergisi 147-156.
- Kılıç M ve Çakır Ö, 'Afetlerde Hayvanlar' (2022) 5 (1) Afet ve Risk Dergisi 330-345.
- Kozanoğlu G, *Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu* (1. Bası, Adalet Yayınevi 2020).
- Kutlu M, 'Deprem ve İdarenin Sorumluluğu', (1999) 32(2) Amme İdaresi Dergisi 15-27.
- Macit İ, 'Bütünleşik Afet Yönetiminde Sendai Çerçeve Eylem Planının Beklenen Etkisi' (2019) 5(1) Doğal Afetler ve Çevre Dergisi 175-186.
- Sinmez ÇÇ, 'Dünyada ve Türkiye'de Hayvan Haklarının Mevcut Anayasal Konumu' (2022) 11 (1) Harran Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi Dergisi 51-57.
- Şahin K, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı' (2013) 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 53-146.
- Şatıroğlu PY, 'Doğal Afetlerde Hak Sahipliği Kavramının Danıştay Kararları Işığında Açıklanması ve İdarenin Kusur Sorumluluğu Açısından Kavramın Değerlendirilmesi' (2023) 81 (Deprem Özel Sayısı-I Kamu Hukuku) Ankara Barosu Dergisi 241-267.
- Tan T, *İdare Hukuku* (9. Bası, Turhan Kitabevi 2020).
- Tüner İ, *AİHM ve AYM Kararları Işığında Devletin Öldürmeme Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Ulusoy AD, *Türk İdare Hukuku* (6. Bası, Yetkin Yayınları 2023).
- Yıldırım T, 'Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı' (2019) 25 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı) 1520-1538.
- Yıldız G, 'Afetlerde Arama- Kurtarma ve Ceset Arama Köpekleri' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 661-667.
- Yıldız Y ve Yıldız B, 'Afetlerde Güvenlik' (2023) 8 (2) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi 771-774.

Mevzuat

- 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG 15.07.2018/30479.
- Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2012, RG 31.05.2012/28309.

- Afet Sigortaları Kanunu, Kanun Numarası: 6305, Kabul Tarihi: 09.05.2012, RG 18.05.2012/28296.
- Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, RG 18.12.2013/28855.
- Afet ve Acil Durum Müdahale Hizmetleri Yönetmeliği, RG 24.02.2022/31760.
- Afetlere İlişkin Acil Yardım Teşkilatı ve Planlama Esaslarına Dair Yönetmelik, RG 08.05.1988/19808.
- Arı Kolonilerinin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik, RG 22.04.2022/31817.
- Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik, RG 06.03.2007/26454.
- Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar, RG 20.10.2003/25265.
- Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7332, Kabul Tarihi: 09.07.2021, RG 14.07.2021/31541.
- Hayvanları Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5199, Kabul Tarihi: 24.06.2004, RG 01.07.2004/25509.
- İmar Kanunu, Kanun Numarası: 3194, Kabul Tarihi: 03.05.1985, RG 09.05.1985/18749.
- Kedi, Köpek ve Gelinciklerin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınmasına Dair Yönetmelik, RG 26.02.2018/30344.
- Koyun ve Keçi Türü Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği, RG 02.12.2011/28130.
- Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun Numarası: 2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983, RG 27.10.1983/18204.
- Sendai Afet Risk Azaltma Çerçevesi (2015 - 2030), Birleşmiş Milletler Afet Risk Azaltma Ofisi.
- Sığır Cinsi Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliği, RG 02.12.2011/28130.
- Sivil Savunma Kanunu, Kanun Numarası: 7126, Kabul Tarihi: 09.06.1958, RG 13.06.1958/9931.
- Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4123, Kabul Tarihi: 23.07.1995, RG 25.07.1995/22354.
- Türkiye Afet Müdahale Planı (TAMP), RG 15.09.2022/31954.
- Türkiye Afet Risk Azaltma Planı (2022 - 2030) (TARAP), RG 08.07.2022/31890.
- Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer).

Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, Kanun Numarası: 7269, Kabul Tarihi: 15.05.1959, RG 25.05.1959/10213.

Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, Kanun Numarası: 5996, Kabul Tarihi: 11.06.2010, RG 13.06.2010/27610.

Yapı Denetimi Kanunu, Kanun Numarası: 4708, Kabul Tarihi: 29.06.2001, RG 13.07.2001/24461.

İnternet Kaynakları

<<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>.

<<https://www.afad.gov.tr/>>.

<<https://www.mevzuat.gov.tr/>>.

<<https://www.bbc.com/>>.

<<https://uclg-mewa.org/>>.

Kamu Tüzel Kişisi ve Kamuya Yararlı Kurum Ayrımı^(*)

Arş. Gör. Ömer YILDIRIM^(**)

Öz

Makalede bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olup olmadığını belirlemede kullanılan ölçütler çerçevesinde kamuya yararlı kurumların tüzel kişiliğinin ve tabi olduğu hukukun tespit edilmesi amaçlanmıştır. Ayrımında kuruluş, kamu gücü, kamu hizmeti ve kamu yararı gibi temel ölçütlerin yanı sıra kamu tüzel kişiliğine ilişkin diğer ölçütlere de yer verilmiştir. Çalışmada kamuya yararlı kurum kavramı kamuya yararlı dernekleri ve kamuya yararlı vakıfları kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Kamuya yararlı kurumların birer sui generis (nevi şahsına münhasır) tüzel kişi olup kısmen de olsa idare hukukuna tabi olduğu ve tamamının benzer niteliklere sahip olmayıp alelade kamuya yararlı kurumlar ve kamu dernek ve vakıfları olarak ayrıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tüzel Kişilik, Kamu Tüzel Kişiliği Ölçütleri, Kamuya Yararlı Kurum, Kamuya Yararlı Dernek, Kamuya Yararlı Vakıf.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.05.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.06.2024.

Atıf Şekli: Ömer Yıldırım, 'Kamu Tüzel Kişisi ve Kamuya Yararlı Kurum Ayrımı' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 375, 419.

DOI: 10.52273/sduhfd..1480580.

Bu makale, yazarın Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'nı tamamlamak için hazırlanan ve TÜBİTAK 2214-A Yurtdışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı tarafından desteklenen doktora çalışmasına dayanmaktadır. Destekleri için TÜBİTAK'a teşekkürler.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: omeryildirim@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3354-3744>.

The Distinction between a Public Legal Entity and a Public Benefit Organisation (PBO)

Abstract

This article aims to explore the legal status of public benefit organisations and the law governing them within the criteria used to determine whether a legal entity is a public legal entity. In addition to the essential criteria such as establishment, public power, public service, and public interest, other criteria related to public legal entities are also included in the distinction. In this study, “public benefit organisation” refers to public benefit associations and public benefit foundations. The study concludes that public benefit organisations are sui generis (unique) legal entities and are partly subject to administrative law. Not all public benefit organisations share the same characteristics, and they can be divided into two groups: ordinary public benefit organisations and public associations and foundations.

Keywords

Legal Entity, Public Legal Entity Criteria, Public Benefit Organisation, Public Benefit Association, Public Benefit Foundation.

Extended Summary

Public benefit organisations (PBO's) are private legal entities which may be subject to public law due to their similarities with public legal entities. This similarity creates confusion about the legal status of public benefit organisations and the laws that apply to them. For example, under Turkish law, administrative courts have jurisdiction over cases involving public legal entities. However, they sometimes also handle cases concerning PBO's.

This study uses the term "public benefit organisation" to refer to public benefit associations and foundations. The term public association and foundation is also used for state-funded public benefit organisations. In private law, associations and foundations are legal entities with different characteristics. Associations are known as groups of persons, while foundations are known as groups of property. In addition, there are differences between associations and foundations in the conditions required for public benefit status. However, compared with public legal entities, there is no significant difference between public benefit associations and foundations. In this sense, associations and foundations have common characteristics.

Pursuant to the *numerus clausus* principle, legal entities can only be created by the legislature and are limited in type. Therefore, it is not possible to create new legal entity types that mix private and public law. These types are private legal entity and public legal entity. However, there are exceptions to this principle in practice, as many *sui generis legal* entities exist. PBO's are also considered *sui generis legal* entities, and opinions in doctrine and judicial decisions support this notion.

Multiple criteria are employed to determine whether a legal entity is a public or private law entity. These criteria also help identify the similarities and differences between PBO's and public legal entities. In addition to the fundamental criteria, such as the establishment, public power, public service, and public interest, other factors related to public legal entities also play a role in this distinction. The primary purpose of determining the type of legal entity is to determine the law that governs PBO's. However, these criteria have their own set of advantages and disadvantages.

In this context, unless the type of legal entity of PBO's is specified in the law, the establishment criterion alone is not sufficient. It is not easy to define PBO's established by law as private law legal entities and civil society organisation. Because the main characteristic of private legal entities and civil society organisations is that they are non-governmental. On the other hand, the establishment criterion helps distinguish between ordinary PBO's and public associations and foundations. The criterion of public power alone is not enough to define a legal entity, but it is suitable for determining which law should be applied. PBO's, established by law and partially granted public power, are *sui generis legal* entities under public law. Even if they are not explicitly public legal entities, they are still subject to public law.

After considering the criteria of public service and public benefit, it has been noted that there is not much difference between public legal entities and PBO's. Both public legal entities and PBO's aim to provide public benefit, and their activities are regarded

as public service. Therefore, these criteria are not enough to distinguish between the two. In addition, PBO's are not included in the administrative organisation and are not subject to the hierarchy of administration control. This indicates that PBO's are not considered public legal entities. According to the public good criterion, the goods of PBO's are not public goods. According to the public servant criterion, the employees of PBO's are not public servants. These criteria distinguish PBO's from public legal entities.

This study contends that PBO's are partially similar to public legal entities. Therefore, PBO's are *sui generis* legal entities and are partially subject to public law. However, it is essential to note that not all PBO's share the same characteristics. Some are classified as ordinary PBO's, as they share more features with typical associations and foundations. On the other hand, PBO's that share more characteristics with public legal entities are referred to as public associations or public foundations. However, the number of PBOs in this group is much fewer than in the first group.

While ordinary PBO's are *sui generis* legal entities under private law, public associations and foundations are *sui generis* legal entities under public law. This distinction is based on the following differences. Firstly, ordinary PBO's are established by the free will within the framework of private law, whereas public associations and foundations are established by the law. Secondly, public associations and foundations are subject to greater administrative supervision than ordinary PBO's. Thirdly, public associations and foundations are granted more privileges in public power than ordinary PBOs. Fourthly, the activities of ordinary PBO's support existing public services, while the activities of public associations and foundations are themselves public services. Finally, while an act determines the governing bodies of some public associations and foundations, those of ordinary PBO's are defined by their own will.

Giriş

Kamuya yararlı kurumlar birtakım özelliklerinin kamu tüzel kişilerine benzerliği sebebiyle zaman zaman kamu hukukuna tabi tutulmakta ve birer kamu tüzel kişisi gibi muamele görmektedir. Bu durum kamuya yararlı kurumların tüzel kişiliğinde ve tabi olduğu hukukun tespitinde belirsizliğe yol açmaktadır.

Hukukumuzda tüzel kişilik alanına hâkim olan temel ilkelerden biri *numerus clausus/tipe bağlılık* ilkesidir. Latince’de sınırlı sayı anlamına gelen *numerus clausus* kavramı medeni hukukta tipin içeriğinin belirli olması ve tipin sınırlandırılması anlamına gelmekte ve tipe bağlılık olarak ifade edilmektedir¹. Bu ilkeye göre tüzel kişilik türleri sayılı olup yasama organının öngördüğü tipler dışında tüzel kişilik tipi oluşturulamaz². Dolayısıyla özel hukuk ve kamu hukuku karışımı karma tüzel kişilik türlerinin meydana getirilmesi de mümkün görünmemektedir³. Ancak söz konusu ilke uygulamaya tam anlamıyla yansımamıştır. Özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri ayırımında tipe bağlılık esas olmakla birlikte, ilkenin istinasını oluşturacak şekilde gri alanda yer alan ve “deve kuşu tüzel kişi” olarak da ifade edilen, başta idari faaliyetlerin görülüşüne katılan özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere, çok sayıda örnek mevcuttur⁴. Bu sebeple uygulamada ortaya çıkan karma tüzel kişiliklerin hukuki nitelendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

ATAY özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri dışında belirli ölçülerde her iki hukuk sistemine tabi olan üçüncü bir kişilik türü olarak *sui generis* (= *nevi şahsına münhasır*) tüzel kişilerin bulunduğunu belirtmektedir⁵. Üçüncü bir kişilik türünün varlığını kabul eden İSBİR de *sui generis* tüzel kişileri özelliklerini dikkate alarak özel hukuk ve kamu hukuku ağırlıklı *sui generis* tüzel kişiler olarak iki kategoriye ayırmaktadır. Bu ayırımın yapılmasında tüzel kişinin ve organlarının oluşumunda, kişiliğin sona ermesinde, ehliyetlerin belirlenmesinde ve faaliyetlerin gerçekleşmesinde dikkate alınan hukuk kuralları ölçüt alınmaktadır⁶.

¹ Ann-Marie Kaulbach, ‘Alman Medenî Kanunu’nda Tipe Bağlılık?’ (2014) 2 Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151, 152.

² Rona Serozan, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 1994) 29.

³ Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 99.

⁴ Serozan (n 2) 31; Meral Yıldırım, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 11.

⁵ Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı* (6. Baskı, Gazi Kitabevi 2018) 335.

⁶ K Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği* (Turhan Kitabevi 2017) 474.

Yargı kararlarında ve Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) kararlarında kamuya yararlı kurumlar için özel hukuk tüzel kişisi ve kamu hukuku tüzel kişisi ayrımının yeterli olmadığı ve üçüncü bir kategorinin oluşturulduğu görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi (AYM) Mehmetçik Vakfı için *kamuyla bağlantılı tüzel kişi* kavramını kullanmıştır⁷. Danıştay bir kararında Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfının *kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir yapı* olup olmadığını değerlendirmektedir⁸. Bir başka Danıştay kararında da Türk Hava Kurumunun *kamu hukuku tüzel kişiliğine yaklaşan özel hukuk tüzel kişisi* olup olmadığı tartışılmaktadır⁹. KDK, Türkiye Jokey Kulübünü *kamu hukukundan etkilenen tüzel kişi* olarak kabul etmektedir¹⁰.

Bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğunu belirlemede birden çok ölçüt bulunmaktadır. Söz konusu ayırmda kullanılan ölçütler aynı zamanda kamuya yararlı kurumların kamu tüzel kişileriyle ortak ve farklı özelliklerinin tespitini de sağlamaktadır. Tüzel kişilik türünün belirlenmesindeki temel amaç kamuya yararlı kurumların tabi olduğu hukuki rejimin tespit edilmesidir. Öte yandan kamuya yararlı kurumların kuruluşunda etkili olan irade, statünün tanınma biçimi, organlarında kamu kurumu temsilcilerinin yer alması, tabi olduğu hukuki rejim, faaliyet konusu, ayrıcalıkları ve yükümlülükleri gibi hususlar dikkate alındığında tamamının benzer niteliklere sahip olmadığı görülmektedir. Bu sebeple çalışmada *alelade kamuya yararlı kurumlar* ve *kamu dernek ve vakıfları* ayrımı yapılmaktadır¹¹.

Çalışmada kamuya yararlı kurum kavramı kamuya yararlı dernek ve vakıfları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Özel hukukta dernek ve vakıflar farklı özelliklere sahip tüzel kişidir. Bununla birlikte kamu yararı statüsü için aranan şartlar, izlenen süreç ve statünün tanınmasında da dernek ve vakıflar arasında farklılıklar vardır. Ancak kamu tüzel kişileriyle yapılan bir karşılaştırmada kamuya yararlı dernek ve vakıfları birbirinden ayırmayı gerektiren önemli bir fark

⁷ Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 38-51.

⁸ Danıştay 13 D, E 2013/811 K 2013/2659, 25.10.2013.

⁹ Danıştay 13 D, E 2020/2632 K 2021/4134, 2.12.2021.

¹⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2019/5488, 26.7.2019.

¹¹ Saymen ve Karayalçın da dernekleri öncelikle olağan dernekler ve kamuya yararlı dernekler olarak ikiye ayırmakta ve Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu ve o dönemde bir dernek olan Türkiye Çocuk Esirgeme Kurumu gibi dernekleri ayrı bir kategori olarak zikretmektedir. Ferit H Saymen, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar* (Üniversite Kitabevi 1944) 99; Yaşar Karayalçın, *Kamuya Faydalı Müesseseler* (Başbakanlık Devlet Matbaası 1946) 60-64.

bulunmamaktadır. Bu bakımdan dernek ve vakıflar ortak özelliklere sahiptir. 2022 öncesinde kamuya yararlı dernek statüsünün tanınmasına ilişkin düzenlemelere tabi olan spor kulüpleri için 22 Nisan 2022 tarihli ve 7405 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle kamuya yararlı spor kulübü statüsü ayrıca düzenlenmiştir. Statünün tanınmasında farklılık olmasına rağmen kamu tüzel kişileriyle yapılan bir karşılaştırmada spor kulüplerini derneklerden ayırmayı gerektiren bir fark bulunmadığı için spor kulüpleri ayrıca değerlendirilmemiştir.

I. Ayrımda Kullanılan Ölçütlerin Tespiti

Bir tüzel kişinin türünün ve tabi olduğu hukuki rejimin tespitinde öncelikle kuruluşu, kamu gücü kullanma yetkisi, amacının kamu yararı ve faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bunların dışında işlemlerinin, personelinin, mallarının, gelirlerinin ve denetiminin niteliği gibi çeşitli ölçütler de bulunmaktadır¹². Öğretide ve yargı kararlarında bir kamuya yararlı kurumun tüzel kişilik türünün ve tabi olduğu hukuki rejimin tespitinde de söz konusu ölçütlerden yararlanılmaktadır.

KARAYALÇIN kamu kurumlarıyla kamuya yararlı derneklerin niteliklerini Fransız hukukundan yola çıkarak kuruluşlarında etkili olan irade, taşıdıkları amaç, statünün tanınmasının etkisi, işlemlerinin türü, denetimi, mallarının ve çalışanlarının statüsü ve tabi olduğu yargı düzeni bakımından değerlendirmiştir. Bununla birlikte her iki kurum arasında 1901 tarihli Fransız Cemiyetler Kanunu öncesinde bir ayırım yapılmadığını ancak zaman içinde kurumlar arasındaki farklılıkların önem kazandığını belirtmektedir¹³. Kamuya yararlı derneklerin Türk hukukundaki niteliklerini ise alelde derneklerle karşılaştırmalı olarak kuruluşu, ehliyeti, teşkilatı, çalışanları, sona ermesi ve tasfiyesi bakımından incelemiştir¹⁴. Yazar, alelde derneklerle kamuya yararlı dernekler arasında sahip oldukları ayrıcalıklar haricinde hukuki anlamda ayırım yapılmasını gerekti-

¹² Vahdettin Aydın, 'Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Hukuki Statüsü' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2001) 228; Ömer Faruk Kuntoğlu, 'Kamu Tüzel Kişiliği' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011) 51; Ramazan Çağlayan, 'Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları' [2016] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 373, 384; İşbir (n 6) 200; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt 1 (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 125; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2021) 167; Bahtiyar Akylmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 240; Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 148.

¹³ Karayalçın (n 11) 39.

¹⁴ ibid 71 vd.

ren bir husus bulunmadığını ancak idari bakımdan önemli bir kurum olduklarını vurgulamaktadır¹⁵.

ONAR kamu kurumlarıyla kamuya yararlı kurumları birbirinden ayırmak için taşıdıkları amaç, kuruluşlarında ve sona ermelerinde etkili olan irade, faaliyetlerinin kamu hizmeti olup olmaması, kamu gücü kullanma yetki ve imtiyazları, denetimlerinin niteliği, tabi oldukları yargı düzeni, teşkilatlanmaları ve personelinin statüsü bakımından bir değerlendirme yapmıştır. Statülerin nitelikleri arasındaki benzerlik ve farklılıklara ilişkin incelemeler sonrasında ölçütlerin daraldığını, farkların günden güne azaldığını ve söz konusu kurumların birbirine yaklaştığını tespit etmiştir¹⁶.

GÖZLER kamu kurumlarıyla kamuya yararlı kurumların ayırımında ölçüt olarak kanun koyucunun iradesini, kurumun kökenini, kurum üzerindeki denetimin türünü ve kamu gücü ayrıcalıklarının tanınıp tanınmadığını kullanmaktadır. Bununla birlikte kamu hizmeti ölçütünün, faaliyet konularının ve amaçlarının söz konusu kurumların ayırımında belirleyici olmadığını belirtmektedir¹⁷.

İSBİR ise kamuya yararlı kurumları birer sui generis tüzel kişi örneği olarak tanımlamakta ve sui generis tüzel kişilerin ayırımında tüzel kişiliğin özelliklerini dikkate almaktadır. Bu bağlamda tüzel kişinin ve organlarının oluşumunda, ehliyetlerinde, faaliyetlerinde ve sona ermesinde özel hukuk kurallarının mı yoksa kamu hukuku kurallarının mı geçerli olduğunu ölçüt olarak kullanmaktadır. Sui generis tüzel kişileri de kamu ve özel hukuka ilişkin özelliklerinin ağırlığına göre kamu hukuku ağırlıklı ve özel hukuk ağırlıklı sui generis tüzel kişiler olarak ikiye ayırmaktadır¹⁸.

Kamuya yararlı kurumların tüzel kişilik türü ve tabi olduğu hukuki rejimin tespitine ilişkin öğretilerdeki yaklaşımlar dikkate alındığında kullanılan ölçütler büyük oranda birbirine benzemektedir. Bu bağlamda esas olarak özel hukuk tüzel kişisi ve kamu tüzel kişisi ayırımında kullanılan ölçütlerden yararlanılmakta ve buna göre tüzel kişilik türü ve tabi olduğu hukuki rejim belirlenmektedir. Bununla birlikte üçüncü bir seçenek olarak sui generis tüzel kişi kategorisinin

¹⁵ ibid 101.

¹⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 2 (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1966) 1046.

¹⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 641-643.

¹⁸ İsbir (n 6) 474.

oluşturulduğu ve hangisine daha yakın ise ona göre tabi olduğu hukuki rejimin belirlendiği de görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hükümet kuruluşlarıyla hükümet dışı kuruluşların ayırımında öncelikle tüzel kişiye tanımlanan hukuki statüyü dikkate almaktadır. Bununla birlikte gerektiği takdirde tanınan ayrıcalıklar, faaliyetlerinin niteliği ve siyasi makamlardan bağımsız olma ölçütlerini tüzel kişinin türünün tespitinde kullanmaktadır. Bu bağlamda hükümet kuruluşlarını kamu gücü kullanma yetkisini haiz ve kamu hizmetini yerine getiren tüzel kişiler olarak tanımlamaktadır¹⁹.

AYM, Mehmetçik Vakfına ilişkin kararında kamu tüzel kişisiyle *kamu gücünün bir parçası* olarak tanımladığı *kamuyla bağlantılı tüzel kişi* ayırımında birtakım ölçütler kullanmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme tüzel kişinin yürüttüğü hizmetin niteliğini, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığını, idari ve fiili yönden kamu otoritelerinden bağımsızlık derecesini, personelinin statüsünü ve gelir kaynaklarını ölçüt olarak dikkate almaktadır²⁰.

Uyuşmazlık Mahkemesi ise kamuya yararlı kurumlara ilişkin uyuşmazlıklarda tabi oldukları yargı düzenini tespit etmek için tüzel kişinin kuruluş belgesini, faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğini, gelirlerinin kaynağını ve kurucularının, yöneticilerinin ve çalışanlarının statüsünü ölçüt olarak dikkate almaktadır²¹.

Danıştay kamuya yararlı kurumların kamu tüzel kişisi olmadığını açıkça kabul etmekle birlikte kararlarında *kamu hukuku tüzel kişiliğine yaklaşan bir yapı* olup olmadıklarını birtakım ölçütler çerçevesinde değerlendirmektedir. Danıştay bir kararında vakfın yararlandığı ayrıcalıkların, kullandığı kamu kaynaklarının ve tabi olduğu kamu denetiminin diğer kamuya yararlı kurumlardan farklı olup olmadığını, herhangi bir kamu kurum ve kuruluşuyla organik bağının olup olmadığını ve kamu görevi tanımlanıp tanımlanmadığını ölçüt olarak kullanmış

¹⁹ *Slovenya v Hırvatistan App no 54155/16 (ECHR, 18 November 2020) § 61.* İlgili diğer kararlar için bakınız: *Fransa Radyosu ve diğerleri v Fransa App no 53984/00 (ECHR, 30 March 2004) § 26;* *İran İslam Cumhuriyeti Gemicilik Şirketi v Türkiye App no 40998/98 (ECHR, 13 December 2007) §78-81.*

²⁰ Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 38-51. İlgili diğer kararlar için bakınız: Anayasa Mahkemesi, E 2011/85 K 2012/109, 18.7.2012; Anayasa Mahkemesi, Nesrin Köksal, Başvuru No 2018/26241, 23.2.2022.

²¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 1996/41 K 1996/84, 8.7.1996; E 1995/2 K 1995/1, 13.2.1995; E 1999/1 K 1999/11, 3.5.1999; E 2014/171 K 2014/219, 3.3.2014; E 2019/279 K 2019/422, 8.7.2019.

ve kamu hizmetinin ise tek başına bir ölçüt olamayacağını vurgulamıştır²². Başka bir Danıştay kararında ise derneğin kuruluş belgesi, tanımlanan kamu gücü ayrıcalıkları, faaliyetleri, zorunlu üyeliğin olup olmadığı ve üyelerinin çoğunluğunun kamu görevlisinden oluşup oluşmadığı dikkate alınmıştır²³.

Yargıtay, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının tüzel kişiliğinin tespitinde kuruluşlarını, gelirlerini, mali yapısını, ayrıcalıklarını, çalışan personelinin tabi olduğu esasları ve denetimini değerlendirmiştir. Bu bağlamda kuruluş aşamasının vakıflardaki sürece göre tamamlanmasının hukuki statüyü değiştirecek nitelikte olmadığına ve söz konusu vakıfların kamu kurumu niteliğini haiz olduğuna özellikle dikkat çekmektedir²⁴.

Son olarak KDK da kamuya yararlı kurumları her ne kadar açıkça kamu tüzel kişisi olarak tanımlanamasa da *kamu hukukundan etkilenen tüzel kişiler veya görev alanı içinde yer alan kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri* olarak kabul etmektedir. KDK kararlarında kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, mevzuatta belirlenen görevler, yönetim usulü ve yerine getirdiği hizmetler tüzel kişiliğin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır²⁵.

Görüldüğü üzere konuya ilişkin yargı kararlarında öğretide kullanılan ölçütler dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte somut olay çerçevesinde bir değerlendirme yapan yargı organları uyumsuzluk konusuna ilişkin ölçütleri öne çıkarmakta ve her zaman aynı ölçütleri değil gerektiğinde farklı ölçütleri de kullanmaktadır. Dolayısıyla kamuya yararlı kurumların tabi olduğu hukuki rejimin tespitinde belirli bir ölçüt listesi bulunmamaktadır. Tüzel kişilik türünün belirlenmesinde ise yargı organları özel hukuk tüzel kişisi ve kamu tüzel kişisi dışında ayrı bir kategori oluşturmaksızın kamuyla bağlantılı gibi çeşitli kavramlarla fiili olarak üçüncü bir seçeneğin varlığını kabul etmektedir. KDK kararlarında da benzer bir durum söz konusudur.

²² Danıştay 13D, E 2013/811 K 2013/2659, 25.10.2013.

²³ “Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olabilmesi için öncelikle bu tüzel kişinin devlet tarafından kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş olması; ikinci olarak, bu tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olması gerekmektedir... Bir tüzel kişinin kamu hukuku tüzel kişiliğine yaklaşan özel hukuk tüzel kişisi olup olmadığı, tüzel kişinin kuruluşuna, üye yapısına, amacına, gelirlerine, eşyalarının statüsüne, yönetim ve denetimine ve yerleşik yargı içtihatlarına bakılarak belirlenmektedir”. Danıştay 13D, E 2020/2632 K 2021/4134, 2.12.2021.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/1222 K 2018/1137, 30.5.2018.

²⁵ Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2019/5488, 26.7.2019; Başvuru No 2019/398, 23.7.2019; Başvuru No 2020/101637, 1.4.2021.

II. Birincil Ölçütler

A. Kuruluş Ölçütü

Tüzel kişilerin ayrımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate alınan ilk temel ölçüt kuruluşunda etkili olan iradedir²⁶. Bir tüzel kişinin hangi iradenin etkisiyle kim tarafından meydana getirildiği ve hangi usullerle ortaya çıktığı türünün belirlenmesinde kullanılan bir şekli ölçüttür²⁷. Kamu tüzel kişileri kamu iradesiyle, özel hukuk tüzel kişileri ise ilgililerin serbest iradesiyle kurulur²⁸.

Bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olarak tanımlanması için olmazsa olmaz şart kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulmasıdır²⁹. Bu durumda bir kamuya yararlı dernek veya vakıf söz konusu düzenlemelerle kurulmamışsa kamu tüzel kişisi olmadığı açıktır. Dernek ya da vakıf olarak karşımıza çıkan kamuya yararlı kurumlar asıl olarak bildirim ve tescil gibi özel hukuk usulleri çerçevesinde serbest iradeyle kurulur ve özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir³⁰. Ancak yukarıda belirtilen düzenlemelerle şirket, dernek ve vakıf hukuksal formunda özel hukuk tüzel kişileri de kurulabilmektedir³¹. Örneğin Türkiye Kızılay Derneği ya da Türkiye Yeşilay Vakfı gibi, kamu derneği ya da kamu vakfı olarak tanımladığımız, kamu iradesiyle kurulan kamuya yararlı kurumlar bulunmaktadır.

Bu gibi durumlarda dernek veya vakıf kurma işlemi görevlendirilen bakanlık ya da kişiler tarafından yapılmaktadır. Ancak kuruluş işlemleriyle ilgilenen kişi yalnızca bir "aracı" olup "kurucu" düzenlemeyi yapan kamu iradesidir³².

²⁶ Onar (n 16) 1044; Gözler (n 17) 642. Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 39; Danıştay 13D, E 2020/2632 K 2021/4134, 2.12.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/1222 K 2018/1137, 30.5.2018.

²⁷ İsbir (n 6) 201.

²⁸ Onar (n 16) 970; A Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (13. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 151.

²⁹ Anayasa'nın 123. maddesinde kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı düzenlenmektedir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde ise kamu tüzel kişiliği kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak da kurulabilmekteydi.

³⁰ Onar (n 16) 1042.

³¹ İsmail Doğanay, 'Devlet Demiryolları İşletme Genel Müdürlüğü Ceza Kanununun 483'üncü Maddesinden Faydalanabilir Mi?' (1947) 38 *Adalet Dergisi* 954, 962; İl Han Özyay, *Günüşiğında Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004) 133; Çağlayan (n 12) 393; İsbir (n 6) 221; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 168.

³² Hatemi (n 3) 128.

Örneğin 7439 sayılı Kanun'la kurulan Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfının kuruluş ve tesciline ilişkin işlemler Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmüştür³³.

Kamu hukuku usulleri çerçevesinde kamu iradesiyle kurulma kamuya yararlı kurumları diğer derneklerle vakıflardan ayırmakta ve onları salt özel hukuk tüzel kişiliğinden ve birer sivil toplum kuruluşu olmaktan da uzaklaştırmaktadır. Zira sivil toplum kuruluşlarının bağımsız ve gönüllü olması serbest iradeyle kurulmayı gerektirir. Kamu derneği veya kamu vakfı olarak tanımladığımız kurumlardan önemli bir kısmı kamu iradesiyle kurulmuştur. Bu açıdan ölçüt kamuya yararlı kurum türlerinin sınıflandırılmasını da sağlamakta ve kamu dernek ve vakıflarını alelade kamuya yararlı dernek ve vakıflardan ayırmaktadır.

Öte yandan AYM bu durumu bir adım daha ileriye taşımıştır. Mahkeme tüzel kişinin kamuyla bağlantısının değerlendirilmesinde kuruluş belgesinin kamusal işlemlerle onaylanmasını da dikkate almaktadır³⁴. Bu bağlamda 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesine göre Kızılayın ve THK'nin tüzüğü'nün Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması kamuyla bağlantılı olduklarını göstermektedir.

Tüzel kişilerin kuruluşuna ilişkin açıklamalar sonrasında kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan ya da Anayasa değişikliği öncesi idari bir işlemle kurulmuş kamuya yararlı kurumların kamu tüzel kişisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Eğer söz konusu düzenlemede ya da daha sonra açıkça kurumun kamu tüzel kişiliğini ya da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu belirtilmiş ise söz konusu ölçüt tüzel kişiliğin belirlenmesinde tek başına yeterli olacaktır³⁵. Örneğin Türkiye ve Pakistan arasında imzalanan uluslararası anlaşmada Türkiye Maarif Vakfının bir devlet kurumu olduğu³⁶ ve Bakanlar Kurulunca onaylanan Türk Hava Kurumu Tüzüğü'nün 3. maddesinde de THK'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak kamuya

³³ Geçici madde 1/2, Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı Kanunu Kanun Numarası: 7439, Kabul Tarihi: 2.3.2023, RG 8.3.2023/32126.

³⁴ Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 44).

³⁵ Gözler (n 17) 642.

³⁶ Anlaşmada TMV Türkiye'nin bir devlet kuruluşu (*a governmental organization of Turkey*) ve Türk devlet kurumu (*Turkish governmental institution*) olarak tanımlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkiye Maarif Vakfının Statüsü ve Faaliyetlerine İlişkin Mutabakat Zaptı, Kabul Tarihi: 13.1.2021, RG 22.4.2021/31462.

yararlı kurumlara ilişkin düzenlemelerde genellikle böyle bir nitelendirme yapılmamaktadır. Dolayısıyla kuruluş ölçütü önemli olmakla birlikte tüzel kişiliğin tespit edilmesinde tek başına yeterli olmamaktadır³⁷.

Bir diğer husus kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan kamu tüzel kişinin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasıdır. Tek başına bu durumun kamu tüzel kişisini özel hukuk tüzel kişisine dönüştürmediği kabul edilmektedir³⁸. Bu bağlamda kamuya yararlı kurumların kuruluş kanunlarında Türk Medeni Kanunu, Dernekler Kanunu veya Vakıflar Kanunu hükümlerine göre kurulacağını belirtilmesi bunların salt özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirilmesi için yeterli bir ölçüt değildir.

Konuya ilişkin bir başka husus da kamu yararı statüsünün tanınmasına ilişkindir. Kamu yararı statüsü kural olarak tüzel kişinin kuruluşu sonrasında şartları sağladığı takdirde tanınmaktadır. Ancak bir kısım kamu dernek ve vakıflarında olduğu gibi kanunla kamu yararı statüsünün tanındığı da görülmektedir. Örneğin Antalya Diploması Forumu Vakfına ve Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfına kamu yararı statüsü kanunla tanınmıştır³⁹. Bu bağlamda kamu yararı statüsünün tanınması bir kuruluş işlemi olmayıp yalnızca dernek veya vakfın ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğunu ifade etmektedir. Statünün tanınmasıyla tüzel kişilik türünde bir değişiklik olmamaktadır. Dolayısıyla kanunla kamu yararı statüsünün tanınmış olması kamuya yararlı kurumun kamu tüzel kişisi yapmaz. Ancak kurumun kamu derneği veya kamu vakfı olup olmadığının tespitinde ve tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate değer bir ölçüttür.

Son olarak tüzel kişilerin sona ermesinde etkili olan irade de ayırmda önemli bir rol oynamaktadır. Kamu tüzel kişileri yetkide ve şekilde paralellik ilkesince kuruluşları dikkate alınarak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle sona erdirilebilir⁴⁰. Özel hukuk tüzel kişilerinden dernekler kendiliğinden, genel kurul kararıyla veya mahkeme kararıyla; vakıflar ise kendiliğinden

³⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 241.

³⁸ Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, Cilt 1 (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979) 121; Çağlayan (n 12) 393; Gözler (n 17) 220; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 168; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 241.

³⁹ Madde 6, Antalya Diploması Forumu Vakfı Kanunu Kanun Numarası: 7430, Kabul Tarihi: 4.1.2023, RG 10.1.2023/32069; madde 6, Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı Kanunu Kanun Numarası: 7439, Kabul Tarihi: 2.3.2023, RG 8.3.2023/32126.

⁴⁰ Marcel Waline, 'Törel Kişilik Kuramı' (1943) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 306, 315; Onar (n 16) 1044; Özay (n 31) 122; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 169.

veya mahkeme kararıyla sona erdirilebilir. Bu bağlamda kamuya yararlı dernek ve vakıflar da kuruluşlarında etkili olan irade dikkate alınarak sona erdirilir. Örneğin kanunla kurulan bir kamuya yararlı kurumun yine aynı şekilde kanunla sona ermesi gerekmektedir.

B. Kamu Gücü Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde kullanılan ikinci temel ölçüt kamu gücü kullanma yetkisinin olup olmadığıdır⁴¹. Kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayıran önemli özelliklerinden biri kamu gücü kullanma yetkisini haiz olmalarıdır. Kamu gücünün tanınmasında iki temel amaç bulunmaktadır: Kamu yararını bireysel yarara üstün tutmak ve kamu hizmetini gerçekleştirmek⁴². Birer dernek veya vakıf olan kamuya yararlı kurumlar kural olarak kamu gücü kullanma yetkisini haiz değildir. Bununla birlikte istisnai de olsa kamu gücü kullanma yetkisi ve ayrıcalıklarının tanınması kamuya yararlı kurumların tüzel kişiliğini tartışmalı hale getirmektedir.

Öte yandan kamuya yararlı kurumlar temelde özel hukuk tüzel kişisi olmalarının yanı sıra birer sivil toplum kuruluşudur. Sivil toplum kuruluşları kamu sektöründen bağımsız ve kâr elde etme amacı taşımayan gönüllü örgütlerdir. Sivil toplum kuruluşlarının bağımsızlığı devletin egemenlik unsurunu yansıtan kamu gücü kullanma yetkisinin tanınmamasını gerektirmektedir. Aksi takdirde sivil ve bağımsız olma niteliklerini kaybederler. Bu bağlamda bazı kamu derneklerine ve vakıflarına sınırlı kamu gücü yetkisinin tanınması onları özel hukuk tüzel kişisi ve sivil toplum kuruluşu olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Kamu gücü kullanma yetkisi ve ayrıcalıkları kamu tüzel kişilerinin çalışmada belirtilen her bir özelliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla bu kısımda yetki ve ayrıcalıklardan kısaca bahsetmekte fayda bulunmaktadır. İlk olarak kamu tüzel kişileri ilgililerin iradesini dikkate almaksızın tek taraflı işlem ve düzenleyici işlemler yapabilir⁴³. Kamuya yararlı kurumlar ise ancak mensuplarını ilgilendiren işlemler yapabilir. İkinci olarak hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve

⁴¹ Onar (n 16) 1044; Gözler (n 17) 643; İsbir (n 6) 228. *Slovenya v Hırvatistan App no 54155/16 (ECHR, 18 November 2020) § 61*. Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 40. Danıştay 13D, E 2020/2632 K 2021/4134, 2.12.2021.

⁴² Celal Erkut, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik Basımevi 2004) 37; Gözübüyük ve Tan (n 28) 154; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 119; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 33.

⁴³ Erkut (n 42) 53; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 170.

icrailik özelliğine sahip idari işlemler tek başına hukuki sonuç doğurur⁴⁴. Kamuya yararlı kurumların işlemleri ise hukuka uygunluk karinesinden yararlanamaz ve icrailik özelliğine de sahip değildir. Üçüncü olarak kamu gücünü etkin ve anlamlı kılan idarenin re'sen icra yetkisine sahip olmasıdır⁴⁵. Kamuya yararlı kurumlar ise ilgililerin rızasının olmadığı durumlarda mahkeme kararı olmaksızın kendiliğinden işlemlerini uygulama gücüne sahip değildir.

Kamu gücü belirtilenlerin dışında başka yetki ve ayrıcalıklar da sağlamakta ve birtakım yükümlülükler de tabi olmayı gerektirmektedir⁴⁶. İlk olarak kamu gücü ancak kamu hizmetini gerçekleştirmek ve kamu yararını sağlamak için kullanılır. Dolayısıyla kamu gücünü kullanan idare kamu hizmeti ilkelerine uygun hareket etmek durumundadır. Kamuya yararlı kurumların da amacı kamu yararı olup faaliyetleri kamu hizmeti niteliğindedir. İkinci olarak kamu gücü idareye kamulaştırma yetkisi tanıdığı gibi idarenin mallarının kamu malı sayılmasını ve özel olarak korunmasını sağlar. Kamuya yararlı kurumların malları da ceza hukuku bağlamında kamu malı gibi korunmaktadır. Üçüncü olarak kamu gücü idarenin vergi ve mali yükümlülüklerden muaf olmasını ve gelirlerinin kamu geliri sayılmasını sağlar. Kamuya yararlı kurumlar da bazı vergilerden muaf tutulma gibi mali ve idari ayrıcalıklardan yararlanmaktadır. Dördüncü olarak kamu gücü idarenin personelinin birtakım ayrıcalıklardan yararlanmasını sağladığı gibi bazı yükümlülükler tabi olmasını gerektirir. Kamuya yararlı kurumların personeli ise kısmen de olsa bazı ayrıcalıklardan yararlanır ve birtakım yükümlülükler tabi tutulur. Son olarak kamu gücünün kullanılması uyuşmazlıklarda idare hukukunun uygulanmasını ve idari yargının görevli olmasını gerektirir. Kamuya yararlı kurumların işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklarda ise kural olarak özel hukuk kuralları uygulanır ve adli yargı makamları görevlidir.

Kamu gücünün sağladığı yetki, ayrıcalık ve yükümlülükler daha da genişletilebilir. Görüldüğü üzere kamuya yararlı kurumların kural olarak kamu gücü kullanma yetkisi olmamakla birlikte ayrıcalık ve yükümlülükler bağlamında kamu tüzel kişileriyle ortak özellikleri bulunmaktadır. Konuya ilişkin açıklamalar

⁴⁴ İsmail Uçar, 'İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi' (2016) 20 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331, 368.

⁴⁵ Hayrettin Yıldız, *İdarenin Re'sen İcra Yetkisi* (Seçkin Yayıncılık 2019) 78.

⁴⁶ Çağlayan (n 12) 395; İsbir (n 6) 264; Gözübüyük ve Tan (n 28) 154; Gözler (n 17) 96; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 245. Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 43).

sonrasında kamu gücü ölçütü kullanılarak kamuya yararlı kurumların tüzel kişilik türünün ve tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi gerekmektedir.

İlk olarak kamuya yararlı dernek ya da vakıf kanunla kurulmuş ve tüzel kişilik türü belirtilmemişse kamu gücü kullanma yetkisinin tam olarak tanınıp tanınmadığına bakılmaktadır. Öğretide GÖZLER kanunla, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ya da Anayasa değişikliği öncesi kanunun açıkça verdiği yetkiyle kurulan şirket, vakıf ve derneklerin her ne kadar özel hukuk formunda olsalar da kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleriyle donatıldığı takdirde kamu tüzel kişisi olarak kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmektedir⁴⁷. ATAY ise kanunla özel hukuk tüzel kişiliği oluşturmadaki amacın tüzel kişiyi tabi olduğu bazı genel kurallardan (örneğin şirketlerin şirketler hukukunun bazı genel kurallarından) istisna tutmak olduğunu ve bu durumda tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişiliğini korumaya devam edeceğini belirtmektedir⁴⁸. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA da kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan ve kısmen kamu gücü kullanma yetkisi ve ayrıcalığı tanınan bir özel hukuk tüzel kişisinin kamu tüzel kişisi gibi muamele göreceğini belirtmekte ancak bu durumun onu kamu tüzel kişisi yapmayacağını vurgulamaktadır⁴⁹.

Kanaatimizce kanun koyucunun dernek ya da vakıf adı altında kamuya yararlı kurumlar oluşturmasının sebebi salt bir kamu tüzel kişisi kurmak değil, kurumu özel hukuk kişisi olmanın sağladığı serbestlik gibi ayrıcalıklardan yararlandırmak ve kamu tüzel kişilerinin tabi olduğu birtakım yükümlülüklerden muaf tutmaktır. Ancak bu durum tüzel kişinin kamu gücü kullandığında ya da ayrıcalıklarından yararlandığında kamu hukuku rejimine tabi tutulmasını engellemez. Örneğin AYM, Kızılayın bazı kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olduğu ve Kızılay tarafından alınan işten çıkarma tedbirinin kamu gücü kullanımı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatini taşımaktadır⁵⁰. Sonuç olarak kanunla, Cum-

⁴⁷ Gözler (n 17) 220.

⁴⁸ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 168.

⁴⁹ Akylmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 244.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, Nesrin Köksal, Başvuru No 2018/26241, 23.2.2022, § 35-36, 52). "... Kızılay tarafından alınan işten çıkarma tedbirinin kamu gücünün kullanımı olarak kabul edilmesi gerektiği ... Öte yandan işverenin menfaati kavramı, bu işverenin kamu kurum ya da kuruluşlarından veya birtakım kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan özel hukuk tüzelkişilerinden olması hâlinde geniş yorumlanabilir... Zira kamu gücü kullanan bir işverenin devlete sadakat bağı bulunmayan veya zayıf olan bir kişiyle çalışmaya tahammül gösterme yükümlülüğünün olmadığı ve işverenlerin sadakatsiz olduğunu düşündükleri kişilerle iş ilişkilerini tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkına sahip oldukları kabul edilmelidir..."

hurbaşkanlığı kararnamesiyle ya da Anayasa değişikliği öncesi kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulan ancak tüzel kişilik türü belirtilmeyen ve kamu gücü kullanma yetkisi tanınan kamuya yararlı kurumlar birer kamu derneği veya kamu vakfı olup kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişilerdir.

Konuya ilişkin değerlendirilmesi gereken ikinci husus da ilgililerin serbest iradesiyle özel hukuk hükümleri çerçevesinde kurulan kamuya yararlı kurumlara kamu gücü kullanma yetkisi, ayrıcalıkları ve yükümlülüklerinin tanınmasıdır. Böyle bir durumda tüzel kişinin özel hukuk tüzel kişisi olma niteliğinin değişmediği kabul edilmektedir⁵¹. İSBİR ise şekli anlamda özel hukuk tüzel kişisi olan kamuya yararlı kurumların kamu gücü ölçütü eklenmesiyle sui generis tüzel kişiye dönüştüğünü belirtmektedir⁵². Kanaatimizce söz konusu kamuya yararlı dernek ve vakıflar birer alelade kamuya yararlı kurumdur. Aynı zamanda tanınan istisnai kamu gücü kullanma yetkisi, ayrıcalığı ve yükümlülüğüyle sınırlı olmak kaydıyla kısmen de olsa kamu hukukuna tabi olup birer özel hukuk ağırlıklı sui generis tüzel kişilerdir. Örneğin sürücü belgelerini verme yetkisi Emniyet Genel Müdürlüğündedir. Ancak uluslararası sürücü belgeleri kamuya yararlı dernek statüsüne sahip Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından verilmektedir⁵³. Danıştay, Uluslararası Karayolu Trafiği Sözleşmesine dayandığı için yönetmelikle kamu gücü kullanma yetkisinin bir kamuya yararlı derneğe verilmesini hukuka aykırı bulmamıştır⁵⁴. Bir diğer örnek Tarım ve Orman Bakanlığının at yarışlarına ilişkin birtakım kamusal yetkilerini kamuya yararlı dernek statüsüne sahip Türkiye Jokey Kulübüne devretmesidir⁵⁵. Bir başka örnek de İçişleri Bakanlığı tarafından işletilen geri gönderme merkezlerinin protokolle Kızılay veya kamuya yararlı derneklerden göç alanında uzmanlığı bulunanlara işlettirilmesidir⁵⁶. Ancak burada kamu gücü kullanma yetkisinin devri değil ayrıcalık

⁵¹ Gözler (n 17) 222; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 170; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 244.

⁵² İsbir (n 6) 230.

⁵³ Madde 80, Karayolları Trafik Yönetmeliği, RG 18.07.1997/23053.

⁵⁴ Danıştay 15D, E. 2014/4210 K 2017/7282, 6.12.2017.

⁵⁵ 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun'un 5. maddesi kapsamında Tarım ve Orman Bakanlığının at yarışları düzenlemeye ilişkin yetkilerinin Cumhurbaşkanı kararı ile bu alanda faaliyet gösteren kamuya yararlı derneklere devredilebilmesi ve Bakanlığın arazilerinin bedelsiz olarak kullandırılması mümkündür. Ancak Kanun'un ek 2. maddesine göre at yarışları düzenleme yetkilerine ilişkin lisanslar 49 yıllığına Türkiye Varlık Fonu'na verilmiştir. 1.10.2023 tarihinde Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Jokey Kulübü arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesiyle at yarışı düzenleme ve bahis toplama yetkisi 10 yıllığına Türkiye Jokey Kulübüne devredilmiştir.

⁵⁶ Madde 58, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

tanınması söz konusudur. Zira merkezlerin işlettirilmesi beslenme, barınma ve temizlik gibi faaliyetleri içermekte olup yönetim yetkisi idareye aittir⁵⁷.

C. Kamu Hizmeti Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde kullanılan üçüncü temel ölçüt faaliyetlerinin kamu hizmeti olup olmadığıdır. Kamu hizmeti tek başına yeterli bir ölçüt olarak kabul edilmemekte ancak ayırımın yapılmasında da kullanılmaktadır⁵⁸. Çalışmanın bu kısmında kamuya yararlı kurumların faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığı ve tabi oldukları hukuki rejim değerlendirilmektedir.

Kamu hizmeti kavramı organik, maddi ve şekli olmak üzere üç farklı anlamda kullanılmaktadır⁵⁹. Kavramın organik anlamı dikkate alındığında kamuya yararlı kurumlar idari teşkilatlanma esaslarına tabi olmadıklarından faaliyetlerinin kamu hizmeti olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türkiye Maarif Vakfının uluslararası anlaşmadan kaynaklanan kamu tüzel kişiliği bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Kavramın şekli anlamı dikkate alındığında da kamuya yararlı kurumların özel hukuk hükümleri çerçevesinde hareket etmesi faaliyetlerinin kamu hizmeti olmadığını göstermektedir.

Kavramın maddi anlamı dikkate alındığında ise alelade ve kamu ayrımı olmaksızın tüm kamuya yararlı dernek ve vakıfların toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu yararını sağlamak için yürüttüğü faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olması kamu yararı statüsünün varoluş amaçlarına dayanmaktadır. Zira statünün tanınmasıyla sivil toplum kuruluşlarının kamu hizmetine katılımı ve devletin yükünün azaltılması hedeflenmektedir. Kamuya yararlı dernek statüsü için aranan maddi şart derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olma-

⁵⁷ Madde 8 ve 9, Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, RG 22.04.2014/28980.

⁵⁸ İsbir (n 6) 226; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 562; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 246. *Slovenya v Hırvatistan App no 54155/16 (ECHR, 18 November 2020) § 61*; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 2016/1222 K 2018/1137, 30.5.2018.

⁵⁹ Süheyp Derbil, 'Kamu Hizmeti Nedir?' (1950) 7 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 28, 29; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 565; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 585; Bayram Keskin, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 26.

sıdır⁶⁰. Bu şart talebin değerlendirilmesi sürecinde görüşü alınan Hazine ve Maliye Bakanlığınca “faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olması” şeklinde yorumlanmıştır⁶¹. Danıştay da Devletin kamu hizmeti görevini amaç edinen ve yapan dernekleri kamuya yararlı olarak değerlendirmiştir⁶². Kamuya yararlı vakıf statüsü için aranan maddi şart da vakfın kamu hizmetini amaç edinmesi ve faaliyetlerinin Devletin kamu hizmeti yükünü azaltıcı etki yapacak düzeyde olmasıdır⁶³. Statünün varoluş amacı ve konuya ilişkin düzenlemeler faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olmasını zorunlu kılmaktadır.

Kavramın tanımlanmasına ilişkin bir başka yaklaşım da faaliyetin kurulmasında etkili olan iradeyi ölçüt almaktadır. Günümüzde kabul gören bu yaklaşım bir faaliyetin kamu hizmeti olarak tanımlanabilmesi için yasama organının bu yönde iradesini aramaktadır⁶⁴. Bu bağlamda kanunla ya da daha geniş bir ifadeyle kamu iradesiyle kurulan (çalışmada kamu dernek ve vakıfları olarak tanımlanan) kamuya yararlı kurumların faaliyetleri söz konusu ölçüt dikkate alındığında birer kamu hizmetidir. Kamu iradesiyle kurulmayan alelade kamuya yararlı kurumların faaliyetleri ise tek taraflı görevlendirme niteliğindeki kamu yararı statüsünün tanınması kararıyla birer kamu hizmetine dönüşmektedir.

Konuya ilişkin bir diğer husus kamu hizmetlerinin yürütülmesine egemen olan temel ilkelerdir. Türk idare hukuku öğretisinde söz konusu ilkeler *süreklilik-düzenlilik*, *değişkenlik-uyarlanabilirlik*, *tarafsızlık-eşitlik* ve *bedelsizlik* olarak tanımlanmaktadır. Kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olması ilgili toplumsal ihtiyacın devam ettiği sürece yoğunluğu dikkate alınarak karşılanmasını ifade

⁶⁰ Madde 27, Dernekler Kanunu, Kanun Numarası: 5253, Kabul Tarihi: 4.11.2004, RG 23.11.2004/25649.

⁶¹ Kurumlar Vergisi Sirküleri, No 2, 14.11.2003; Kurumlar Vergisi Sirküleri, No 4, 18.2.2004; Kurumlar Vergisi Sirküleri, No 15, 22.2.2005; Gelir İdaresi Başkanlığı, ‘Derneklerin Vergilendirilmesi Rehberi’ 5 <www.gib.gov.tr> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023.

⁶² Fazıl K Anadolu, ‘Danıştay’ca Hangi Dernekler Kamuya Yararlıdır’ [1977] Türk İdare Dergisi 56, 64.

⁶³ Madde 20, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4962, Kabul Tarihi: 30.7.2003, RG 7.8.2003/25192; Hazine ve Maliye Bakanlığının Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliği, No 1, RG 3.4.2007/26482.

⁶⁴ Aydın Gülan, ‘Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1987) 14; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 566; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 586. GÜLAN haklı olarak diğer ölçütlerle doğrulanamadığı takdirde yalnızca yasama organının bir faaliyeti kamu hizmeti olarak tanımlamasının kabul görmeyeceğini belirtmektedir.

etmektedir⁶⁵. ONAR bir faaliyetin kamu hizmeti olması için tatil edildiği takdirde süreklilik ve düzenlilik ilkesi gereği devlet tarafından üstlenilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁶.

Bu bağlamda tüm kamuya yararlı kurumların faaliyetlerinin her zaman sürekli ve düzenli olduğunu ya da olması gerektiğini söylemek mümkün görünmemekte ve türler arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. ONAR Türk Hava Kurumu ve Kızılay gibi kamuya yararlı kurumların faaliyetlerini, tatil edildiği takdirde Devletin herhangi bir teşkilatının bu faaliyeti aynı şekilde devam ettirmek zorunda olmadığından, birer kamu hizmeti olarak değerlendirmemiştir⁶⁷. Kanaatimizce kamu dernek ve vakıflarının faaliyetleri arasında onlara özgülünen, idarece yürütülmeyen, sürekli ve düzenli olması gereken kamu hizmeti niteliğinde faaliyetler de bulunmaktadır. Örneğin Kızılayın güvenli kan temin etmeyi durdurduğunu varsaydığımızda sağlık hizmetlerinin devamı için Devlet derhal bu faaliyeti yüklenmek ya da güç kullanarak yaptırmak durumundadır. Alelade kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri ise genellikle idarenin mevcut kamu hizmetlerini destekler niteliktedir. Ara verildiği takdirde her ne kadar idarenin kamu hizmeti yükünü bir miktar artırsa da hizmetin aksamasına yol açmamaktadır. Örneğin kültür ve dayanışma derneklerinin faaliyetleri kesintiye uğradığı takdirde kamu hizmetlerinin aksamasına yol açmayacaktır. Süreklilik ve düzenlilik ilkesi bağlamında yapılan ayırım bir genellemeden ibaret olup her bir somut örnekte ayrıca değerlendirilmeyi gerektirmektedir.

Kamu hizmetinin değişkenliği ve uyarlanabilirliği faaliyetlerin bilimsel ve teknolojik gelişmeler dikkate alınarak güncel duruma uygun yürütülmesini ifade etmektedir⁶⁸. Uyarlanma ilkesi bağlamında hizmetin değiştirilmesindeki temel amaç kamu yararının sağlanmasıdır⁶⁹. Kamuya yararlı kurumlar da amaçları doğrultusunda faaliyetlerini güncel duruma uyarlamak durumundadır. Zira statünün tanınması ve devam ettirilmesi faaliyetlerinin kamuya yarar sağlayacak şekilde yürütülmesini gerektirmektedir.

⁶⁵ M Gözde Atasayan, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 82.

⁶⁶ Onar (n 16) 1044.

⁶⁷ ibid.

⁶⁸ Özay (n 31) 237.

⁶⁹ Ahmet Bağrıaçık, 'Kamu Hizmetinin Uyarlama İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 26 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155, 180.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde tarafsızlık ve eşitlik ilkesi faaliyetin ayrımcılık yapılmaksızın aynı hukuki durumdaki herkese eşit bir şekilde sunulmasını ve herkesin eşit bir şekilde yararlanmasını ifade etmektedir⁷⁰. Kamu hizmetlerinin sunumunda toplumdaki engelli bireyler gibi dezavantajlı gruplara pozitif ayrımcılık yapılması ise eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturmamaktadır⁷¹. Kamuya yararlı kurumlar da faaliyetlerini tarafsızlık ve eşitlik ilkesine uygun yürütmek durumundadır. Kamu yararı kavramının kamu boyutu ilgili dernek ya da vakfa statünün tanınması için yöneldiği kesimle arasında özel bir bağın olmamasını gerektirmektedir. Bu bağlamda makul bir sınırlandırma gerekçesi olmaksızın belli bir kitlenin yararına yönelik kamuya açık olmayan veya kamu tarafından erişilmesi mümkün olmayan faaliyetler kamu hizmetinin tarafsızlık ve eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Kamu hizmetinin bedelsizliği (meccaniliği) ilkesi ise kamu yararının bir gereği olarak hizmet karşılığında herhangi bir bedel almaksızın sunulmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda bedelsizlik kamu hizmetlerinin salt kâr elde etme amacıyla yürütülmesini önlemekte ve katkı payı gibi birtakım karşılıkların makul olmasını gerektirmektedir⁷². Kamuya yararlı kurumlar da gerek tüzel kişiliklerinin ve gerekse kamu yararı statüsünün bir gereği olarak salt kâr elde etme amacıyla faaliyetlerini yürütemezler. Öte yandan ilgili kurumların gelirlerinin hayırseverlerin bağışlarından ve kamu desteklerinden oluşması ve önemli mali ayrıcalıklardan yararlanması yürüttükleri faaliyetlerin de bedelsiz sunulmasını gerektirmektedir. Ayrıca faaliyetlerden yararlananlar da genellikle ihtiyaç sahibi insandır. Bu bağlamda her ne kadar idarenin kamu hizmeti sunumunda bedelsizlik ilkesinin önemini yitirdiği ifade edilse de kamuya yararlı kurumların faaliyetlerinin esasen bedelsiz olması önemini korumaktadır.

Konuya ilişkin bir diğer husus kamu hizmetlerinin türleri bağlamında kamuya yararlı kurumların faaliyetlerinin değerlendirilmesidir. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar devletin tekelinde olan adalet hizmetleri ve milli savunma gibi kamu hizmetlerini yürütemez. Faaliyetleri idarenin yanında özel kesimlerde yürütülebilen eğitim, sağlık ve özellikle sosyal yardım gibi tekel niteliğinde olmayan kamu hizmetlerine ilişkindir. Bununla birlikte Yunus Emre Vakfı ve Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfına kanunla tekel niteliğinde faaliyet

⁷⁰ Özay (n 31) 241.

⁷¹ Züleyha Keskin, *Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 193.

⁷² Büşra İzci, *Meccanilik İlkesi ve Türkiye’de Kamu Hizmetinden Yararlanandan Karşılık Alınmasının Meşruiyeti* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 180.

gösterme alanı tanınmıştır⁷³. KALABALIK, faaliyetleri kendisine kanuni bir tekel olarak tahsis edilen tüzel kişilerin diğerleriyle eşit olmayıp üstün tutulduğunu ve bu sebeple kamu hukuku tüzel kişisi olduğunu belirtmektedir⁷⁴.

Kamuya yararlı derneklerin faaliyetleri bütün ülkede yürütülen milli kamu hizmeti niteliğinde olabileceği gibi belli bir bölgede yürütülen mahalli kamu hizmeti de olabilir. Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda faaliyetlerin ülke çapında yararlı sonuç verecek nitelikte ve ölçüde olması aranmış iken 5253 sayılı Kanun'da bu şart aranmamakta ve 2005 tarihli Dernekler Yönetmeliği'nde de faaliyetlerin yerel, ulusal veya uluslararası düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik olması düzenlenmektedir. Kamuya yararlı vakıfların faaliyetleri ise belli bir yöre veya belli bir kitleye yönelik olmamalıdır⁷⁵.

Konularına göre kamu hizmetleri idari, iktisadi, sosyal, bilimsel, teknik ve kültürel gibi türlere ayrılmaktadır⁷⁶. Kamuya yararlı kurumlar da sağlık, insani yardım, çevre ve eğitim başta olmak üzere birçok alanda faaliyet göstermektedir. Kamuya yararlı dernekler için faaliyet konusu bakımından bir sınırlandırma söz konusu olmamakla birlikte kamuya yararlı vakıf statüsü için vakfın faaliyet konusunun sağlık, sosyal yardım, eğitim, bilimsel araştırma ve geliştirme, kültür ve çevre koruma ile ağaçlandırma olması gerekmektedir⁷⁷.

Konuya ilişkin bir başka husus da kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetlerinin kamu hizmetinin görülüş usullerinden hangisiyle bağdaştığıdır. Bu bağlamda Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları *emanet usulüyle* kamu hizmeti görmektedir⁷⁸. Zira kanunla kurulan söz konusu vakıflar kendilerine tahsis edilen kamusal kaynaklarla ve çoğunluğunu kamu görevlilerinin oluşturduğu müteveli he-

⁷³ Ali Akyıldız, 'İmparatorluktan Günümüze Türk Vakıf Hukuku Gelişmelerine Kamusal Bakış' in Mehmet Ünal ve diğerleri (eds), *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2009) 1030. Madde 2/4: "Bu amaçla başka bir vakıf kurulamaz", Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Kanunu, Kanun Numarası: 3388 sayılı, Kabul Tarihi: 17.6.1987, RG 25.6.1987/19498; madde 3/2: "Vakıf tarafından yurt dışında Kültür Merkezi açılan şehirlerde diğer kamu kurum ve kuruluşları aynı amaçla başka birimler oluşturamaz", Yunus Emre Vakfı Kanunu, Kanun Numarası: 5653, Kabul Tarihi: 5.5.2007, RG 18.5.2007/26526 .

⁷⁴ Kalabalık (n 12) 125.

⁷⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığının Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliği, No 1, RG 3.4.2007/26482.

⁷⁶ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 596.

⁷⁷ Hazine ve Maliye Bakanlığının Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliği, No 1, RG 3.4.2007/26482.

⁷⁸ Gülan (n 64) 54; Özay (n 31) 290; Akyıldız (n 73) 1020.

yetiyle Kanun'da tanımlanan faaliyetleri doğrudan yürütmektedir⁷⁹. Benzer şekilde Yunus Emre Vakfı ve Türkiye Maarif Vakfının faaliyetleri de kamu hizmetinin emanet usulüyle görülmesidir. Söz konusu kurumlar her ne kadar vakıf olarak adlandırılrsa da faaliyetlerini kamu tüzel kişilerinden farklı bir şekilde yürütmemektedir.

Kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince görülmesi ise iki şekildedir. Birincisi idarenin özel hukuk kişisini tek taraflı görevlendirmesi ve ikincisi de idare ile özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeyle görevlendirmedir. Bu bağlamda dernek ve vakıflara kamu yararı statüsünün tanınmasıyla kamu hizmetlerinin görülmesi *kamuya yararlı sayma usulüyle tek taraflı görevlendirme*⁸⁰ veya *kamu hizmetlerinin görülüşünde vakıf modeli*⁸¹ olarak ifade edilmektedir. Statünün tanınması kararıyla birlikte kurumun amacının kamu yararı ve faaliyetlerinin de kamu hizmeti niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu yöntemle dernek ve vakıfların gönüllü olarak kamu hizmeti görmesi özendirilmekte ve desteklenmektedir⁸². Bu sayede ya idarenin yürütmesi gereken bir kamu hizmeti görülmekte ya da mevcut kamu hizmetlerini tamamlayıcı nitelikte faaliyetler yürütülmektedir⁸³.

Sonuç olarak kamu hizmetine ilişkin hususlar dikkate alındığında kamuya yararlı kurumların faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu durum ilgili kurumların kamu tüzel kişisi olduğunu göstermemektedir. Ayrıca ölçüt kamu hukuku rejimine tabi tutulmaları için tek başına yeterli olmayıp diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmelidir.

D. Kamu Yararı Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde kullanılan dördüncü temel ölçüt amaçlarının kamu yararı olup olmadığıdır. Kamu yararı tanımlandığı yere ve zamana göre değişen, sürekli gelişen, dinamik, esnek, çok işlevli ve hukuki boyutunun yanı sıra ekonomik, sosyal, siyasi ve felsefi boyutu

⁷⁹ Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, Kanun Numarası: 3294, Kabul Tarihi: 29.5.1986.

⁸⁰ Gözübüyük ve Tan (n 28) 578; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 2 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 388; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 598.

⁸¹ Özay (n 31) 291; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 269.

⁸² Özay (n 31) 260 ve 291; İsbir (n 6) 261; Necip Taha Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 188; Çağlayan (n 81) 269.

⁸³ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982) 346; Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Der Yayınları 2014) 194-196; Gür (n 82) 188.

olan bir kavramdır⁸⁴. Kamu yararı idare hukukunun temeli olduğu gibi kamu tüzel kişilerinin tüm faaliyetlerinin de amacını tanımlamaktadır⁸⁵. Özel hukuk kişilerinin amacı ise genellikle bireysel yararadır. Bununla birlikte kamu yararını amaç edinen özel hukuk kişileri de bulunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında kamuya yararlı dernek ve vakıfların amaçlarının idare hukuku anlamında kamu yararı olup olmadığı kavramın *kamu ve yarar* unsurları çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Kamu yararı kavramının yalnızca idarenin faaliyetlerinin amacını tanımlamak için mi kullanılacağı yoksa özel hukuk kişilerinin birtakım faaliyetlerinin de kamu yararı amacına yönelik olup olmadığı öğretilerde tartışılmaktadır. ONAR kamuya yararlı kurumların amaçlarının kurucularının, üyelerinin veya bunlara yakın bazı kimselerin yararına değil tamamen kamuya yönelik olduğunu ve bu sebeple devletin amaçlarıyla büyük bir benzerlik ve uygunluk gösterdiğini belirtmiştir⁸⁶. KAYA idarenin yanında özel kişilerin faaliyetlerinin de kamu yararına olabileceğini ve bunun en somut örneğinin kamuya yararlı dernekler olduğunu ifade etmektedir⁸⁷. GÖZLER de kamu tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi ayrımında kamu yararı amacının belirleyici bir kriter olmadığını zira kamuya yararlı derneklerde olduğu gibi özel hukuk tüzel kişilerinin kamu yararı amacıyla kamu hizmeti niteliğinde faaliyetler yerine getirdiğini belirtmektedir⁸⁸.

ÇAKMAK ise bir faaliyette kamu yararı olduğunu söyleyebilmek için kamu-sallık olması gerektiğini ve dolayısıyla hayır amaçlı bir vakıf kurmanın topluma yararı olsa da faaliyetin amacının kamu yararı olarak tanımlanamayacağını ifade etmektedir⁸⁹. Ayrıca kamusalılığı sağlayanın devlet olduğunu, devlet olmadan kamu yararının olamayacağını ve özel kişilerin faaliyetlerinde kamu yararının değil ancak toplum yararının bulunduğunu belirtmektedir⁹⁰.

⁸⁴ Tekin Akıllıoğlu, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler' (1988) 9 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11, 11; Cemil Kaya, *Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 2; Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı* (Seçkin Yayıncılık 2013) 57, 261; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 11; Akylmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 27; Devlet Denetleme Kurulu, 'Kamuya Yararlı Dernek Statüsünün İrdelenmesi İle Kamuya Yararlı Derneklerle İlgili Yürütülen İş ve İşlemlerin Değerlendirilmesi' (2010) Araştırma ve İnceleme Raporu 2010/1 336.

⁸⁵ Aydın Gülan, 'Conseil d'Etat'nın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı' (Danıştay Yayınları 2000) 23; Ender Ethem Atay, 'İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri' (2007) 11 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 503, 506.

⁸⁶ Onar (n 16) 1041.

⁸⁷ Kaya (n 84) 4.

⁸⁸ Gözler (n 17) 222.

⁸⁹ Çakmak (n 84) 89.

⁹⁰ ibid 45.

Türk hukukundaki genel yaklaşımın aksine Kıta Avrupası ve İngiliz hukukunda kamu tüzel kişilerinin ve kamuya yararlı kurumların amacını tanımlamak için farklı kavramlar kullanılmaktadır. Fransız hukukunda idarenin amacı olan kamu yararı kavramını tanımlamak için *intérêt général* ve *intérêt public* kavramları kullanılmaktadır⁹¹. Derneklere ve vakıflara tanınan statüyü ifade etmek için ise *d'utilité publique* kavramı tercih edilmektedir⁹². Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec (2007)7 sayılı İyi İdare Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı'na ek İyi İdare Yasası'nda idarenin amacını tanımlamak için *public interest* kavramı kullanılmakta iken Konseye bağlı Hükümet Dışı Kuruluşlar (NGO) Hukuku Uzmanlar Konseyi kamuya yararlı kurumlara tanınan statüyü ifade etmek için *public benefit* kavramını kullanmaktadır⁹³. Avrupa Komisyonu Türkiye raporlarında da statüyü tanımlamak için *public benefit* kavramı tercih edilmektedir⁹⁴.

İngiliz hukukunda da idarenin amacı *public interest* kavramıyla tanımlanmakta iken hayır kurumlarının amacı *public benefit* kavramıyla tanımlanmaktadır⁹⁵. Bu sebeple idarenin public interest hayır kurumlarının ise public benefit amacıyla hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Söz konusu kavramlar arasında belirgin bir fark olmamasına rağmen birbirinin yerine kullanılmadığı görülmektedir.

CHAN, her ikisi de kamu yararı anlamına gelen public interest ve public benefit kavramları arasındaki farkları İngiliz hukuku bağlamında üç başlık altında toplamıştır⁹⁶. Birincisi *public* (kamu) kavramıyla kastedilen topluluğun aynı olmadığıdır. Public interest kavramındaki public ile toplumun tamamı kastedilmekte olup kamu kurumları coğrafi, dini veya etnik terimlerle tanımlanan grup-

⁹¹ Gözler (n 17) 32; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 12.

⁹² Madde 10 ve 11, Fransız Dernekler Kanunu 1901; madde 18, Hayırseverliğin Geliştirilmesi Kanunu 1987 (87-571).

⁹³ Jeremy McBride, 'The Legal Space for Non-Governmental Organisations in Europe' (Expert Council on NGO Law, Council of Europe 2021) 29.

⁹⁴ Avrupa Komisyonu, '2022 Türkiye Raporu' (2022) SWD(2022) 333 final 17; Avrupa Komisyonu, '2023 Türkiye Raporu' (2023) SWD(2023) 696 final 17.

⁹⁵ Mary Synge, *The 'new' Public Benefit Requirement: Making Sense of Charity Law?* (Hart 2015) 45; Jennifer Sigafos, 'When Should Charities be Allowed to Discriminate?' in John Picton and Jennifer Sigafos (eds), *Debates in Charity Law* (Hart Publishing 2020) 122; Warren Barr and John Picton, *Pearce & Stevens' Trusts and Equitable Obligations* (8th edn, Oxford University Press 2022) 471; Debra Morris, 'Too Private to be Charitable: Difficulties in Drawing the Line in Charity Law', *Charity Law* (Routledge 2022) 62.

⁹⁶ Kathryn Chan, *The Public-Private Nature of Charity Law* (Bloomsbury 2016) 77-80.

ların yararına olacak şekilde hareket edemez. Hayır kurumlarından toplumun tamamının yararına hareket etmesi beklenemeyeceği için meşru bir şekilde bir coğrafyanın, dinin veya belirli bir sınıfta içindeki toplumun ihtiyaçlarına odaklanabilirler. İkincisi neyin kamuya yararlı olup olmadığını belirleyen farklı olmasıdır. Public interest demokratik yollarla seçilmiş temsilciler ve onlara karşı sorumlu kişilerce belirlenmektedir. Public benefit ise mahkemeler tarafından yasamanın ve yürütmenin etkisi olmaksızın belirlenmektedir⁹⁷. Üçüncüsü her ikisi de yarar anlamına gelen *interest* ve *benefit* kavramları arasındaki farklılığa ilişkindir. Interest kavramı bireysel yarar ve kamu yararı ayırımında kamunun yararını ifade etmekte iken benefit kavramı bireylerin başkaları lehine yardım ve iyilik etmesini tanımlamak için kullanılmaktadır.

Kanaatimizce, Kıta Avrupası ve İngiliz hukukundaki *public interest* ve *public benefit* ayırımının aksine, Türk hukukunda kamunun yararını özel yarardan ayırmak ve idarenin tüm işlem ve eylemlerinin amacını ifade etmek için kullanılan kamu yararı kavramı ile kamuya yararlı kurumlara tanınan statüyü belirtmek amacıyla kullanılan kamu yararı kavramı arasında bir fark bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle idare hukukundaki kamu yararı kavramı derneklere ve vakıflara tanınan kamu yararı statüsünü tanımlamak için de kullanılmaktadır. Bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır.

Birinci sebep kamu yararı statüsünün varoluş amaçlarından kamu hizmeti yükünün azaltılmasına ilişkindir⁹⁸. Buna göre kamu yararı statüsünün tanınmasıyla ilgili kurumların faaliyetleri hem bireylerin oluşturduğu topluma hem de devlet anlamında kamuya yarar sağlamakta ve bu sayede devletin kamu hizmeti yükü hafiflemektedir. Dolayısıyla kamuya yararlı kurumlar idarenin yerine getirdiği kamu hizmetini gördüğü ölçüde kamuya yararlı kabul edilmekte ve amaçlarının idarenin kamu yararı amacıyla örtüşmesi beklenmektedir.

İkinci sebep kamu yararının unsurlarına ilişkindir. Türk hukukunda kavramın *kamu* ve *yarar* unsurları gerek kamu tüzel kişileri ve gerekse kamuya yararlı kurumlar için aynı anlamı taşımaktadır.

⁹⁷ İngiliz hukukunda yakın bir zamana kadar hayır kurumları için kamuya yararlı amaçların neler olduğu mahkemeler tarafından belirlenmiştir. Ancak 2006 yılında yürürlüğe giren Charities Act 2006 ve meri kanun Charities Act 2011 kamuya yararlı amaçların neler olduğunu düzenlemektedir.

⁹⁸ Diğerleri hayırseverlik duygusunun tatmini ve demokrasi ve sivil toplumun geliştirilmesidir. Anadolu (n 62) 66; TÜSEV ve ICNL, 'Kamu Yararı Statüsü Yuvarlak Masa Toplantısı' (2005) 2; Akıldız (n 73) 990.

Öğretide kamu tüzel kişilerinin amacını tanımlamak için kamu yararı kavramı kullanılmakta iken 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinde kamuya yararlı derneklerin amacı toplum yararı kavramıyla tanımlanmaktadır. Kamu kavramı hem devlet kurarak siyasallaşmış toplumu hem de kurulan devleti kapsamaktadır⁹⁹. Toplum kelimesi ise ortak payda etrafında birleşen bireylerin tümünü tanımlamaktadır. Kamu ve toplum kavramları arasında ayırım yapılmaksızın aynı anlamda ya da toplum kavramının kamu kavramını kapsayacak şekilde kullanıldığı da görülmektedir¹⁰⁰. Her iki yaklaşımın da ortak paydası ise gerek kamu yararı ve gerekse toplum yararı kavramıyla bireysel yararın üstünde ve ondan farklı olarak herkesi ilgilendiren yararın ifade edilmesidir¹⁰¹.

Statü bağlamında kavramın "kamu" boyutu genel ve herkese açık olanı tanımlamaktadır. Makul bir sınırlandırma gerekçesi olmaksızın belli bir kitlenin yararına yönelik kamuya açık olmayan veya kamu tarafından erişilmesi mümkün olmayan faaliyetler kamu kavramının kapsamı dışında olup özel bir bağın arandığını göstermektedir. Danıştay; Karamürsel Fakir, Hasta ve Evleneceklerle Yardım Cemiyetinin kamu yararı statüsü talebini faaliyetleri yalnız Karamürsel halkına yönelik olduğu için reddetmiştir¹⁰². Kararda kamu yararı kavramının belli bir zümre ve sınıf dışında bütün vatandaşların yararı anlamına geldiği ifade edilmiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda kamu kavramı *toplum* kavramıyla tanımlanmıştır. 2005 tarihli Dernekler Yönetmeliği'nde de kavramı tanımlamak için *üyelerinin dışında yerel, ulusal veya uluslararası düzeyde toplum* ifadesine yer verilmektedir. Üyelerinin dışında ifadesiyle dernek ile yöneldiği kesim arasında özel bir bağın olmaması aranmaktadır. Ayrıca derneğin faaliyetlerinin kapalı bir gruba değil toplumun tamamına açık ve herkesçe erişilebilir olması gerekmektedir. Kamuya yararlı vakıflarda da kavramın kamu boyutunu tanımlamak için faaliyetin kamuya açık olması ve belli bir yöre veya belli bir kitleye yönelik olmaması aranmaktadır¹⁰³. Faaliyetlerinin kamuya açık olması ölçütü vakfın hitap

⁹⁹ Çakmak (n 84) 24, 131 ve 494.

¹⁰⁰ Esin Örucü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976) 66; Ruşen Keleş, 'Kamu Yararı Üzerine' in Betül Çotuksöken ve Doğan Özlem (eds), *Bedia Akarsu Armağanı* (İnkılâp Kitabevi 2000) 216; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 222.

¹⁰¹ Keleş (n 100) 216; Kaya (n 84) 3.

¹⁰² Danıştay 2D, E 452 K 239, 3.2.1953, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 59, 1953, s. 18.

¹⁰³ Hazine ve Maliye Bakanlığının Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliği, No 1, RG 3.4.2007/26482.

ettiği kesim ile arasında özel bir bağın olup olmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Bununla birlikte belli bir yöre veya belli bir kitleye yönelik olmama şartı kamuya yararlı vakıf statüsü bağlamında kamu kavramının kapsamını daraltmaktadır.

Statü bağlamında kavramın “yarar” boyutu başkalarına iyilik ve yardım etme sonucunda ortaya çıkan pozitif etkiyi veya avantajı tanımlamaktadır. Yarar kavramını bireysel yarar ve kamu yararı olarak ikiye ayıran FLATHMAN bireysel yararın da iki şekilde ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bunlardan birincisi bireylerin kendileri ile ilgili yararları (*self-regarding interests*) iken ikincisi bireylerin başkaları ile ilgili yararları (*other-regarding interests*)dir¹⁰⁴. İkinci durumda bireyler başkalarının menfaatini gözetmekte ve onların lehine olacak şekilde hareket etmektedir. Bu bağlamda bireyler hayırsever duygularla başkalarına iyilik ve yardım ettiği takdirde kendilerine yarar sağlamaktan ziyade başkalarına yarar sağlamayı amaçlamaktadır.

Türk hukukunda gerek kamu tüzel kişilerinin ve gerekse kamuya yararlı kurumların kamuya yönelik faaliyetlerinde ortaya çıkan pozitif etki her iki durumda da *yarar* kavramıyla tanımlanmaktadır. Kıta Avrupası ve İngiliz hukukunda ise yarar kavramı statü bağlamında *benefit* kelimesiyle idare hukuku bağlamında ise *interest* kelimesiyle ifade edilmektedir. Kullanım alanları farklı olmakla birlikte her ikisi de elde edilen olumlu sonucu belirtmektedir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu derneğin amacının ve faaliyetlerinin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olmasını aramaktadır. 2005 tarihli Dernekler Yönetmeliği de derneğin amacının ve faaliyetlerinin toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir. Kanun’daki *yarar* kavramı Yönetmelik’te *toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözüm üretme ve toplumsal gelişmeye katkı sağlama* olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla derneğin amacının ve faaliyetlerinin yararlı olduğunu kabul etmek için öncelikle toplumdaki bir ihtiyaç ya da soruna çözüm üretmesi gerekmektedir. Bununla birlikte toplumsal gelişmeye de katkı sağlamalıdır. Aksi takdirde derneğin sağladığı yarar statü için gerekli nitelikte ve ölçüde bir yarar olarak kabul edilmemektedir. Bu bağlamda yararın niteliği ve ölçüsü statünün tanınmasında dikkate alınmaktadır. Bir başka ifadeyle herhangi bir şekilde topluma olumlu bir etki sağlayacak her türlü yarar

¹⁰⁴ Richard E Flathman, *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics* (John Wiley & Sons 1966) 27.

yerine mevzuatta tanımlanan nitelik ve ölçüde bir yarar aranmaktadır. Kamuya yararlı vakıf statüsünün tanınmasında ise yararın Devletin kamu hizmeti yükünü azaltıcı etki yapacak düzeyde olması gerekmektedir¹⁰⁵.

Sonuç olarak Türk hukukunda hem kamu tüzel kişilerinin hem de kamuya yararlı kurumların amacı aynı kamu yararı kavramıyla tanımlanmaktadır. Kıta Avrupası ve İngiliz hukukunda olduğu gibi aralarında bir ayırım bulunmamaktadır. Bu sebeple kamuya yararlı kurumların tüzel kişilik türünün ve tabi olduğu hukukun belirlenmesinde kamu yararı ölçütü elverişli bir ölçüt değildir.

III. İkincil Ölçütler

A. İdari Teşkilatlanma Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri de idari teşkilatlanma esaslarına tabi olup olmadıklarıdır¹⁰⁶. Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı düzenlenmektedir. Bu bağlamda ilk olarak kamuya yararlı kurumların idari teşkilatta yer alıp almadıkları ve daha sonra da *idarenin bütünlüğü ilkesi* kapsamında ne tür bir denetime tabi oldukları tartışılmalıdır.

Kamuya yararlı kurumların merkezi idare ve yer bakımından yerinden yönetim teşkilatında yer almadıkları açıktır. Hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu (kamu kurumu) olup olmadıklarının ise değerlendirilmesi gerekmektedir. Kamu kurumları birer kamu tüzel kişisidir¹⁰⁷. Kamuya yararlı kurumlar ise diğer ölçütlerde de belirtildiği üzere kamu tüzel kişiliğini haiz olmayıp birer sui generis tüzel kişidir. Tekrara düşmemek için burada kamuya yararlı kurumların birer kamu kurumu olmadığını ve dolayısıyla idari teşkilatta yer almadıklarını belirtmekle yetiniyoruz. Türkiye Maarif Vakfı ise bu durumun istisnasıdır. Vakıf uluslararası anlaşmadan kaynaklanan kamu tüzel kişiliği dikkate alındığında hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşudur¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığının Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Genel Tebliği, No 1, RG 3.4.2007/26482.

¹⁰⁶ Onar (n 16) 1045; Gözler (n 17) 642; İsbir (n 6) 371; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 242.

¹⁰⁷ Gözler (n 80) 629.

¹⁰⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkiye Maarif Vakfının Statüsü ve Faaliyetlerine İlişkin Mutabakat Zaptı, Kabul Tarihi: 13.1.2021, RG 22.4.2021/31462.

Hizmet yerinden yönetim kuruluşlarıyla kamuya yararlı kurumlar arasındaki bir diğer farklılık iç teşkilatlanmaya ilişkindir. Kamu kurumları kuruluş kanunlarında belirtilen esaslar çerçevesinde genel müdürlük, kurum, merkez ve enstitü gibi adlar altında bir karar organı ve bir de yürütme organını haiz bir şekilde teşkilatlanmaktadır¹⁰⁹. Kamuya yararlı kurumlar ise özel hukuk hükümleri çerçevesinde diğer dernek ve vakıflar gibi teşkilatlanmaktadır¹¹⁰. Bu bağlamda kamuya yararlı derneklerin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu; kamuya yararlı vakıfların zorunlu organı ise yönetim organıdır.

Öte yandan kamuya yararlı kurum temsilcilerinin bazı durumlarda idarelerin bünyesinde oluşturulan birtakım kurul veya komisyonlarda yer aldığı görülmektedir. Örneğin il ve ilçe trafik komisyonlarında kamuya yararlı dernek temsilcisinin bulunması veya Afet ve Acil Durum Kurulunda Kızılay temsilcisinin yer alması gibi¹¹¹. Ancak bu durum sivil toplum kuruluşlarının kamu politikalarına katılımının öneminden kaynaklanmakta olup onların idari teşkilatta yer aldıkları anlamına gelmemektedir.

Görüldüğü üzere kamuya yararlı dernek ve vakıflar idari teşkilatta yer almamakta ve teşkilatlanma bakımından da kamu kurumlarından ayrılmaktadır. Bununla birlikte kamu vakıflarının bir kısmı Devlet Teşkilatı Merkezi Kayıt Sistemi (DETSİS)'nde yer almaktadır¹¹². Cumhurbaşkanlığına bağlı koordine kuruluş olarak belirtilen Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı koordine kuruluş olarak belirtilen Türkiye Maarif Vakfı ve Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı koordine kuruluş olarak belirtilen Yunus Emre Vakfı DETSİS'te yer alan kamu vakıflarıdır.

İdari teşkilatlanma esasları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus kamuya yararlı kurumların idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince bir denetime tabi olup olmadığıdır. Kural olarak özel hukuk tüzel kişileri hiyerarşik denetim veya idari vesayet denetimine tabi olmayıp genel idari kolluk denetimine

¹⁰⁹ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 362.

¹¹⁰ Karayalçın (n 11) 80; Onar (n 16) 1045.

¹¹¹ Madde 12, Karayolları Trafik Kanunu, Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG 18.10.1983/18195; madde 522/1-ı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname Numarası: 1, RG 10.7.2018/30474.

¹¹² "DETSİS, Türkiye Cumhuriyeti devlet teşkilatı içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatlarında bulunan her düzeydeki birimleri ile birlikte hiyerarşik yapıya uygun olarak kayıt altına alındığı sistemdir.", <<https://detsis.gov.tr/>> Erişim Tarihi 7 Kasım 2023.

tabidir¹¹³. Hiyerarşik denetim aracı aynı idare veya aynı kamu tüzel kişiliği bünyesinde idarenin bütünlüğünün sağlanması için kullanılmaktadır¹¹⁴. Kamuya yararlı kurumların devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden ayrı birer tüzel kişilikleri olduğundan idarenin hiyerarşik denetimine tabi olmadığı açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesinde düzenlenen idari vesayet denetimi ise esasen merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkisini ifade etmektedir. Öte yandan Anayasa'da belirtilmemesine rağmen hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde de idari vesayet yetkisinin var olduğu kabul edilmektedir¹¹⁵. Kamuya yararlı kurumlar birer kamu tüzel kişisi ve hizmet yerinden yönetim kuruluşu olmadıkları için idari vesayet denetimine tabi değildir. Ancak Türkiye Maarif Vakfının uluslararası anlaşmadan kaynaklanan kamu tüzel kişiliği nedeniyle idari vesayet denetimine tabi olması mümkündür.

ONAR kamuya yararlı kurumlar üzerindeki denetimin idari vesayet denetimi olmayıp genel kolluk denetimi olduğunu ve diğer özel hukuk tüzel kişilerinin denetimiyle arasında yalnızca derece farkının bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁶. Bu görüşü benimseyen KARAYALÇIN da idarenin kamuya yararlı dernekler üzerindeki denetiminin diğer dernekler üzerindeki denetimden bir farkının olmadığını kabul etmektedir¹¹⁷. Kanaatimizce idarenin özellikle kamu dernek ve vakıflarının işlemleri, organları ve personeli üzerindeki birtakım yetkileri dikkate alındığında söz konusu denetimin niteliği genel kolluk denetimini aşmakta ve idari vesayet denetimiyle benzerlik göstermektedir. Ayrıca kamuya yararlı kurumlar Devlet Denetleme Kurulu ve KDK tarafından da denetlenilmektedir.

Örneğin 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesine göre Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun tüzüklerini onaylamaya Cumhurbaşkanı yetkilidir. Kanunla düzenlenen söz konusu onay yetkisi idari vesayet denetiminin kullanım usullerinden *onama* yetkisine benzemektedir. Kanunla düzenlenen hallerde onaya tabi tutulan işlemin yürürlüğe girebilmesi için vesayet makamının onama işlemi aranmaktadır¹¹⁸. Benzer şekilde uluslararası anlaşmayla kuru-

¹¹³ Onar (n 16) 1037; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 171.

¹¹⁴ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 145.

¹¹⁵ F Ebru Gündüz, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet' (2015) 20 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 74; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 154.

¹¹⁶ Onar (n 16) 1045.

¹¹⁷ Karayalçın (n 11) 88.

¹¹⁸ Cemil Kaya, 'İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları' (2011) 6 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143, 148.

lan Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfının vakıf senedinin değiştirilmesi Hazine ve Maliye Bakanlığının onayıyla mümkündür¹¹⁹. Ancak bu yetki kanunda değil vakıf senedinde yer almaktadır. Anayasa'nın 123. maddesindeki kanuni idare ilkesi gereğince idarenin görev ve yetkileri kanunla düzenlenir¹²⁰. Dolayısıyla Bakanlığın ilgili vakıf senedindeki madde bağlamında bir denetim yetkisi bulunmamaktadır.

Bir başka örnek de idari vesayet benzeri denetimin organlar üzerinde kullanımına ilişkindir. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesine göre hapis cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde kamuya yararlı dernek organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir. Söz konusu düzenleme idari vesayet benzeri bir denetimin sadece kamu dernekleri üzerinde değil kamuya yararlı derneklerin tamamının üzerinde olduğunu göstermektedir.

Son bir örnek de idari vesayet benzeri denetimin personel üzerinde kullanımına ilişkindir. Bazı kamu dernek ve vakıflarının organlarına üyeler idare tarafından atanmaktadır. Örneğin 7430 sayılı Antalya Diplomasi Forumu Vakfı Kanunu'nun 4. maddesine göre on bir üyeden oluşan Vakıf Mütevelli Heyetinin altı daimî üyesi Cumhurbaşkanınca atanmaktadır. Bazen de kamu dernek ve vakıflarının organlarında kamu görevlileri kanuni bir düzenleme gereği tabii üye olarak yer almaktadır. Örneğin 5653 sayılı Yunus Emre Vakfı Kanunu'nun 4. maddesinde Mütevelli Heyeti tabii üyelerinin Dışişleri Bakanı, Maliye Bakanı, Milli Eğitim Bakanı ve Kültür ve Turizm Bakanı olduğu düzenlenmektedir. Benzer şekilde Vakfın yönetim ve denetim kurullarında da kamu görevlileri bulunmaktadır. Organlarda kanun gereği tabii üye bulunması ya da üyelerin idare tarafından atanması kamuya yararlı kurumlar üzerinde idari vesayet denetiminin de ötesinde hiyerarşi benzeri bir yetkinin varlığını göstermektedir.

Sonuç olarak kamuya yararlı kurumların kamu tüzel kişileri gibi idari teşkilatta yer almadıkları ve idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında hiyerarşi denetimine tabi olmadıkları görülmektedir. Bununla birlikte kamuya yararlı kurumlar üzerindeki denetimin olağan dernek ve vakıflar üzerindeki genel kolluk denetimini aştığı ve özellikle kamu dernek ve vakıfları için idari vesayet denetimiyle benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda idari teşkilatlanma ölçütü

¹¹⁹ Madde 18, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı Vakıf Senedi, <<https://ttgv.org.tr/sayfa/hakimizda>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2023.

¹²⁰ Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (Beta Basım 2013) 221.

kamu tüzel kişisi ve kamuya yararlı kurum ayırımında elverişli bir ölçüttür. Zira kamuya yararlı kurumların birer kamu tüzel kişisi olmadığını göstermektedir.

B. İdari İşlem Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri de işlemlerinin hukuki niteliğidir¹²¹. Kamuya yararlı kurumların amaçlarının kamu yararı ve faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olması bu yöndeki işlemlerinin de idari işlem olarak görülmesine sebep olmaktadır¹²². Ancak idari işlemin tespitinde kamu yararı ve kamu hizmeti ölçütleri yeterli değildir. Ayırımın yapılmasında kamu gücü ölçütü kullanılmaktadır. Bir başka deyişle işlem kamu gücünden doğan yetkiler kullanılarak yapıldığı takdirde idari işlem olarak tanımlanmakta ve özel hukuktaki işlemlerden ayrılmaktadır¹²³. İdari işlemlerin diğer hukuki işlemlerden ayrılmasını sağlayan başlıca özellikler; tek taraflı olması, icrailik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ve re'sen icra edilebilmesidir¹²⁴.

İlk olarak idari işlemin tek taraflı olması ilgililerin iradesine bakılmaksızın işlemin yalnızca idarenin iradesiyle hukuki sonuç ve etkiler meydana getirebilmesini ifade etmektedir¹²⁵. Özel hukuk kişileri arasında eşitlik ilkesi geçerli olduğundan hukuki işlemlerin sonuç ve etki doğurması ilgililerin aynı yönde iradesinin varlığıyla mümkündür. İkinci olarak idari işlemin icrailiği başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın muhatapları üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurabilmeyi ifade etmektedir¹²⁶. Özel hukuk alanındaki işlemler ise icrai nitelikte olmadığı gibi ilgilinin rızası veya yargıcın müdahalesi olmaksızın hukuki sonuç doğurmamaktadır¹²⁷.

Üçüncü olarak idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Kamu gücü kullanma yetkisinin tanınması aynı zamanda idari işlemlerin kanuni dayanağının olmasını da gerektirmektedir. Bu sebeple idari işlemlerin kanuni bir dayanağa sahip olduğu kabul edilir ve işlemler mahkemece hukuka

¹²¹ İsbir (n 6) 276; Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 46; Ulusoy (n 12) 148.

¹²² Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 569.

¹²³ Muhammed Göçgün, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 323.

¹²⁴ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Yayınları 1990); Gözler (n 17) 775; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 422; Akylmaz, Sezginer ve Kaya (n 12) 366.

¹²⁵ Erkut (n 124) 16.

¹²⁶ ibid 119; Dilşat Yılmaz, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği* (Astana Yayınları 2014) 30.

¹²⁷ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 426.

aykırılığının tespit edilmesine kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanır¹²⁸. Özel hukuk kişilerinin işlemleri ise hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta ve ilgilinin rızasının olmadığı durumlarda hukuki sonuç doğurabilmesi için mahkemece hukuka uygunluğuna karar verilmesi gerekmektedir. Son olarak idari işlemler re'sen icra edilmektedir. Kamu gücüne dayanan re'sen icra yetkisi idarenin tek taraflı işlemlerini başka bir makamın kararı olmaksızın doğrudan uygulayabilmesini ve maddi aleme aktarabilmesini ifade eder. Özel hukuk kişileri ise işlemlerini ilgilinin rızası olmaksızın doğrudan uygulayamamakta ve maddi aleme yargısal mercilerin aracılığıyla aktarabilmektedir¹²⁹.

İdari işlemin özellikleri ve özel hukuk kişilerinin durumu dikkate alındığında idari işlemlerin kural olarak kamu tüzel kişilerince yapılabildiği sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte özel hukuk tüzel kişileri de idari işlem niteliğinde işlemler yapabilmektedir. Zira bir hukuki işlemin idari işlem olarak tanımlanması işlemi yapandan ziyade kamu gücü kullanma yetkisinin tanınıp tanınmadığına bağlıdır. Bu durumda özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücüne dayanan işlemleri birer idari işlem olarak kabul edilmektedir¹³⁰. Özel hukuk kişileri için ifade edilen hususlar kamuya yararlı kurumlar için de geçerlidir. Örneğin kamuya yararlı dernek statüsüne sahip Türkiye Turing ve Otomobil Kurumu tarafından uluslararası sürücü belgesi düzenlenmesi bir idari işlemdir¹³¹. Kuruma Emniyet Genel Müdürlüğüne ait kamu gücü kullanma yetkisi verilerek belge düzenleme ve bu yönde işlem tesis etme yetkisi verilmiştir.

Bir başka örnek kamuya yararlı dernek statüsüne sahip Türkiye Jokey Kulübünün Komiserler Kurulu kararlarıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusu kararların idari nitelik taşıdığını kabul etmektedir¹³². Zira at yarışlarına ilişkin Tarım ve Orman Bakanlığına ait birtakım kamusal yetkiler Kulübe devredilmektedir. Bir diğer örnek de kamuya yararlı vakıf statüsüne sahip Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının lojman tahsisine ilişkin kararlarıdır. Uyuşmazlık Mahkemesi söz konusu işlemlerin adalet hizmetiyle birlikte yürüdüğünü ve ona bitişik idari nitelik taşıdığına karar vermiştir¹³³. Danıştay da kamuya yararlı vakıf statüsüne

¹²⁸ Uçar (n 44) 348.

¹²⁹ Yıldız (n 45) 36.

¹³⁰ Gözübüyük ve Tan (n 28) 336; Gözler (n 17) 761; Yıldırım (n 4) 126; Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 421.

¹³¹ Madde 80, Karayolları Trafik Yönetmeliği, RG 18.07.1997/23053.

¹³² Uyuşmazlık Mahkemesi, E 1995/2 K 1995/1, 13.2.1995.

¹³³ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1999/1 K 1999/11, 3.5.1999.

sahip Türkiye Diyanet Vakfının lojman tahliyesi kararının idari usul ve esaslara göre tesis edilen idari nitelikte bir işlem olduğuna karar vermiştir¹³⁴.

Görüldüğü üzere kamuya yararlı kurumların işlemleri kural olarak birer özel hukuk işlemi olmakla birlikte kamu gücüne dayandığı takdirde idari işlem olarak kabul edilmektedir. Bu durum işlemlere idare hukukunun uygulanmasını ve uyumsuzluklarda idari yargının görevli olmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla idari işlem ölçütü tıpkı kamu gücü ölçütü gibi tüzel kişiliğin tanımlanmasında tek başına yeterli olmamakla birlikte kamuya yararlı kurumların tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesinde elverişli bir ölçüttür.

C. Kamu Malı Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri de mallarının hukuki statüsüdür¹³⁵. Devlet ve kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde olan ve kamu yararına tahsis edilmiş mallar kamu malı olarak ifade edilir. Tanımdan yola çıkarak bir malın kamu malı olabilmesi için öncelikle organik unsuru sağlaması yani idarenin mülkiyetinde olması gerekmektedir. İkinci olarak malın toplumun ortak kullanımına ya da yararına tahsis edilerek maddi unsurun sağlanması gerekmektedir¹³⁶. Birinci ölçüt dikkate alındığında kamuya yararlı kurumlar birer kamu tüzel kişisi olmadıkları için mallarının kamu malı olarak tanımlanması mümkün değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere Türkiye Maarif Vakfının uluslararası anlaşmadan kaynaklanan kamu tüzel kişiliği bu durumun istisnasını oluşturmaktadır.

İkinci ölçüt dikkate alındığında ise kamuya yararlı kurumların amacı olan kamu yararı ile idarenin amacını tanımlayan kamu yararı arasında bir fark olmadığından ilgili kurumların mallarının kamu yararına tahsis edildiği ve maddi unsuru sağladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bir malın kamu hizmetinde kullanılması da maddi anlamda kamu malı olduğunu göstermektedir. Örneğin KDK, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının bir kamu hizmetini yerine getirmesinden yola çıkarak tesislerinin kamusal misafirhane olduğuna karar vermiştir¹³⁷.

¹³⁴ Danıştay 5D, E 2000/624 K 2003/1085, 1.4.2003.

¹³⁵ İsbir (n 6) 304. Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 43-46.

¹³⁶ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 735.

¹³⁷ Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No 2020/101637, 1.4.2021 tarihli karar.

Kamu malları birtakım temel özelliklere sahiptir. Kamu malları devir ve fe-rağ edilemez, haczedilemez, kazandırıcı zamaşımıyla kazanılamaz, kamulaştırılamaz, vergi ve harç gibi mali yükümlülüklerle tabi değildir ve özel bir koruma altındadır. Kamuya yararlı kurumların malları her ne kadar kamu yararına tahsis edilmiş olsa da bazı vergilerden muafiyet ve özel koruma altında olma dışında kamu mallarının yararlandığı ayrıcalıklardan yararlanmamaktadır. Örneğin eski tarihli bir Yargıtay kararında Kızılayın bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu ve mallarının Devlet malı sayılmadığı belirtilmiş ve bu sebeple mallarının usulüne göre haczedilebileceğine karar verilmiştir. Ayrıca kararda Kızılaya kamu yararı statüsü tanınmasının bu durumu değiştirmedığı vurgulanmıştır¹³⁸. Bir Danıştay kararında da kamu tüzel kişisi ya da kurumu olmayan Kızılayın malik olduğu taşınmazlar hakkında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun bir idareye ait taşınmaz malın diğer idareye devrine ilişkin 30. maddesi hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığına karar verilmiştir¹³⁹.

Kamuya yararlı kurumların malları vergi ve harç gibi mali yükümlülüklerle kısmen tabi değildir. Örneğin ilgili kurumlar mal edinme sürecinde tapu harçlarından kısmen muaf tutulmuştur¹⁴⁰. Benzer şekilde binaları ve arazileri emlak vergisinden daimî olarak muaf tutulmaktadır¹⁴¹. Kamuya yararlı derneklerin bir kısmı bazı vergilerden ve bütün harç ve resimlerden muaf tutulmuştur¹⁴².

Kamuya yararlı derneklerin malları tıpkı kamu malları gibi ceza hukuku bağlamında özel hukuki korumadan yararlanmaktadır. Mülga 2908 sayılı Der-

¹³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 1971/1-261 K 1974/1050, 4.10.1974.

¹³⁹ Danıştay 1D, E 2003/109 K 2003/124, 23.9.2003.

¹⁴⁰ Madde 59/1-b: "Kamu menfaatlerine yararlı dernekler ile Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıfların iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleriyle bu dernek ve vakıflara ait tesislerin ve bu tesislerin sonradan iktisap edecekleri gayrimenkullerin ve sair aynı hakların tescilleri ve şerhi gerektiren işlemleri ve bunların terkinleri", Harçlar Kanunu, Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 2.7.1964, RG 17.7.1964/11756.

¹⁴¹ Madde 4/e ve 14/c, Emlak Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 1319, Kabul Tarihi: 29.7.1970, RG 11.8.1970/13576.

¹⁴² Madde 1: "Türkiye Kızılay Derneği, Türk Hava Kurumu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Türkiye Yardım Sevenler Derneği ve resmi darülaceze kurumları ile Darüşşafaka Cemiyeti ve Yeşilay Derneği kendilerine terettüp eden vergi, harç ve resim mükellefiyetinin kurumlara ait olduğu hallerde bütün vergilerden, harçlardan, resimlerden, hisse ve fonlardan muaftır.", Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden, Bütün Harç ve Resimlerden Muaf Tutulmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 1606, Kabul Tarihi: 11.7.1972, RG 20.7.1962/14251.

nekler Kanunu'nda Kızılay ve THK'nin mallarının Devlet malı sayıldığı ve bunlara karşı suç işleyenlerin Devlet memuru gibi cezalandırılacağı düzenlenmekte iken 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda tüm kamuya yararlı derneklerin mallarına karşı suç işleyenlerin Devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacağı düzenlenmektedir.

Sonuç olarak kamuya yararlı kurumların mallarının, kamu tüzel kişilerinin malları gibi birtakım ayrıcalıklardan yararlınsa da kamu malı statüsünde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kamu malı ölçütü ayırımın yapılmasında elverişli bir ölçüttür.

D. Kamu Personeli Ölçütü

Tüzel kişilerin ayırımında ve tabi oldukları hukuki rejimin belirlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri de personelinin hukuki statüsüdür¹⁴³. Devlet ve kamu tüzel kişilerinin insan unsuru kamu görevlisi ya da kamu personeli olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁴. Kişinin kamu personeli olup olmadığının belirlenmesinde birtakım ölçütler bulunmaktadır¹⁴⁵.

İlk olarak kamu personeli kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edilen kadro ve pozisyonlarda istihdam edilmekte ve kamu iradesiyle göreve başlamaktadır. Kamu personelinin memurlar belli bir statüye ve sözleşmeli personel de idari sözleşmeye bağlı olarak çalışmaktadır. Öte yandan derneklerin yönetim ve denetim organları üyeleri arasından ve vakıfların yönetim organı da vakfedenin vakıf senedinde belirlediği şekilde serbest iradeyle oluşmaktadır¹⁴⁶. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların organlarında görev alan kişiler de serbest iradeyle belirlenmektedir. Bununla birlikte dernek ve vakıf çalışanları bir iş sözleşmesine dayalı olarak istihdam edilir ve iş hukuku hükümlerine tabidir. İlgili kurumlarla çalışanları arasındaki bağ da bir sözleşmeye da-

¹⁴³ Onar (n 16) 1045; Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 43-46.

¹⁴⁴ Atay, *İdare Hukuku* (n 12) 789; Bayram Keskin, *Sözleşmeli Personel* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 48.

¹⁴⁵ Hikmet Tokgöz, *İstisnai Memuriyet* (Seçkin Yayıncılık 2016) 27.

¹⁴⁶ Madde 84/1: "Yönetim kurulu, beş asıl ve beş yedek üyeden az olmamak üzere dernek tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur.", madde 86/1: "Denetim kurulu, üç asıl ve üç yedek üyeden az olmamak üzere dernek tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur.", madde 109: "Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur. Vakfeden, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebilir.", Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

yanmaktadır¹⁴⁷. Dolayısıyla organlarda görevli kişiler serbest iradeyle belirlendiği ve çalışanlar da özel hukuk sözleşmesine bağlı olduğu için kamu personeli niteliğine sahip değildir. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi THK çalışanlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre değil bir iş sözleşmesine bağlı olarak İş Kanunu'na göre çalıştırıldığını vurgulamıştır¹⁴⁸. Ancak bazı kamu dernek ve vakıflarında görevli kişiler serbest iradeyle değil doğrudan kanunla belirlenmektedir.

Kamuya yararlı kurum yöneticilerinin kanunla belirlenmesi tüzel kişiliğin tespitinde önemli bir ölçüttür. AYM, Mehmetçik Vakfının yöneticilerinin üst düzey askeri görevlilerden oluşmasının dayanağının kanuni bir düzenleme değil vakıf senedi olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte yöneticilerin kimler olduğunun kanunla belirlenmesi halinde bu durumun Vakfın niteliğini etkileyecek bir olguya dönüşeceğini ve ilgili kişilerin görevi reddetme ihtimalinin olmadığını vurgulamaktadır¹⁴⁹. Gerçekten de kamuya yararlı kurum yöneticilerinin kanunla belirlenmesi dernek ve vakıfların asli unsuru olan yönetiminin serbest iradeyle dayanmasını önemli ölçüde etkilemekte ve salt özel hukuk kişisi olmaktan çıkarmaktadır. Bu bağlamda Yunus Emre Vakfı, Türkiye Maarif Vakfı, Antalya Diploması Forumu Vakfı ve Türk Arkeoloji ve Kültürel Miras Vakfı gibi kurumların yönetiminin kanunla belirlenmesi tüzel kişilik türlerini ve tabi oldukları hukuki rejimi etkilemektedir.

İkinci olarak kamu personeli bir kamu hizmetini yerine getirmektedir. Yukarıda kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ilgili kurumların organlarındaki görevliler ve çalışanları da kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamaktadır.

Üçüncü olarak kamu personeline yaptıkları iş karşılığında devlet bütçesinden maaş gibi birtakım gelirler tahsis edilmektedir¹⁵⁰. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların organlarında görev alanlara ya da çalışanlarına ise devlet bütçesinden herhangi ücret ödenmemektedir. Bununla birlikte istisnai de olsa Türkiye Yeşilay Vakfı gibi bazı kamu dernek ve vakıflarına düzenli olarak kamu kaynağı aktarılmaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁷ Onar (n 16) 1045.

¹⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 1996/41 K 1996/84, 8.7.1996.

¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, Kemal Kılıç, Başvuru No 2019/16400, 28.7.2022, § 47.

¹⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E 1980/4-1714 K 1983/803, 14.9.1983.

¹⁵¹ Madde 33/4: "Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29'uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın her yıl ocak ayı içinde aktarılacak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesinde ödenek ayrılır. Ayrılacak bu tutar 2015 yılında 15.000.000 TL olarak, takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli ol-

Dördüncü olarak kamu personeli 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ve varsa özel kanunlarında aranan şartlara göre seçilmektedir¹⁵². Kamuya yararlı kurumlar ise söz konusu düzenlemelere tabi olmaksızın organlarındaki görevlileri ve çalışanlarını tüzük gibi kendi iç düzenlemelerini dikkate alarak seçmektedir.

Son olarak kamuya yararlı kurumların organlarındaki görevliler ile çalışanları mevzuatta kamu personeliyle birlikte zikredilmekte veya onların yararlandığı birtakım ayrıcalıklardan yararlanmakta ya da benzer yükümlülüklerle tabi tutulmaktadır. Örneğin Anayasa'nın mal bildirim başlıklı 71. maddesinde kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunması düzenlenmekte ve 3628 sayılı Kanun'da da mal bildiriminde bulunacaklar arasında kamu personeliyle birlikte kamuya yararlı derneklerin yönetim ve denetim kurulunda yer alanlarla vakıfların idare organlarında görev alanlar da sayılmaktadır¹⁵³.

Benzer şekilde Anayasa'nın üyelikle bağdaşmayan işler başlıklı 82. maddesinde milletvekillerinin yürütme organında görev alamayacağı düzenlendiği gibi özel gelir kaynakları ve özel imkanları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devlettten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların yönetim ve denetim kurullarında da görev alamayacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla yürütme organında görevli olmakla ilgili kurumlarda görevli olmak aynı muameleye tabi tutulmaktadır. İlgili düzenlemeler dikkate alındığında kamu personeliyle birlikte zikredilmek ilgili kurumların organlarındaki görevlilerin ve çalışanlarının kamu personeli olarak tanımlanması için yeterli değildir.

Konuya ilişkin başka örnekler de bulunmaktadır. Kamuya yararlı kurumların başkanları tören ve kutlamalarda Devlet protokolünde yer almaktadır¹⁵⁴. Kızılay ve THK tarafından milletlerarası kuruluşlarda görevlendirilen kişilere de

mak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak belirlenir.", Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6487, Kabul Tarihi: 24.5.2013, RG 11.6.2013/28674; "5018 sayılı Kanun'un 29. maddesine tabi olmaksızın Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına ödenek aktarılmasını öngören kuralın, kamu kaynağının keyfi olarak kullanılmasına sebebiyet verdiği söylenemeyeceğinden kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.", Anayasa Mahkemesi, E 2015/61 K 2016/172, 2.11.2016.

¹⁵² Tokgöz (n 145) 114; İsbir (n 6) 192.

¹⁵³ Madde 2, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, Kanun Numarası: 3628, Kabul Tarihi: 19.4.1990, RG 4.5.1990/20508.

¹⁵⁴ (1) sayılı liste, Ulusal ve Resmi Bayramlar ile Mahalli Kurtuluş Günleri, Atatürk Günleri ve Tarihi Günlerde Yapılacak Tören ve Kutlamalar Yönetmeliği, RG 5.5.2012/28283.

tıpkı memurlar gibi hizmet damgalı pasaport verilmektedir¹⁵⁵. Ceza hukuku bağlamında da mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda Kızılay ve THK'nin mallarına karşı suç işleyenlerin Devlet memuru gibi cezalandırılacağı düzenlenmiş ve ilgili derneklerin görevlileri yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen zimmet gibi suçlardan dolayı cezalandırılmıştır.

Söz konusu ayrıcalık ve yükümlülükler kamuya yararlı kurumların organlarındaki görevlilerin ve çalışanlarının kamu personeli olarak tanımlanması için yeterli değildir. Dolayısıyla kamuya yararlı kurumların organlarındaki görevliler ile çalışanları birçok açıdan kamu personeliyle ortak özelliklere sahip olsa da idare hukuku bağlamında kamu personeli değildir. Zira yukarıda belirtilenlere ek olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerine tabi olmadıkları gibi Kanun'daki istihdam şekillerine ve memur olma şartlarına da tabi değildir. Ayrıca haklarında memurlara ait hak, ödev ve yasaklara ilişkin hükümlerle memurların tabi olduğu disiplin rejimi ve cezai sorumluluklarına ilişkin hükümler de uygulanmaz.

Sonuç

Çalışmada kamuya yararlı kurum olarak ifade edilen kamuya yararlı dernek ve vakıfların tüzel kişiliği ve tabi olduğu hukuki rejim değerlendirilmiştir. Tüzel kişilik türü ve tabi olunan hukuki rejimin tespitinde kamu tüzel kişiliği ölçütlerinden yararlanılmıştır. Kamu tüzel kişiliğini belirleyen kuruluşunda etkili olan irade, kamu gücü kullanma yetkisi, faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliği ve amacının kamu yararı olması gibi temel ölçütler başta olmak üzere idari teşkilatlanma esaslarına tabi olma, idari işlem yapabilme, mallarının kamu malı ve personelinin kamu personeli olması gibi ölçütler dikkate alınarak kamuya yararlı kurumların kamu tüzel kişileriyle benzerlikleri ve farklılıkları incelenmiştir.

Bu bağlamda kamuya yararlı kurumların tüzel kişilik türü ve tabi olduğu hukuki rejim kanunda açıkça belirtilmediği takdirde kuruluş ölçütünün tek başına yeterli olmadığı görülmüştür. Öte yandan kamu iradesiyle kurulmanın kamuya yararlı kurumları salt özel hukuk kişisi olan birer sivil toplum kuruluşu olmaktan uzaklaştırdığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte kuruluş ölçütü kamuya yararlı kurumların alelade kamuya yararlı kurumlar ve kamu dernek ve vakıfları olarak sınıflandırılmasını sağlamaktadır.

¹⁵⁵ Madde 14, Pasaport Kanunu, Kanun Numarası: 5682, Kabul Tarihi: 15.7.1950, RG 24.7.1950/7564.

Kamu gücü ölçütü de tüzel kişiliğin tanımlanmasında tek başına yeterli bir ölçüt olmamakla birlikte tabi olunan hukuki rejimin belirlenmesi için elverişli bir ölçüttür. Kamu iradesiyle kurulan ve kısmen de olsa kamu gücü tanınan kamuya yararlı kurumlar açıkça kamu tüzel kişisi olmasa da kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişidir. Benzer şekilde kamu gücüne dayanan idari işlem ölçütü de tüzel kişiliğin tanımlanmasında tek başına yeterli olmasa da tabi olunan hukuki rejimin belirlenmesinde elverişli bir ölçüttür.

Kamu hizmeti ve kamu yararı ölçütleri dikkate alındığında kamu tüzel kişileriyle kamuya yararlı kurumların arasında belirgin bir farkın olmadığı anlaşılmıştır. Zira kamuya yararlı kurumların da amacının kamu yararı olduğu ve faaliyetlerinin de kamu hizmeti niteliğinde olduğu görülmüştür. Bu sebeple söz konusu ölçütler ayrımın yapılmasında elverişli değildir.

İdari teşkilatlanma ölçütü çerçevesinde yapılan değerlendirmede kamuya yararlı kurumların idari teşkilatta yer almadığı ve hiyerarşi denetimine tabi olmadığı anlaşılmıştır. Bunun birlikte özellikle kamu dernekleri ve vakıfları üzerinde genel kolluk denetimini aşan idari vesayet denetimine benzer bir denetimin olduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar ikincil bir ölçüt olsa da idari teşkilatlanma esaslarına tabi olmama kamuya yararlı kurumların birer kamu tüzel kişisi olmadığını göstermede elverişli bir ölçüttür. Kamuya yararlı kurumların malları ve personeli dikkate alındığında da birer kamu malı ve kamu personeli olmadıkları anlaşılmıştır. Bu bağlamda kamu malı ve kamu personeli ölçütleri de ayrımın yapılmasına katkı sunmaktadır.

Ölçütler bağlamında yapılan değerlendirmeler sonucunda aslında birer özel hukuk tüzel kişisi olan kamuya yararlı kurumların birtakım özellikleri sebebiyle kamu tüzel kişilerine benzediği görülmüştür. Bu sebeple çalışmada kamuya yararlı kurumlar birer sui generis tüzel kişi olarak tanımlanmakta ve kısmen de olsa idare hukukuna tabi tutulmaktadır.

Öte yandan kamuya yararlı kurumların tamamı aynı özellikleri göstermemektedir. Bir kısım kamuya yararlı kurum olağan dernek ve vakıflarla daha fazla ortak özelliğe sahip olduğu için alelade kamuya yararlı kurum olarak tanımlanmıştır. Kamu tüzel kişileriyle daha fazla ortak özelliğe sahip kamuya yararlı kurumlar ise kamu derneği veya kamu vakfı olarak tanımlanmıştır. Alelade kamuya yararlı kurumlar özel hukuk ağırlıklı sui generis tüzel kişi iken kamu dernek ve vakıfları kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişidir. Söz konusu ayrımın temelinde aşağıda belirtilen farklılıklar bulunmaktadır.

Birincisi alelade kamuya yararlı kurumlar özel hukuk hükümleri çerçevesinde serbest iradeyle kamu dernek ve vakıfları ise kamu iradesiyle kurulmaktadır. İkincisi kamu dernek ve vakıfları genel kolluk denetimini aşan idari vesayet benzeri bir denetime tabidir. Üçüncüsü kamu dernek ve vakıflarına alelade kamuya yararlı kurumlara nazaran daha fazla kamu gücü ayrıcalığı tanınmaktadır. Dördüncüsü alelade kamuya yararlı kurumların faaliyetleri idarenin mevcut kamu hizmetlerini destekler nitelikte iken kamu dernek ve vakıflarının faaliyetleri genellikle onlara özgülenen, idarece yürütülmeyen, sürekli ve düzenli olması gereken faaliyetlerdir. Son olarak bazı kamu dernek ve vakıflarının yönetim organlarında görevli kişiler kamu iradesiyle belirlenmekte iken alelade kamuya yararlı kurumlarda görevli kişiler serbest iradeyle belirlenmektedir.

Kaynakça

- Akbulut E, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi* (Beta Basım 2013).
- Akıllıoğlu T, 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler' (1988) 9 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 11.
- Akyıldız A, 'İmparatorluktan Günümüze Türk Vakıf Hukuku Gelişmelerine Kamusal Bakış' in Mehmet Ünal ve diğerleri (eds), *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2009).
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Anadolu FK, 'Danıştay'ca Hangi Dernekler Kamuya Yararlıdır' [1977] Türk İdare Dergisi 56.
- Atasayan MG, *Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012).
- Atay EE, 'İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri' (2007) 11 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 503.
- , *Hukuk Başlangıcı* (6. Baskı, Gazi Kitabevi 2018).
- , *İdare Hukuku* (7. Baskı, Turhan Kitabevi 2021).
- Avrupa Komisyonu, '2022 Türkiye Raporu' (2022) SWD(2022) 333 final.
- , '2023 Türkiye Raporu' (2023) SWD(2023) 696 final.
- Aydın V, 'Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Hukuki Statüsü' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2001).
- Bağrıaçık A, 'Kamu Hizmetinin Uyarılma İlkesi Üzerine Bir Değerlendirme' (2018) 26 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 155.
- Barr W and Picton J, *Pearce & Stevens' Trusts and Equitable Obligations* (8th edn, Oxford University Press 2022).
- Çağlayan R, 'Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları' [2016] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 373.
- , *İdare Hukuku Dersleri* (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).
- Çakmak M, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı* (Seçkin Yayıncılık 2013).
- Chan K, *The Public-Private Nature of Charity Law* (Bloomsbury 2016).
- Derbil S, 'Kamu Hizmeti Nedir?' (1950) 7 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 28.
- Devlet Denetleme Kurulu, 'Kamuya Yararlı Dernek Statüsünün İrdelenmesi İle Kamuya Yararlı Derneklerle İlgili Yürütülen İş ve İşlemlerin Değerlendirilmesi' (2010) Araştırma ve İnceleme Raporu 2010/1.
- Doğanay İ, 'Devlet Demiryolları İşletme Genel Müdürlüğü Ceza Kanununun 483'üncü Maddesinden Faydalanabilir Mi?' (1947) 38 Adalet Dergisi 954.

- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (Fakülteler Matbaası 1982).
- Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Yayınları 1990).
- , *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı* (Yenilik Basımevi 2004).
- Flathman RE, *The Public Interest: An Essay Concerning the Normative Discourse of Politics* (John Wiley & Sons 1966).
- Gelir İdaresi Başkanlığı, 'Derneklerin Vergilendirilmesi Rehberi' <www.gib.gov.tr> Erişim Tarihi 15 Şubat 2023.
- Göçgün M, *İdari İşlemin Konu Unsuru* (On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Gözler K, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019).
- , *İdare Hukuku*, Cilt 2 (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019).
- Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (13. Baskı, Turhan Kitabevi 2019).
- Gülân A, 'Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1987).
- , 'Conseil d'Etat'ın Kamu Yararı Kavramına Yaklaşımı' (Danıştay Yayınları 2000).
- Gündüz FE, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Vesayet' (2015) 20 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63.
- Gür NT, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Hatemi H, *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, Cilt 1 (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979).
- , *Kişiler Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- İnanç M, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- İsbir KB, *Kamu Tüzel Kişiliği* (Turhan Kitabevi 2017).
- İzci B, *Meccanilik İlkesi ve Türkiye'de Kamu Hizmetinden Yararlanandan Karşılık Alınmasının Meşruiyeti* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt 1 (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Karayalçın Y, *Kamuya Faydalı Müesseseler* (Başbakanlık Devlet Matbaası 1946).
- Kaulbach A-M, 'Alman Medenî Kanunu'nda Tıpe Bağlılık?' (2014) 2 Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 151.
- Kaya C, 'İdari Vesayet Makamının "Onay" İşleminin Hukuki Niteliği ve Sonuçları' (2011) 6 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143.
- , *Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı* (On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Keleş R, 'Kamu Yararı Üzerine' in Betül Çotuksöken ve Doğan Özlem (eds), *Bedia Akarsu Armağanı* (İnkılâp Kitabevi 2000).
- Keskin B, *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).

- , *Sözleşmeli Personel* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019).
- Keskin Z, *Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Kuntoğlu ÖF, 'Kamu Tüzel Kişiliği' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011).
- McBride J, 'The Legal Space for Non-Governmental Organisations in Europe' (Expert Council on NGO Law, Council of Europe 2021).
- Morris D, 'Too Private to be Charitable: Difficulties in Drawing the Line in Charity Law', *Charity Law* (Routledge 2022).
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 2 (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Örücü E, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976).
- Özay İH, *Günüşiğinde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2004).
- Saymen FH, *Medeni Hukukumuzda Hükmi Şahıslar* (Üniversite Kitabevi 1944).
- Serozan R, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 1994).
- Sigafoos J, 'When Should Charities be Allowed to Discriminate?' in John Picton and Jennifer Sigafoos (eds), *Debates in Charity Law* (Hart Publishing 2020).
- Synge M, *The 'new' Public Benefit Requirement: Making Sense of Charity Law?* (Hart 2015).
- Tokgöz H, *İstisnai Memuriyet* (Seçkin Yayıncılık 2016).
- TÜSEV ve ICNL, 'Kamu Yararı Statüsü Yuvarlak Masa Toplantısı' (2005).
- Uçar İ, 'İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi' (2016) 20 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 331.
- Ulusoy A, *Türk İdare Hukuku* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Waline M, 'Törel Kişilik Kuramı' (1943) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 306.
- Yaşar HN, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Der Yayınları 2014).
- Yıldırım M, *İdari Faaliyetlerin Görülüşüne Katılan Özel Hukuk Kişilerinin İdari İşlem Yapabilirliği Sorunu* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Yıldız H, *İdarenin Re'sen İcra Yetkisi* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Yılmaz D, *İdari İşlemin İcra İlişkisi* (Astana Yayınları 2014).

Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Korunması ve Hukuki Temsili^(*)

Doç. Dr. Süleyman DOST^(**)
Nedime Sevde GÖKEZ^(***)

Öz

Sığınmacı refakatsiz çocukların sayısı gün geçtikçe artış göstermektedir. Farklı nedenlere bağlı olarak gerçekleşen göçlerden en çok olumsuz etkilenenler çocuklardır. Refakatsiz çocukların maddi ve manevi ihtiyaçlarının karşılanması ve her türlü istismardan korunması BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin yükümlülüğündedir. Sığınmacı refakatsiz çocukların sığınma, barınma, eğitim, sağlık gibi temel insani haklardan mahrum kalmalarının en önemli nedenlerinden biri onları temsil edecek ve her koşulda çocuğun yüksek yararını gözetecek temsilcilerinin olmamasıdır. Çocuğun temel insani hakları elde etmesi bakımından hukuki temsili, sığınma başvurusunu yaptığı andan korumaya ilişkin işlemlerin tamamlanmasına kadarki süreçte kritik öneme sahiptir. Refakatsiz çocukların hukuki temsili, Sözleşme'nin tarafı her devlet tarafından farklı içeriklerde düzenlenmiştir. Ülkemizde ise refakatsiz çocukların hukuki temsili, Türk Medeni Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu makalede esas ola-

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 04.06.2024.

Atıf Şekli: Süleyman Dost ve Nedime Sevde Gökez, 'Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Korunması ve Hukuki Temsili' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 421, 463.

DOI: 10.52273/sduhfd..1473654.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: suleymandost@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0317-6389>.

(***) Avukat;

Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: sevdegokez34@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1589-7503>.

rak Türk hukukuna göre sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ve korunması ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle uluslararası hukukta sığınmacı refakatsiz çocuklara ele alınmaktadır. Daha sonra Türk hukukuna göre bu çocukların korunması ve hukuki süreçlerinin düzgün işleyebilmesi için gerekli olan hukuki temsilleri incelenmektedir. Son olarak da sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ve korunmasına ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerilerinde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Göç, Mülteci Hukuku, Sığınmacı Refakatsiz Çocuk, Hukuki Temsil.

Asylum Seeking Unaccompanied Child Protection and Legal Representation

Abstract

The number of unaccompanied refugee children is increasing day by day. Children are the ones most negatively affected by migration due to different reasons. It is the obligation of the states parties to the UN Convention on the Rights of the Child to meet the material and spiritual needs of unaccompanied children and to protect them from all kinds of abuse. One of the most important reasons why unaccompanied refugee children are deprived of basic human rights such as asylum, shelter, education and health is that they do not have representatives who will represent them and look after the best interests of the child under all circumstances. Legal representation of the child in terms of obtaining basic human rights is of critical importance in the process from the moment the asylum application is made until the completion of the protection procedures. Legal representation of unaccompanied children is regulated in different contexts by each state party to the Convention. In our country, the legal representation of unaccompanied children is regulated in the Turkish Civil Code and the Child Protection Law. This article mainly deals with the legal representation and protection of asylum-seeking unaccompanied children according to Turkish law. In this context, primarily asylum-seeking unaccompanied children are addressed in international law. Then, according to Turkish law, the legal representation required for the protection of these children and the smooth functioning of their legal processes is examined. Finally, problems encountered in practice regarding the legal representation and protection of asylum-seeking unaccompanied children and solutions are suggested.

Keywords

Immigration, Refugee Law, Asylum Seeking Unaccompanied Child, Legal Representation.

Extended Summary

The aim of this study is the legal representation and protection of asylum-seeking unaccompanied children and the problems they face in practice. It is possible to list these problems as follows: 1) disorganization, deficiencies and contradictions in the legislation, 2) difficulty in accessing legal services, 3) ignoring the need for children to be represented as independent individuals within the justice system, and 4) lack of legal expertise for asylum-seeking unaccompanied children.

1. The problem of disorganization, deficiencies and contradictions in the legislation and solution suggestions: One of the problems experienced in our country regarding unaccompanied asylum-seeking children is that the regulations for these children are dispersed, incomplete or contain contradictions in our legislation. The fact that different institutions are assigned with different legal provisions causes confusion in practice. For example, the provision of precautionary measures for children in need of protection separately in the Child Protection Law and the Social Services Law causes duality in practice.

In the Implementation Regulation, it is regulated that “the child’s parent or legal representative may be present during interviews regarding unaccompanied children.” However, it is a contradiction to state that the parents of these children who are not under the responsibility of an adult can attend the interview. In addition, although it is foreseen that the child’s legal representative may be present at the interview, the appointment procedure, powers and responsibilities of this representative are left unanswered in this regulation.

Similarly, it is stated in the Implementation Regulation that “When the best interest of the child is in question, the administration initiates and decides on the matters and procedures within the scope of the Law ex officio, without any consent, request or application regarding the child.” However, stating in the next paragraph that the provisions regarding international protection will be reserved creates a contradiction.

This problem can be solved as follows: First of all, a special regulation must be made in order to eliminate the disorganization and eliminate the deficiencies and contradictions in the regulations regarding the legal representation of asylum-seeking unaccompanied children. It would be appropriate if this regulation covers the period from the time the unaccompanied child enters Turkey until he reaches adulthood. As a matter of fact, even in countries that host fewer refugees compared to our country, there is a special regulation regarding the legal representation of these children. For example, the Belgian Guardianship Law and the Swedish Law on Guardianship of Unaccompanied Children can be given as examples.

Our second solution proposal on this issue is the establishment of a two-stage representation system. First of all, a person who can be called a “legal assistant” can be appointed from among lawyers. This representative must accompany the unaccompanied child until he/she is placed in the accommodation centre, inform him/her about the procedures to be carried out, seek the child’s opinions in the legal processes, and assist the child’s international protection application process until a guardian is appointed after the child is settled in the accommodation centre. After the child is placed in the shelter centre, a guardian must be appointed in accordance with

general provisions. With this two-stage representation system we propose, unaccompanied asylum-seeking children will be prevented from losing their rights and will be able to apply for international protection as quickly as possible.

2. Difficulty in accessing legal services and solution suggestions: Most of these children who come to our country do not know both our language and culture. It is not right to expect these children to know the legal system and the rights they have in a foreign country. As a matter of fact, even Turkish citizens have a lack of knowledge on this subject. Therefore, it is important for these children to have access to adequate and correct legal services for their protection.

In this sense, as a solution proposal, non-governmental organizations, Bar Associations and Provincial Directorates of Migration Management can form joint working groups and inform these children about legal services. In particular, the Provincial Directorate of Migration Management employees should accompany the work on this matter. After these children are identified, they are first brought here and their interviews are carried out by this unit, since their records are kept in the provincial immigration administration directorates. Therefore, they should be informed by the directorate about their rights and international protection application processes.

3. The problem of ignoring the need for children to be represented as independent individuals and solution suggestions: The child's involvement in the justice system as an independent individual is one of the clearest manifestations of his right to participate. The importance of the representation of unaccompanied refugee children is not sufficiently understood. However, the existence of asylum-seeking unaccompanied children as independent individuals within the justice system and the use of the rights and opportunities they have in this sense will only be possible if their legal representation is provided adequately and correctly.

In all processes of unaccompanied refugee-seeking children, from the identification stage to the decision on international protection, taking their opinions in accordance with the child's developmental level and carrying out these processes together with their legal representatives will be an effective practice to protect the best interests of the child.

4. The problem of lack of legal expertise regarding unaccompanied refugee children and solution suggestions: Although child law is a special field of law, it can be said that specialization in this field becomes a necessity if the child is unaccompanied as a refugee. In our country, legal expertise regarding asylum-seeking unaccompanied children is not sufficient. The lack of specialization in this field is mainly due to the fact that refugee law is newly developing in our law. In our country's practices, refugee law focuses more on adult services and children remain in the background. Lack of legal expertise in this field results in the inability of juvenile justice system mechanisms and courts to function adequately.

Immigration courts can be established as a solution to the problem of specialization in the field of refugee unaccompanied children. Special training can be given to lawyers in bar associations. Courses specifically related to unaccompanied children can be opened in law faculties. Symposiums involving relevant people and institutions may increase interest in this issue. Additionally, a guardianship institution with legal personality can be established.

Giriş

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin 2023 Yıl Ortası Eğilimleri Raporu'na göre; 2023 Haziran sonu itibarıyla, dünya genelinde zulüm, çatışma, şiddet ve insan hakları ihlalleri sebebiyle 110 milyon insan zorla yerinden edilmiştir. Rapora göre bu sayının Eylül ayı sonuna kadarki üç aylık sürede 4 milyon artarak zorla yerinden edilen insan sayısının 114 milyonu aşacağı tahmin ediliyor¹. Göç sürecinden etkilenen kişilerin sayısı ise gün geçtikçe artış gösteriyor². Ülkelerini terk etmek zorunda bırakılan bu insanların, zorunlu göç yolunda çok çeşitli zorluklarla karşılaştıkları gerçeği ise tazeliğini korumaktadır.

Göç süreci etkilerini önce erkeklerde sonra kadınlarda gösteriyorken, 2000'li yıllar itibarıyla daha çok "çocuklar" üzerinde göstermeye başlamıştır. Bu bağlamda çocuk hakları ile mülteci hukuku arasında çok ciddi irtibat noktaları vardır³. Zira veriler, zorla yerinden edilen kişilerin yaklaşık yüzde 40'ını çocukların oluşturduğunu göstermektedir⁴. Bu çocuklar içerisinde en hassas olanlar ise, sığınmacı refakatsiz çocuklardır.

Avrupa Birliği Sığınma Ajansı (EUAA) 2023 Raporu'na göre⁵, 2022 yılında Birliğe üye ülkelere refakatsiz çocuklar tarafından yapılmış olan 42.000 sığınma başvurusu, 2016 yılından itibaren yapılan en yüksek seviyedeki başvuru olmuştur. Refakatsiz çocuk sayısında yaşanan artışla birlikte, bu çocuklara yönelik yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin çocukların hukuki temsilleri, çocukların hukuki korumaya ilişkin başvurularının işleme konulması için öngörülen süre sınırlamaları, sığınmacı refakatsiz çocuklara yönelik yeterli maddi kabul koşullarının oluşturulması bunlardan birkaçıdır⁶.

¹ UNHCR Mid-Year Trends 2023 <<https://www.unhcr.org/mid-year-trends-report-2023>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

² UNHCR Global Trends 2022 Report <<https://reporting.unhcr.org/global-report-2022>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

³ ATASÜ TOPÇUOĞLU, Reyhan, 'Türkiye'de Göçmen Çocukların Profili, Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Önerileri Hızlı Değerlendirme Araştırması' (2013) İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı ve Uluslararası Göç Örgütü.

⁴ UNHCR's Refugee Population Statistics Database, <unhcr.org/refugee-statistics/> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

⁵ EUAA Asylum Report 2023: Executive Summary, <<https://euaa.europa.eu/publications/asylum-report-2023-executive-summary>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

⁶ EUAA Asylum Report 2023: Executive Summary.

Türkiye yoğun göç akınına uğrayan ülkelerin başında gelmektedir. Nitekim, 34,6 milyonu aşarak rekor düzeydeki sığınmacı sayısına ulaşan dünyada⁷, Türkiye geçici koruma ve uluslararası koruma altındaki yaklaşık 4 milyon kişiye ev sahipliği yaparak, dünyanın en yüksek sayıda sığınmacıyı barındıran ülkesi haline gelmiştir⁸. Tarihte eşine az rastlanılır yoğun sığınmacı akınına maruz kalan Türkiye, bu durumun üstesinden gelmeye çalışmaktadır.

1989 tarihli BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS)⁹, çocuk haklarına ilişkin temel uluslararası belgedir. Her ne kadar bu belgede, sığınmacı refakatsiz çocuklar ve bunların temsili, özel olarak düzenlenmemiş ise de Sözleşme'nin etki alanına, sığınmacı refakatsiz çocuklar da girmektedir. ÇHS'ye göre, taraf devletler kendi sorumluluğu altında bulunan çocuklara, ayırım yapmaksızın muamele etmek zorundadır (ÇHS, m.2). Ayrıca 22. maddede "*Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, ... koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar ... Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana-babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunamayan çocuğa da tanınacaktır.*" denilmektedir. Bu ifadelerden, taraf devletlerce üstlenilen sorumluluğun refakatsiz çocukları da kapsadığı anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda, sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsiline ilişkin özel bir düzenleme yoktur. T.C Anayasası'nın 41. ve 61. maddeleri gereği, vatan-dış- yabancı ayrımı gözetilmeden, her çocuk devlet tarafından korunmalı ve bunun için devlet her türlü tedbiri almalıdır¹⁰. Bu çocuklara, Türk Medeni Kanu-

⁷ UNHCR Global Refugee Forum (2023), <<https://www.unhcr.org/global-refugee-forum-2023>> Erişim Tarihi 25.04.2024.

⁸ 2023 yılı itibarıyla Türkiye'de geçici koruma kapsamında bulunan Suriyeli sayısı 3 milyon 381 bin 429 iken, uluslararası koruma kapsamındaki yabancıların sayısı 300 bin 720'dir. <<https://www.goc.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

⁹ Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile kabul edilmiştir. (RG 11.12.1994/22138).

¹⁰ Hümeyra Zeynep Nalçacıoğlu Erden, 'Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili: Seçilmiş Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme' (2023) 43(1) Public and Private International Law Bulletin 37, 6.

nu (TMK)¹¹ ve Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)¹² kapsamında genel hükümlere göre vasi veya kayyım atanmaktadır. Ayrıca, hukuki temsilciden farklı olarak “danışman” tayini şeklinde bir uygulama Refakatsiz Çocuklar Yönergesinde (RÇY)¹³ düzenlenmiştir. Ancak, mevzuattaki bu konuya ilişkin düzenlemelerin, uygulamada yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu durum, telafisi çok güç olan problemlerin yaşanmasına neden olmaktadır. Çünkü sığınmacı refakatsiz çocukların, kimlik tespitinden uluslararası koruma elde etmesine kadarki süreçte çocuğun üstün yararını gözetererek hareket edecek hukuki temsilciye ihtiyaçları vardır.

Bu çalışmada, sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ve korunması incelenmektedir. Bu kapsamda çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, “uluslararası hukukta sığınmacı refakatsiz çocuklar” konusu, ikinci bölümde, “Türk hukukunda sığınmacı refakatsiz çocuklar”, üçüncü bölümde ise “Türk hukukunda sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ve korunması” konusu incelenmektedir. Bu bölümde konu ile ilgili uygulamada ortaya çıkan sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmaktadır.

I. Uluslararası Hukukta Sığınmacı Refakatsiz Çocuklar

ÇHS’ye göre, 18 yaşın altındaki herkes çocuk olarak tanımlanmaktadır. Dünyadaki göçmenlerin %13’ü çocuklardan oluşmaktadır¹⁴. 2023 yılında AB ülkelerine sığınma başvurusunda bulunan kişi sayısı 1 048 880’dir. Bu sayı 2022 yılına kıyasla %20.1’lik bir artıştır. 2023 yılı verilerine göre sığınma başvurusunda bulunan kişi sayısı; 2015-2016 yıllarında Suriye’deki savaş nedeniyle yaşanan sığınmacı krizi sırasında kaydedilen rakamlardan bu yana en yüksek sayıdır¹⁵.

Elde edilen veriler, çocukların dünyadaki göçmen nüfus içerisindeki sayısının artarak devam ettiğini göstermektedir¹⁶. Savaş ve ailelerin parçalanması

¹¹ Türk Medenî Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

¹² Çocuk Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 15.7.2005/25876.

¹³ Refakatsiz Çocuklar Yönergesi (RÇY), 20.10.2015 tarihli yazı ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından onaylanmıştır <<https://www.aile.gov.tr/chgm/mevzuat/yonergeler/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁴ <<https://www.unicef.org/turkiye/en/press-releases/number-migrant-children-moving-across-latin-america-and-caribbean-hits-new-record>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁵ Eurostat, ‘Asylum applications- annual statistics’ <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_annual_statistics#Over_1_million_first-time_asylum_applicants_in_2023> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁶ ‘Child and Young Migrants’ (February 22, 2024) <https://www.migrationdataportal.org/themes/child-and-young-migrants#footnote1_o7d07sj> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

gibi sebeplerle kendisine refakat eden bir yetişkin olmaksızın göç eden çocukların sayısında ise ciddi bir artış görülmektedir. Literatürde “refakatsiz çocuk” olarak adlandırılan bu grup, BMMYK Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair Kılavuz İlkelerinde¹⁷ şöyle tanımlanmaktadır: “Her iki ebeveyninden ve akrabalarından ayrı düşmüş ve yasal olarak veya teamülen çocuğa bakmakla yükümlü bir yetişkinin sorumluluğu altında olmayan çocuklara refakatsiz çocuklar veya refakatsiz küçükler”. Burada “sığınmacı refakatsiz çocuklar” ve “ailesinden ayrı düşmüş çocuklar” ayrımını yapmak gerektir. 6 No.lu Genel Yorumda ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, refakatsiz çocuklardan farklı olarak, yasal veya geleneksel olarak kendilerinden sorumlu olan yetişkinlerden ayrı düşmüş ancak diğer akrabalarından ayrılmamış olabilecek çocuklar şeklinde belirtilmiştir¹⁸. Yani ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, kendisinden sorumlu bir yetişkinden ayrı düşmekle birlikte halen akrabalarından ayrılmamış olabileceği yönünden refakatsiz çocuklardan ayrılmaktadır¹⁹.

En hassas grup olarak görülen bu çocuklar, çocuk koruma sisteminin görünmez noktasıdır. Zira sığınmacı refakatsiz çocukların temel haklara erişimleri dahi, çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü bu çocuklarla ilgili kayıtların bile ne ölçüde doğru tutulduğu bilinmemekte ve denetimi mümkün olmamaktadır²⁰. Paylaşılan verilere göre, AB ülkelerine sığınma başvurusunda bulunan refakatsiz çocukların toplam sayısı 2023 yılında 41 525 kişiye ulaşmış ve bu sayı 2022 yılına (39 915) kıyasla %4,0 artış göstermiştir²¹. Bu sayılara, varlıkları bilinmeyen -kayıt altına alınmayan- veya sığınma başvuru talebine erişimi dahi mümkün olmayan çocukların sayısı eklendiğinde, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bu bağlamda aşağıda, sığınmacı refakatsiz çocukları ilgilendiren uluslararası hukuki düzenlemeler ile bu çocukları ilgilendiren temel haklar üzerinde durulacaktır.

¹⁷ Klavuz’un Türkçe metni için bakınız: <<http://www.madde14.org/images/8/8b/BMMYKCocukKilavuzllkeler2008tur.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁸ 6 No.lu Genel yorum, para. 8; Rapora ulaşılan site kaynakçada belirtilmiştir.

¹⁹ İlyas Arslan, ‘Türk Hukukunda Refakatsiz Çocukların Hukuki Durumu’ (2023) 14 (55) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 73, 80-81.

²⁰ ‘Child migrants to be sent back to hotel where 136 vanished’ (June 25, 2023) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2023/jun/25/child-migrants-to-be-sent-back-to-hotel-where-136-vanished>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

²¹ Eurostat, ‘Asylum applications- annual statistics’ <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications_-_annual_statistics#Applications_by_unaccompanied_minors> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

A. Uluslararası Hukuki Düzenlemeler

1. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi

Sığınmacı refakatsiz çocuk konusu incelenirken en fazla ülkenin tarafı olduğu 1989 tarihli ÇHS dikkate alınmıştır²². Çünkü sığınmacı refakatsiz çocuk, sığınmacı kimliğinden ve bu sığınmacı kimliğinden kaynaklı olarak sahip olduğu hak ve yükümlülüklerden bağımsız olarak öncelikle bir çocuktur.

2. Diğer Uluslararası Düzenlemeler

Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951 Mülteci Sözleşmesi)²³ ve Ek 1967 tarihli Protokolü²⁴, BM Çocuk Hakları Komitesi 6 No.lu 2005 tarihli Menşe Ülkeleri Dışındaki Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrılmış Çocuklara Gösterilecek Muameleler²⁵, Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrı Düşmüş Çocuklara İlişkin Kurumlar Arası Yol Gösterici İlkeler²⁶ de sığınmacı refakatsiz çocukların hakları konusunda dikkate alınması gereken diğer hukuki düzenlemelerdir.

Ayrıca ÇHS'ye Ek olarak yapılan Protokoller de konuya ilişkin diğer uluslararası düzenlemeler arasında yer almaktadır²⁷: Bunlardan ilki, BMÇHS 2000 tarihli Çocukların Çocuk Satışı, Çocuk Fuhşu ve Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol'dür. Diğeri, 2000 tarihli Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmaları ko-

²² Nazlı Töre, *Avrupa Yollarında Kayıp Göçmen Çocuklar* (Turhan Kitabevi 2022) 21.

²³ 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi (1951 Convention Relating to the Status of Refugees), 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı (BMGKK) ile yapılan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi: 29.08.1961, Resmî Gazete (R.G.) 05.09.1961/10898.

²⁴ Sözleşmenin 1967 tarihli Protokolü (1967 Protocol Relating to the Status of Refugees) 31 Ocak 1967 tarihinde imzaya açılarak 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Sözleşme'nin Protokolüne katılması ise Dışişleri Bakanlığı'nın 13.06.1968 tarih ve 721.501-BMKY-I-816 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu'nca 01.07.1968 tarihinde kararlaştırılmıştır: R.G. 05.08.1968/12968.

²⁵ Tammetin için bkz: <<https://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/BM%20CHK%20Genel%20Yorum%20No6%20-%20Refakatsiz%20Cocuklar.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

²⁶ Tam metin için bkz: <<https://www.unicef.org/turkiye/media/4641/file/REFAKATS%20C4%B0Z%20ve%20A%20B0LE>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

²⁷ Söz konusu sözleşmelere ulaşmak için bkz: <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%20C4%B1%20Oile%20C3%87ocuk%20Haklar%20C4%B1%20Komitesi%20Gene%20l%20Yorumlar%20C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

nusunda İhtiyari Protokol'dür. Bir diğeri de 2011 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol'dür.

B. ÇHS'de Benimsenen Temel İlkeler

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde dört temel ilke benimsenmiştir: Ayrımcılık yasağı (ÇHS, m.2), çocuğun üstün yararının gözetilmesi (ÇHS, m.3), çocuğun yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı (ÇHS, m.6), görüşlerini açıklama ve bu görüşlerin dikkate alınması hakkı (ÇHS, m.12). Bu ilkeler, ÇHS'nin diğer hükümleri uygulanırken de dikkate alınması gereken ilkelere dir.

1. Ayrımcılık Yasağı

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ayrımcılık yasağı temel bir ilke olarak düzenlenmiştir: *"Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler"* (ÇHS, m.2). Bu hüküm, sözleşmeyle güvence altına alınan haklara, sadece taraf devletlerin vatandaşı olan çocuklar değil, o ülkede yasal olarak kalma hakkı bulunmasa dahi tüm çocukların sahip olduğu anlamına gelmektedir.

ÇHS başta olmak üzere birçok uluslararası düzenlemede, devletlerin çocuklara yönelik keyfi davranışlardan uzak durmaları gerekliliği ifade edilmiştir. Ayrıca ayrımcılık yasağı ilkesinin bir sonucu olarak, devletler sığınmacı refakatsiz çocuklara yönelik olarak toplum tarafından meydana gelebilecek her türlü negatiflik için de önlem almalıdır²⁸.

2. Çocuğun Yüksek Yararı

Çocuğun yüksek yararı ilkesi ÇHS'de güvence altına alınmıştır. Buna göre; *"Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir."*(ÇHS, m.3). Çocuklarla ilgili düzenlemelerde, ilk önce dile getirilen bu hakkın kapsamına, sığınmacı refakatsiz çocuklar da girmektedirler²⁹. Dolayısıyla ÇHS'ye taraf devletlerin, bu çocukların göç ve ilticaya yöne-

²⁸ 6 No.lu Genel Yorum, para.18.

²⁹ 14 No.lu Genel Yorum, para.19.

lik işlemlerinde, yüksek yararlarını dikkate almaları gereklidir³⁰. Esasında çocuğun sığınmaya dair tüm işlemlerinde çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır³¹. Çocuğun yüksek yararı kavramıyla çocuğun kısa vadede dar ve bencil çıkarı anlaşılmalıdır. Bu kavramla çocuğun gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki geniş kapsamlı yararı kastedilmektedir³².

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, uluslararası düzenlemelerden önce de dikkate alınmıştır. Nitekim Common Law sistemi içerisinde özellikle de Amerika Birleşik Devletleri'ndeki aile mahkemelerinde, 200 yıldan fazla bir süredir bu kavrama yer verilmektedir³³. Ancak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin kabulünden sonra, bu ilkenin çocuk hakları içindeki konumu daha önemli bir hale gelmiştir. ÇHS'ye Ek olarak kabul edilen, Çocukların Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisine İlişkin İhtiyari Protokolde de ceza yargılamasında çocuk kurbanların üstün yararının temel düşünce olması gerekliliği ifade edilmiştir.

ÇHS Komitesi'nin 14 no.lu Genel Yorumu'nda, çocuğun üstün yararı ilkesinin somutlaştırılması adına üç bölüme ayrılması önerisinde bulunulmuştur. Bu bölümler bir "maddi hak", bir "temel yorumlayıcı hukuk ilkesi" ve bir "usul kuralı"dır³⁴. BMMYK'nin hazırladığı BMMYK Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair Kılavuz İlkeleri'nde ise, çocuğun yüksek yararı, çocuğun refahı noktasından ele alınmıştır. Ancak bu Rehberin uygulamasında da bir takip sistemi bulunmamaktadır. Yine de Rehber bazı haksız hukuki yaptırımların önüne geçilmesine engel olmaktadır. Örneğin çocukların sığınma taleplerine ilişkin devletlerin hukuki yaptırım uygulamasına, göçmen çocuklar için gözetim tedbirine başvurulmasına ve geçerli makul bir neden olmaksızın çocuğun yaş tespitinin yapılmasına engel olmaktadır³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin ise, çocuğun yüksek yararını belirlerken iki temel nokta üzerine yoğunlaştığı görülmektedir³⁶. Bunlar, çocu-

³⁰ Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku (5. Baskı, Seçkin 2023) 350-352.

³¹ 14 No.lu Genel Yorum para.19-22.

³² Rona Serozan, Çocuk Hukuku (Beta 2000) 48.

³³ Lynn Marie Kohm, 'Tracing the Foundations of the Best Interest of the Children Standard in American Jurisprudence' (2008) 10(2) Journal of Law and Family Studies 337, 340.

³⁴ 14 No.lu Genel Yorum, para. 6.

³⁵ Töre (n 22) 64.

³⁶ AİHM'in çocuğun yüksek yararını değerlendirdiği bazı kararlar için bkz: Mennesson v. France, ECtHR, Application No. 65192/11 (June 26, 2004); Üner v. The Netherlands, ECtHR, Application No.46410/99 (October 18, 2006); Maumousseau and Washington v. France, ECtHR, Application No.39388/05 (December 6, 2007); Nazerenko v. Russia, ECtHR, Application No. 39438/13 (July 16, 2015); Mandet v. France, ECtHR, Application No. 30955 (January 14, 2016).

ğün uyum sağlama becerisi ve çocuğun sağlam aile bağlarının bulunup bulunmamasıdır. Çocuğun uyum sağlama becerisi irdelenirken çocuğun menşe ülkesiyle, ikamet ettiği ülkeyle ve hedef ülkeyle kurduğu bağlar dikkate alınır³⁷ Mahkemenin, çocuğun yaşının küçük olması nedeniyle uyum sağlama çağında olduğu gerekçesine dayanarak, anne ve babanın sınır dışı edilmesinin, aile hakkına hanel getirmeyeceği yönünde hüküm verdiği de görülmektedir³⁸ AİHM'nin çocuğun yüksek yararını belirlerken her somut olayda, olayın şartlarına göre durumu tahlil etme çabasına rağmen, çocuğun görüşlerine başvurmaması veya nadiren çocuğun görüşlerine başvurusu, kanaatimizce çocuğun yüksek yararının belirlenmesi için sarf edilen çabanın göstermelik olduğu izlenimini uyan-dırmaktadır.

Çocuğun yüksek yararı ile ilgili olarak bazı hakların çatışması halinde nasıl bir yol izleneceği tartışmalıdır. Biz, çocuğun ve ebeveyninin veya bir yetişkinin haklarının çatıştığı noktada çocuk lehine yaklaşım sergilenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Mesela çocuğun kimlik hakkıyla hekimin sır saklama yükümlülüğünün karşı karşıya gelmesi durumunda çocuğun yüksek yararının öncelikli ve ağırlıklı bir değer olarak menfaatler terazisinin çocuk kefesine yerleştirilmesi gerekir³⁹.

3. Yaşama ve Gelişme Hakkı

BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi olan yaşama, hayatta kalma ve gelişim hakkı, tüm insan hakları belgelerinde güvence altına alınan bu hakların bir kez daha vurgulanması niteliğindedir. Taraf devletler, gelişmeyi “*çocuğun fiziksel, zihinsel, manevi, ahlaki, psikolojik ve sosyal gelişimini kapsayan geniş anlamıyla, bütüncül bir kavram olarak yorumlamaları*” gerekmektedir⁴⁰. Olumsuz yaşam koşulları, ihmal, istismar vb. insan potansiyelini kısıtlayıcı durumlar çocuğun yaşama ve gelişme hakkının güvence altına alınmasını öncelikle gerektirmektedir. Nitekim çocuklar, göç yolunda çeşitli olumsuzluklarla karşılaşmakta ve çoğunlukla insan ticaretinin çeşitli biçimlerine maruz kalmaktadırlar⁴¹. “*Çocuğun cinsel istismarı, çocuğu zorla evlendirme, çocuğun emeğinin*

³⁷ Ciara Smyth, ‘The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court’s Use of the Principle’ (2015) 17(1) European Journal of Migration and Law 70, 75.

³⁸ Üner v. The Netherlands, ECtHR, Application No. 46410/99 (October 18, 2006).

³⁹ Serozan (n 32) 49.

⁴⁰ 5 No.lu Genel Yorum, para. 12.

⁴¹ Alper Akgül, *Refakatsiz Çocuklar ve Korunması* (Yetkin 2024) 73.

sömürülmesi, zorla dilendirme, uyuşturucu kaçakçılığı ve ev içi hizmetkarlık⁴² çocukların yaşam güvenliğini ve kalitesini etkileyecek risk faktörlerindedir.

Toplumun en fazla korunması gereken kesimi olan çocuklar bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal yönden en güçsüz ve bağımlı insanlardır. Hukukun asıl işlevi olan görece güçsüzleri, yani işçileri, kiracıları, tüketicileri, kadınları, azınlıkları korumak olduğundan çocukların temel haklarından olan yaşama ve gelişme hakkı hiç kuşkusuz devletler tarafından başlıca korunması gereken haklardandır⁴³.

4. Katılma Hakkı

ÇHS'de çocukların görüşlerini açıklama ve bu görüşlerin dikkate alınması hakkı düzenlenmiştir (m.12). Buna göre, "*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınırlar.*" denilmek suretiyle çocuğu etkileyecek⁴⁴ her hususta yaşına, anlayışına ve olgunluk seviyesine uygun biçimde dinlenilme⁴⁵ hakkının varlığı kabul edilmiştir. Zira menşe ülkesi, yaşı, refakatçisinin olup olmadığı gibi hususlarda görüşlerine başvurulmayan veya uluslararası korumaya dair bilgilendirilmeyen bu küçüklerin, etkin bir hukuki korumadan yararlanma ihtimalleri oldukça düşüktür.

Çocuğun katılma hakkının ailede, eğitimde, sağlık hizmetlerinde, adli yargılamada ve toplulukta farklı tezahürleri vardır. Çocuğun katılma hakkının göç ve sığınmadaki rolü büyüktür. Bu çocuklar yabancı oldukları ülkenin kanun ve hak-

⁴² Göç Bağlamında Çocuk Dostu Yaklaşımların Geliştirilmesi: Standartlar, Kılavuz İlkeler ve Güncel Uygulamalar (2019) Avrupa Konseyi, 65 (Çevrimiçi, <<https://rm.coe.int/turkish-goc-baglam-nda-cocuk-dostu-yaklas-mlar-n-gelistirilmesi/1680a0ccb1>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2022).

⁴³ Serozan (n 32) 4.

⁴⁴ Burada çocuğu ilgilendiren yerine çocuğu etkileyecek kelimesinin kullanılmasının daha doğru olduğu düşüncesindeyiz. Zira etki kelimesiyle çocuğun dinlenilme hakkı kapsamının genişleyeceğini düşünüyoruz. Ayrıca makalenin birçok yerinde ÇHS'nden farklı olarak ilgi yerine etki kelimesini kullanmamızın sebebi çocuğun haklarının kapsamının en geniş şekliyle tutulması gerekliliğine vurgu yapmak içindir. Nitekim bazı olaylar çocuğu doğrudan ilgilendirmese bile dolaylı yönden etkileyebilir ki böyle bir durumda çocuğun sahip olduğu hakların dikkate alınması gerekir.

⁴⁵ Esasen çocuğun dinlenilme hakkının katılım hakkının bir tezahürü olduğu kanaatindeyiz. Zira çocuğun kendisini etkileyen işlemlere katılabilmesinin şartlarından biri de etkin bir biçimde görüşlerine başvurulması yani dinlenilmesidir.

ları konusunda bilgi sahibi değillerdir. Bu nedenle göç ve sığınma sürecindeki işlemlerde çocuğun dinlenilmesi, sahip olduğu hak ve imkânların açıklanarak çocuğun bu sürece katılımının sağlanması çocuğun etkin bir korumaya erişmesi bakımından gereklidir⁴⁶.

II. Türk Hukukunda Sığınmacı Refakatsiz Çocuklar

Türk hukukunda çocuk, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi...*” olarak tanımlanmıştır (ÇKK, m.3/a). Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda da (YUKK); “*henüz 18 yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.3/1/e). YUKK Uygulama Yönetmeliği⁴⁷ de aynı tanımları benimsemiştir. Ancak Türk hukukunda sığınmacı refakatsiz çocukların temsili ve korunmasına ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir.

Refakatsiz çocuk ise, YUKK’da “*sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece kanunen ya da örfve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye’ye gelen veya Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır (YUKK, m.3/1/m). Refakatsiz çocuk, YUKK ve Uygulama Yönetmeliği’nde “*özel ihtiyaç sahibi*” kategorisinde değerlendirilmektedir⁴⁸.

Sığınmacı refakatsiz çocuklar, YUKK kapsamında taşıdığı şartlara göre, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma veya geçici koruma statülerinden birine sahip olmaktadır. Ebeveyni veya aile üyeleriyle gelen çocukların mülteci yahut şartlı mülteci statüsü alabilmeleri için gerekli şartlara bakılmaksızın ebeveyninin ya da aile bireylerinin bu kriterlere sahip olmaları yeterlidir. Çocuğun ikincil koruma veya geçici koruma statüsü alıp almayacağı değerlendirilirken ise, çocuğun menşe ülkesine gönderilmesi halinde zulüm, işkence, kötü muamele görüp görmeyeceği, geldiği ülkede yaygın şiddet ve insan hakları ihlallerinin olup ol-

⁴⁶ 12 No.lu Genel Yorum para. 123.

⁴⁷ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 17.03.2016/29656.

⁴⁸ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, madde 3/1/l: “*Özel ihtiyaç sahibi: Başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden, refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişiyi...*” Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uygulama Yönetmeliği 3/1/v: “*Özel ihtiyaç sahibi: Refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişiyi...*”

madığına bakılmaktadır⁴⁹. Her ne kadar çocuk ikincil koruma veya geçici koruma statüleri alması bakımından doğrudan anne babasına bağlı tutulmasa da bu durum yine de araştırılmalıdır. Nitekim anne babasının statüsüne tabi tutulmamak, çocuğun yüksek yararına uygun olmayabilir. Statü verilirken çocuğun yüksek yararı gözetilerek statü verilmesi daha doğru olacaktır.

Bu kapsamda Türkiye'ye gelen çocuklar için, kimlik belgesi düzenlenerek kimlik numarası verilmektedir. Böylelikle bu çocuklar hem sağlık hizmetlerinden hem de sosyal hizmetlerden yararlanma imkânı bulabilmektedirler. Ayrıca, her çocuk için uluslararası koruma başvuru kaydı ayrı yapılmaktadır. Refakatsiz olarak gelen veya geldikten sonra refakatsiz kalan çocuklar için ise, öncelikle yaş tespiti yapılmaktadır. Zira bu çocukların gerçekten 18 yaşından küçük olup olmadıkları sahip olacakları haklar bakımından önemlidir. Dolayısıyla sığınmacı refakatsiz çocuğun öncelikle yaş tespitinin yapılması gerekmektedir. İl Göç İdaresi tarafından bu çocuklarla mülakat gerçekleştirilmekte, mülakat ve yaş tespiti sonucunda 18 yaşından küçük olduğu tespit edilen çocuklar Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü (ASHİM)'ne yönlendirilmekte ve onlar bünyesindeki çocuk evlerine yerleştirilmektedirler⁵⁰.

Aşağıda, sığınmacı refakatsiz çocuklarla ilgili (doğrudan olmasa da) hukuki düzenlemeler, temel ilkeler ve bu çocuklara yönelik uygulamadaki işlemler ele alınacaktır:

A. Ulusal Hukuki Düzenlemeler

Sığınmacı çocuklar içerisinde korunmaya en muhtaç olan grup, şüphesiz refakatsiz çocuklardır. Bu çocuklar kendilerini koruyacak, bakımını üstlenecek ve gelişiminde ona destek olacak refakatçiden yoksun olduklarından her türlü istismara maruz kalabilmektedirler. Dolayısıyla, sığınmacı refakatsiz çocuklar için özel düzenlemelere ihtiyaç vardır. Türk hukukunda ise bu çocuklara yönelik özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte YUKK ve YUKK Uygulama Yönetmeliği, Refakatsiz Çocuklar Yönetmeliği (RÇY), ÇKK'da sığınmacı refakatsiz çocukları ilgilendiren hükümler bulunmaktadır.

⁴⁹ Nuray Ekşi, 'Uluslararası Koruma Kapsamındaki Çocuklara İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar' in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalet Erişiminin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 17.

⁵⁰ Ekşi, (n 49) 17.

1. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda refakatsiz çocuklar, özel ihtiyaç sahibi kişiler olarak belirtilmiştir. Böylelikle koruma talepleri ve buna ilişkin hak ve işlemlerde öncelik hakkına sahip oldukları düzenlenmiştir. "... uluslararası koruma başvurusunda bulunan refakatsiz çocuklar için a) Refakatsiz çocukları ilgilendiren tüm işlemlerde temel ilke çocuğun yüksek yararadır. Refakatsiz çocuğun başvurusunun alınmasıyla birlikte bu çocuklar haklarında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanır. b) Fiziki görünümü ile beyan ettiği yaş arasında uyumsuzluk görünen yabancıların yaş tespit işlemlerinden 18 yaşından küçük olanlarının eski adı Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, yeni adıyla Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı il müdürlüklerine tespit edilir. c) Refakatsiz çocuğun da görüşleri göz önünde bulundurularak uygun konaklama yerleri, varsa yakın akrabalarının yanını ya da koruyucu aile yanına yerleştirilir" hükmüyle refakatsiz çocuklar için uygulanacak işlemlerde yol haritası çizilmiştir (YUKK, m.66). Ayrıca refakatsiz çocukların barınma işlemlerine öncelik verileceği de düzenlenerek, refakatsiz çocukların barınma işlemlerinin, olabilecek en hızlı biçimde gerçekleştirilmesine vurgu yapılmıştır (YUKK, m.95/3).

YUKK kapsamında refakatsiz çocuğu ilgilendiren her türlü işlemde, "çocuğun üstün yararı" ilkesinin esas tutulması gerekir. Çocuğun üstün yararı gözetilirken, çocuğun kendini ilgilendiren konularda görüşünün alınması, uyruğu, dili, ailesinde yetiştirilme biçimi, göç yolunda yaşadıkları gibi çeşitli unsurlar dikkate alınacaktır.

2. YUKK Uygulama Yönetmeliği (YUKKUY)

Yönetmeliğin amacı "yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılara sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir" (m.1). Yönetmelikte Kanun'a uygun olarak, ÇKK'nın ilgili hükümlerinin sığınmacı refakatsiz çocuklara da uygulanacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde bu çocukların korunmasının ASHB yükümlülüğünde olduğu da belirtilmiştir (YUKKUY, m.123/2-a)⁵¹. Ancak ne YUKK ne de YUKKUY, sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsiline yönelik özel bir hüküm içermemektedir.

⁵¹ YUKK, Madde 66/1-c.; YUKK UY, Madde 123/2-a.

3. Refakatsiz Çocuklar Yönergesi (RÇY)

Sığınmacı refakatsiz çocukları ilgilendiren bir başka düzenleme, Refakatsiz Çocuklar Yönergesidir. Yönerge, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve 2015 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yönergeyle refakatsiz çocukların, YUKK 66 ve 91. maddeleri ile ÇKK kapsamındaki iş ve işlemlerinin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (ASHB)'na verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Yönergenin amacı "... sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuklara Genel Müdürlüğümüzce sunulacak hizmetlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir" (m.1).

4. Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK)

ÇKK'ya göre, çocukla ilgili koruyucu ve destekleyici tedbirler mahkeme kararıyla belirlendikten sonra bu tedbirleri alma ve uygulama görevi Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca gerçekleştirilmektedir (ÇKK, m.5). Bu tedbirlerin kapsamına, çocuğun barınması, sağlık hizmetleri, eğitimi, bakımı, danışman hizmetleri girmektedir. Ancak refakatsiz çocukların ASHB'nin faaliyetlerinden olan koruyucu aile hizmetlerinden de yararlanma hakları olmasına karşın uygulamada toplum tarafından bu çocukların dışlandığı ve tercih edilmediği görülmektedir⁵².

B. Türk Hukukunda Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Korunmasına İlişkin Temel İlkeler

ÇHS, sığınmacı refakatsiz çocuklar için özel bir hüküm içermese de çocuk haklarının korunmasına ilişkin temel bir belgedir⁵³. Dolayısıyla hükümleri sığınmacı refakatsiz çocuklar için de geçerlidir⁵⁴. Ayrıca bu çocukların temel haklara erişimlerinin devletler tarafından bir yükümlülük olduğunu belirten AİHM içtihatları da mevcuttur⁵⁵.

⁵² KOREV, Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar Sonuç Raporu (2017)10 <<https://www.korev.org.tr/files/document/refakatsiz-siginmaci-calistayi.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

⁵³ Feriha Bilge Tanrıbilir, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları* (Yetkin 2011) 70-71.

⁵⁴ 14 No.lu Genel Yorum, para.12.

⁵⁵ Örneğin bkz.: Rahimi v. Yunanistan, no. 8687/08, 5.4.2011.; Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta, nos. 25794/13 ve 28151/13, 22.11.2016.; Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika no. 13178/03, 12.10.2006.; Khan v. Fransa, no. 12267/16, 28.2.2019; SH.D. ve

Burada sınırlı sayıda olmamak üzere, Türk hukukunda sığınmacı refakatsiz çocukların korunmasına ilişkin bazı temel ilke ve haklara değinilecektir. Bunlar, çocuğun yüksek yararı, ayrımcılık yasağı, katılma hakkı ve geri gönderme yasağıdır.

1. Çocuğun Yüksek Yararı

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuk haklarıyla ilgili olan uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi Türk hukukunda da temel ilkelere biridir. Bu ilke ÇKK'da, "*çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi*" ifadesiyle yer almıştır (ÇKK, m.4/1-b). YUKK m. 66/1-a da, "*Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır*" denilerek çocuğun yüksek yararının çocuğu ilgilendiren bütün işlemlerde gözetilmesinin gerekliliği ifade edilmiştir. Yine Kanunun insani ikamet iznini konu alan 46/1/a maddesiyle "*... belirtilen hâllerde, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan...*" hallerinden biri olarak "*çocuğun yüksek yararı*"nın söz konusu olduğu durum sayılmıştır. Ayrıca RÇY madde 6 gereğince⁵⁶, sığınmacı refakatsiz çocuğun bulunduğu andan itibaren onu etkileyecek her işlemde yüksek yararının dikkate alınması gerekmektedir.

Çocuğun yüksek yararı konusu, hukuk literatüründeki tartışmalı konumunu korumakla birlikte; Serozan'ın, "*idare hukukunda "kamu yararı" neyse, çocuk hukukunda da "çocuk yararı" odur*" görüşüne⁵⁷ katılmaktayız Nitekim çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde çocuğun yüksek yararının her bir somut olayda değerlendirilmesi kritik öneme sahiptir⁵⁸.

Çocuğun yüksek yararının göç ve ilticaya ilişkin işlemlerde ve uygulamalarda esas alınması gerekmektedir⁵⁹. Bu bağlamda çocuğun gerçekten refakatsiz olup olmadığının belirlenmesi, yaş tespiti, statü belirleme işlemleri ve hakkında

Diğerleri v. Yunanistan ve Diğerleri, no. 14165/16, 13.6.2019.; Moustahi v. Fransa no. 9347/14, 25.6.2020 <<https://multeci.org.tr/category/mevzuat/aihm-kararlari/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

⁵⁶ RÇY madde 6/1: "*Ülkemiz sınırlarında bulunan yabancı uyruklu çocukların refakatsiz olup olmadığı İl Göç İdaresi Müdürlüğüne araştırılır, refakatsiz olduğu tespit edilenlerde çocuğun yüksek yararı gözetilerek...*".

⁵⁷ Serozan (n 32) 47.

⁵⁸ Serozan (n 32) 48.

⁵⁹ Meltem İneli Ciğer- Mehmet Ali Küçükçavuş. 'Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İltica Taleplerinin Kayıt Altına Alınması' (2022)13(49) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 349, 357; Handbook on European law Relating to Asylum, Borders and Immigration (2020). European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 283-284; Özkan (n 30) 341.

koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınmasında yetkili makamlarca çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınmalıdır⁶⁰. Burada aslolan sığınmacı refakatsiz çocuklara yönelik her bir uygulamada devletlerin bu çocukların yüksek yararını benimsemeleridir. Bunu sağlamanın yolu ise, devletlerin bu çocuklara yönelik herhangi bir uygulamadan önce bu uygulamaların çocuklara nasıl etki edeceği noktasında ön çalışma yapmalarıdır⁶¹.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi AİHM içtihatlarıyla da kabul edilmiştir. AİHM çocuğun yüksek yararının diğer bireylerin haklarına nazaran öncelikli olarak dikkate alınması gerektiğini birçok kararında belirtmiştir⁶². AİHM bu davalarda; çocuğun yüksek yararının merkeze konmaması, küçük çocuklu ailelerin gözaltına alınmasının engellenmesi için her türlü önlemin alınmamış olması, çocuğun aile bireylerinin ülkeden çıkarılması ile ilgili kararlarda uygulanabilir, geçerli ve orantılı tedbirlerin ve kanıtların değerlendirilmemiş olması gibi gerekçelere yer vermektedir.

Sonuç itibarıyla, Türk hukukunda refakatsiz çocuklara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, çocuğun yüksek yararı ilkesi ile ilgili uygulamada bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bu nedenle çocuğun yüksek yararı ilkesini esas alan refakatsiz çocuklara yönelik özel düzenlemelere ihtiyaç vardır.

2. Ayrımcılık Yasağı

“Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması” ilkesi Türk hukukunda da benimsenmiş temel bir ilkedir (ÇKK, m.4/1-c). Ayrıca Türk hukukunun bir parçası haline gelen ÇHS gereği, sığınmacı refakatsiz çocukları ilgilendiren tüm işlemlerde ve onlara yönelik alınacak kararlarda çocuğun bu hakkı gözetilmelidir⁶³. Benzer şekilde refakatsiz çocukların tespiti, barınma merkezine yerleştirilmesi ve orada göreceği hizmetleri düzenleyen ilgili YUKK ve RÇY hükümlerinde, sığınmacı refakatsiz çocuklar Türk vatandaşı çocuklarla aynı haklara sahiptirler. Bu bağlamda çocuklara yönelik düzenlemelerimizin ayrımcılık yasağı ilkesi ile uyumlu olduğu ancak uygulamada bazı eksikliklerin bulunduğu söylenebilecektir.

⁶⁰ Mustafa Tevfik Odman, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler* (Çağ Üniversitesi, 2008) 60; Kaime Thoko, *The Normative Framework for Children's Rights in Refugee Situations*. Eds. Rafiqul Islam/ Jahid Hossain Bhuiyan, *An Introduction to International Refugee Law*. Leiden: Martinuss Nijhoff (2013) 408-409.

⁶¹ Akgül (n 41) 72.

⁶² El Ghatet v. İsviçre, Başvuru No. 56971/10, 8 Kasım 2016 para. 53.; Popov v. Fransa, Başvuru No. 39472/07 ve 39474/07, 19 Ocak 2012, para.147.; Jeunesse ve Hollanda (GC), Başvuru No. 12738/10, 3 Ekim 2014, para.109.

⁶³ Arslan, (n 21) 84.

3. Katılma Hakkı

Türk hukukunda da “Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması” ilkesi benimsenmiştir (ÇKK, m.4/1-d). Mesela “refakatsiz çocuğun yaş tespiti, barınacağı kuruma yerleştirilmesi, refakatsiz çocukla mülakatın gerçekleştirilmesi, koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilmesi gibi süreçlerin her aşamasında çocuğun görüşlerinin dikkate alınması gerekir (YUKKUY, m.123). Benzer şekilde “Kuruluşlarda veya birimlerde çocuklara yönelik yürütülen işlemler”de çocukların görüşü alınmadan önce onların yaş ve olgunluk seviyelerine uygun olarak gerekli bilgilendirme yapılmalıdır (RÇY, m.10). Çocuğun dinlenilme hakkının ülkemizde bir uygulaması olan sığınmacı refakatsiz çocukla gerçekleştirilen mülakatların ise çocukla etkili ve doğru iletişim kurabilecek, alanında uzman personelle gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁴.

4. Geri Gönderme Yasağı

Mülteci Sözleşmesi'nin 33. maddesinde düzenlenen geri göndermeme ilkesi, sığınmacı refakatsiz çocukları da yakından ilgilendirmektedir⁶⁵. Geri göndermeme ilkesi, uluslararası insan hakları ve mülteci hukukunda genel kabul gören bir ilke olarak, ülkemize gelerek sığınma talep eden refakatsiz çocuklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca bu ilkenin uluslararası hukukta öncelikli, üstün nitelikli kurallar olarak tanımlanan Jus Cogens arasında sayılması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁶.

Türk hukukunda da kabul edilen bu ilkeye göre, “hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez” (YUKK, m.4). Dolayısıyla, sığınmacı refakatsiz çocukların menşe ülkelerine iadeleri ancak çocuğa yönelik madde kapsamında sayılan tüm olumsuzluklardan emin olduğu takdirde mümkün olmalıdır⁶⁷.

⁶⁴ 12 No.lu Genel Yorum, para.25.

⁶⁵ Genel Yorum, para.26.

⁶⁶ Gökhan Taneri, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi* (Bilge 2012) 33.

⁶⁷ Aslı Bayata Canyaş, ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi’ (2015)5(1) Hacettepe HFD 73, 7.

Özellikle çocuklar bakımından sınır dışı etme kararı ve uygulaması oldukça hassas bir konudur. Diğer konularda olduğu gibi, sınır dışı etme kararının verilmesinde ve uygulanmasında da çocuğun yüksek yararı dikkate alınmalıdır. Sınır dışı etme kararıyla telafisi imkânsız zararların doğması ihtimali, çocuklar gibi hassas gruplar için daha yüksektir⁶⁸. Ne yazık ki, ÇHS’de sınır dışı bakımından öngörülen koruma tedbirleri Türk hukukunda özel olarak düzenlenmediğinden, sınır dışısına ilişkin kararların çocuğun yüksek yararına uygun olup olmadığının yeterli bir denetimi yargı makamlarınca yapılamamaktadır⁶⁹. Yine sınır dışı işlemlerinde karşılaşılan zorluklardan birisi de idari gözetimde tutulan çocuklarla ilgilidir. Mevzuatta her ne kadar çocuğun yüksek yararının gözetileceği ve ailelerin ayrı yerlerde barındırılacağı düzenlenmişse de geri gönderme merkezlerinin çocuklar için sağlıklı mekânlar olmadığı da bir gerçektir. Bu husus AİHM’nin G.B ve diğerleri ve Türkiye⁷⁰ kararında da ifade edilmiştir.

YUKK m.4’ün korumasından yararlanacak olan sığınmacı refakatsiz çocukların Türkiye’ye kabulü bakımından geri göndermeme ilkesi dikkate alınmalı, çocuğun ülkeye yasal olmayan yollarla girmiş olması sınır dışı edilmesine sebebiyet vermemelidir. Sığınmacı refakatsiz çocuğun gönüllü geri dönüş talebi olması durumunda ise, çocuğun yaş ve olgunluk seviyesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca menşe ülkeye döndüğünde YUKK m.4’te belirtilen hususların çocuğa zarar verip vermeyeceği değerlendirilmelidir. Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü bünyesindeki uzmanlar tarafından, çocuğun neden geri dönmek istediği iyice anlaşılmalı ve bundan sonra geri dönüş talebi incelenmelidir.

C. Türk Hukukunda Sığınmacı Refakatsiz Çocuklara Yönelik Uygulanan İşlemler

Ülkemizin tarafı olduğu ÇHS gereğince, sınırları içerisindeki her çocuk, Türk vatandaşı çocuklarla aynı haklara sahiptir⁷¹. Bu çocukların ÇHS kapsamındaki haklara erişebilmeleri için öncelikle “küçük ve refakatsiz” olduklarının tespiti yapılmalıdır. Refakatsiz olup olmadığının tespiti yapılan çocuk ya kolluk kuvvet-

⁶⁸ Akgül (n 41) 140-141.

⁶⁹ Merve Sizer, ‘Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 114-115.

⁷⁰ G.B ve diğerleri ve Türkiye, Başvuru No: 4633/15, 17/10/2019, para 95 vd.

⁷¹ Örneğin Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uygulama Yönetmeliği madde 65/5 hükümünce “ülkemize yasal olmayan yollarla giren yahut yasal olmayan bir şekilde bulunan refakatsiz çocuklar bu nedenle cezalandırılmazlar.”

lerince ya da çocuğun bulunduğu yer valiliğince, kimlik tespiti, yabancı kimlik kartı düzenlemesi, ilgili koruma statüsüne başvuru, sağlık taraması ve gerekiyorsa yaş tespiti için İl Göç İdaresi Müdürlüklerine gönderilmektedir⁷². İl Göç İdaresi Müdürlüklerinde işlemleri tamamlanan bu çocuklar, daha sonra Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın İl Müdürlüklerine gönderilmekte ve ilgili Müdürlükçe çocuğa danışman atanarak bu danışmanın bir an evvel çocukla görüşmesi sağlanmaktadır. (RÇY, m.10/1-d)

Belirtmek gerekirse aslında bir çocuğun korunmaya ihtiyacı olduğunu düşünen herkes bu durumu Aile ve Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne bildirebilir. Nitekim ÇKK, m.6'ya göre *"Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir."*

Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri, korunmaya muhtaç olan bu çocuklara, on sekiz yaşını dolduruncaya kadar, bakanlık bünyesindeki sosyal hizmet kuruluşlarında yetiştirilmeleri adına gerekli tedbirlerin alınmasını sağlar. Çocuğun sosyal hizmet kuruluşları nezdinde bakılıp yetiştirilmeleri için mahkemenin korunma kararının alınması şarttır. Bu aşamadan sonra, vesayet makamı, TMK hükümlerince, eğer kurum müdürü vasilik şartlarını taşıyorsa onu veya vasilik şartlarını taşıyan başka bir kişiyi vasi olarak atar.

Yukarıda açıklanan süreçlerden sonra üstünde durulması gereken önemli bir konu da refakatsiz çocuğa ilişkin uluslararası koruma başvuru sürecinin nasıl başlatılacağı ve bu sürecin nasıl yönetileceğidir. YUKK'da bu başvurunun valiliklere kişinin kendisi tarafından bizzat yapılması gerektiği belirtilmişken, YUKKUY'nin 65. maddesinde *"refakatsiz çocukların başvurularını bizzat yapamadıkları hallerde, bu başvuruların buldukları yerlerdeki ilgili birimlerce alınabileceği"* düzenlenmiştir. Bu maddeden anlaşılan, refakatsiz çocuğun, bulunduğu yerdeki makama başvurusunu bizzat kendisinin yapmasıdır. Bu durum haklı olarak eleştiriye açıktır. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz küçüklerin başvuru sürecini doğru yürütebilmelerini beklemek makul değildir. Ayrıca YUKKUY'nin 68. maddesinde, çocuğun velisi aracılığıyla başvuru yapabileceği düzenlenmişken, refakatsiz çocuğun yasal temsilcisine bu başvuru hakkı-

⁷² Erden (n 12) 20.

nın tanınmaması eleştirisi konusudur⁷³. RÇY’de ise, bu başvuruya danışmanın eşlik edeceği düzenlenmiştir (m.6/1-ı).

YUKKUY’nin “Çocukların iş ve işlemlerinde dikkat edilecek hususlar” başlıklı 122/ç maddesine göre; “Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda çocuk hakkında idare herhangi bir muvafakat, talep veya başvuru olmaksızın Kanun kapsamındaki iş ve işlemleri re’sen başlatır ve karara bağlar”. Ancak bir sonraki fıkrayla uluslararası korumaya ilişkin hükümlerin saklı tutulacağı belirtilmesi refakatsiz çocukların hukuki temsilcilerine, temsilcinin atama usulüne, yetki ve sorumluluklara ilişkin daha açıklayıcı ve kapsamlı özel hükümlerin gerekliliğine duyulan ihtiyacı göstermektedir.

YUKKUY madde 122/1/c’ye göre “Yasal temsilci ile çocuğun farklı ülkelerde olduğu durumda, yasal temsilcinin yetkili makam huzurunda verilmiş onayı ve refakatçinin çocuğun bakımını üstlendiğine ilişkin taahhüdünün olması kaydıyla, çocuğun refakatine bırakıldığı kişiye çocuk hakkında işlemleri yapma hakkı tanınır.” Bu düzenleme sığınmacı refakatsiz çocuklara tanınan bir hak olarak anlaşılabilir. Ancak yaşadığı yeri birçok problemle geride bırakıp çok zor şartlarda ülkemize kadar gelebilen küçüklerin, ülkesinde bıraktığı yasal temsilcisiyle irtibata geçmesi yahut yasal temsilcisinin yetkili makamda verilmiş olan onayının küçüğe ulaşması hayatın olağan akışına aykırıdır. Farzı muhal olarak bu durum mümkün olsa bile anılan maddede ne “refakatçi”nin özelliklerinden, ne de şartlarının neler olduğundan bahsedilmemiştir.

Aslında burada göstermeye çalıştığımız; sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsiline ilişkin, Türk hukukunda özel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğudur. Bununla birlikte, mahkeme kararıyla vasi ve kayyım ile ilişkin genel hükümler çerçevesinde hukuki temsilcinin belirlenmesi mümkündür. Ayrıca TMK’nın 396. madde ve devamındaki genel hükümlerin varlığına rağmen YUKKUY’da taahhüde dayanan ve neredeyse hukuki temsilci niteliğinde bir refakatçinin ifade edilmesi, eleştiriye açık bir diğer durumdur.

YUKKUY’da, “refakatsiz çocuklara ilişkin yapılacak mülakatlarda çocuğun ebeveyninin veya yasal temsilcisinin bulundurulabileceği” düzenlenmiştir (m.123/f). Ancak bu madde hükmü de çelişkiye neden olmaktadır. Zira herhangi bir yetişkinin sorumluluğunda olmayan bu çocukların, sahip olmadıkları ebeveyninin mülakata katılabileceğini düzenlemek büyük bir soru işaretidir. Ayrıca

⁷³ Neva Öztürk, Gökçen Taner ve Ersoy Kontacı, ‘Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi’ (2019) Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

yukarıdaki maddede çocuğun hukuki temsilcisinin mülakatta bulunabileceği öngörülmesine rağmen, bu temsilcinin atama usulü, yetki ve sorumlulukları da bu düzenlemede cevapsız bırakılmıştır.

Sonuç olarak sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ile ilgili belirsizliklerin giderilmesi için özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Aşağıda bu çocukların temsili ve korunması konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. Türk Hukukunda Sığınmacı Refakatsiz Çocukların Hukuki Temsili ve Korunması

YUKKUY'ye göre, sığınmacı refakatsiz çocuklar hakkında ÇKK hükümleri uygulanacaktır. Mahkemenin koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarıyla beraber, TMK hükümlerine göre vesayet ve kayımlık hususlarında da karar verme yetkisi vardır (ÇKK, m.7). Uygulamada sığınmacı refakatsiz çocuğun hukuki temsili TMK'nın vesayet ve kayımlık hükümlerine göre sağlanmaktadır.

RÇY'de dikkat çeken bir düzenleme vardır. Madde 6/1/1'da, vasi veya kayımdan bağımsız olarak atanacak ve çocukla gerçekleştirilecek mülakata eşlik edecek bir danışmandan bahsedilmektedir. Yönergede, neredeyse vasi veya kayım gibi sorumlulukları düzenlenen danışmanın, hukuki temsilci olmadığı açıktır. Türk hukukunda vesayette tipe bağlılık ilkesi hakim olduğundan çocuğun hukuki temsilcisi TMK madde 396-494 uyarınca vasi veya kayımdır. Çocuk Koruma Kanunu madde 7 hükmüyle de çocuk mahkemelerinin, refakatsiz çocuğa vasi yahut kayım atayabileceği düzenlenmiştir.

Aşağıda öncelikle temsille ilgili olarak genel bilgiler verilecek daha sonra sığınmacı refakatsiz çocukların vasi veya kayımla temsili, danışman ve avukat atanması ile uygulamada karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri incelenecektir.

A. Temsil Kavramı

Temsil, bir kişinin başka biri adına ve hesabına temsilci sıfatıyla bir hukuksal işlem yapması ve bu işlemin hukuksal sonuçlarının adına ve hesabına işlem yapılan kişi üzerinde doğmasıdır⁷⁴. Temsilin üç özelliği vardır: temsil yetkisi, temsilcinin başkası adına hukuksal işlem yapması, işlemin hukuksal sonuçlarının

⁷⁴ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 2009) 163; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Beta 2008) 383.

temsil edilenin kişiliğinde doğması⁷⁵. Temsil yetkisi, temsil edilenin iradesine değil de yasaya dayanıyorsa yasal temsilden söz edilir⁷⁶. Yasal temsilde temsilci, temsil edilenin adına iş görmesinin yanında, temsil edilenin yaptığı işlemlere onay vermek veya vermemek suretiyle de temsil edilenin yararlarını korur⁷⁷. Temsil yetkisi hak değildir. Bundan dolayı üzerinde tasarrufta bulunulamaz, devredilemez, başkasına geçmez, haczedilemez⁷⁸.

Temsilin temel ilkelerinden biri açıklama ilkesidir. Açıklama ilkesi, temsilcinin hukuksal işlem yaparken bu sıfatıyla işlem yaptığını açıklaması anlamına gelmektedir. Ancak temsilci her zaman bu ilkeye riayet etmek zorunda değildir. Nitekim temsilcinin, temsilci sıfatıyla hukuksal işlem yaptığı biliniyor veya anlaşılıyorsa hukuksal işlemin sonuçları yine temsil edilenin kişiliğinde doğar⁷⁹. Temsilcinin, temsilci sıfatıyla temsil edilen adına yaptığı hukuki işlemin geçerli olabilmesi için ise; temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekli ve yeterlidir⁸⁰.

İradi temsilde temsil edilenin temsilciye verdiği talimat, temsil yetkisinin kapsamını ve sınırlarını belirlerken yasal temsilde, temsil edilenin istekleri temsilciyi bağlayıcı değildir. Buna karşın, vesayette vesayet dairelerinin denetimi, kayyımlıkta ise vesayet makamının talimatları temsilcinin yetkilerini sınırlar⁸¹. Temsilin içeriği genel olarak hukuksal işlemler olsa da yasal temsilde velayet, vesayet ve kayyımlıkla ilgili hükümlere bakıldığında görülecektir ki görülen iş sadece hukuksal işlem değildir, maddi eylemleri ve hukuksal işlem benzerlerini de kapsar⁸².

B. Çocukların Temsili

TMK m. 355/1 gereği Türk hukukunda aslolan çocuğun anne babanın velayetinde olmasıdır. Öte yandan çocuğun her zaman anne veya babanın velaye-

⁷⁵ Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009) 3-4.

⁷⁶ Akyol (n 75) 158; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2008) 130; Oğuzman ve Öz (n 74) 169.

⁷⁷ Murat İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (On İki Levha 2009) 40.

⁷⁸ Akyol (n 75) 5.

⁷⁹ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm* (2. Baskı, Vedat 2008) 354; Oğuzman ve Öz (n 74) 168; Reisoğlu (n 77) 130; Akyol (n 75) 184-185.

⁸⁰ Özge Yücel, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan 2011) 30.

⁸¹ Oğuzman ve Öz (n 74) 178.

⁸² Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık* (Vedat 2006) 47.

tinde olmasının mümkün olmadığı haller de söz konusu olabilmektedir. Bu tür durumlarda anne ve babasının korumasından mahrum kalan çocukların korunmasını sağlamak üzere Türk hukukunda vesayet kurumu düzenlenmiştir. Yine Türk hukukunda vesayet ikincil niteliktedir. Yani “*vesayet ancak velayetin koruyucu kanatlarının açılmadığı ya da sonradan kırıldığı yerde devreye girer*”⁸³. Velayet ve vesayet arasında çeşitli benzerlik ve farklılıklar vardır. Ancak her iki kurumun da asıl amacı çocuğun eğitilmesi, yetiştirilmesi, hak ve menfaatlerinin korunmasıdır⁸⁴.

TMK m.403’te vasinin, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığıyla ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Türk hukukunda bir kişinin vasi olarak atanması için hangi niteliklere sahip olması gerektiği, vasinin ne zaman atanacağı, vasinin yetkilerinin neler olduğu, vasi tayininde vesayet ve denetim makamlarının görev ve yetkilerinin neler olduğu gibi vesayet yönetimine ilişkin hususlar TMK’da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde vesayet kararı verilmesi veya vesayet sona erme sebeplerinin neler olduğu hususunda da TMK hükümleri uygulanacaktır.

Türk hukukunda Türk vatandaşlığına sahip olmayan, anne veya babasının velayet sorumluluğunu yerine getir(e)mediği çocukların vesayet altına alınması bakımından özel bir düzenleme yoktur. Bu anlamda, Türk hukukundaki vesayet kurumu, hakkında vesayet kararı verilmesi gereken Türk vatandaşı olmayan kişiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Öyleyse bu durum Türkiye’de bulunan ve her iki ebeveyninin refakatinden yoksun olan sığınmacı refakatsiz çocuklar bakımından da geçerlidir⁸⁵.

C. Vasi veya Kayyımla Temsil

Türkiye’de bulunan sığınmacı refakatsiz çocuklar için vasi veya kayyım atanmasında ve buna dair işlemlerde uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK’a bakmak gerekir. Çocuğun yabancı olması sebebiyle, “Vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna

⁸³ Serozan (n 32) 172.

⁸⁴ Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III- Aile Hukuku* (9. Baskı, Filiz, 2014) 393-394.

⁸⁵ Akgül (n 41) 192-193.

tâbidir ... Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır⁸⁶.” Sığınmacı refakatsiz çocuklar zorunlu olarak Türkiye’de buldukları için, vasi atanması hakkında MÖHUK madde 10/2 gereği Türk hukuku uygulanacaktır⁸⁷. Burada vesayet ve kayımlığı sığınmacı refakatsiz çocuklar yönünden değerlendireceğiz.

Vesayet, velayet altında olmayan çocuk ile ergin olmalarına rağmen kendi kendilerini yönetemeyen, özel bakım isteyen kişinin korunması amacıyla devlete örgütlendirilmiş, kişinin kendisine ve malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasına ve temsiline yönelik bir kurumdur⁸⁸. Türk hukukunda korunmaya muhtaç bireylerin vesayet altına alınmasında devletin müdahalesi gerekli görülerek, vesayet bir kamu kurumu olarak düzenlenmiştir. Bu kamu vesayeti, vesayet ve denetim makamından oluşur. Vesayet makamı Sulh hukuk mahkemeleri iken, denetim makamı Asliye hukuk mahkemeleridir. Vesayet ve denetim makamları, kamu hukukundan doğan yetkileriyle devlete bağlı olduklarından görevleri kamu hukukuna istinat ederken, bir yandan da korunmaya muhtaç kişilerin yararı için çalıştıklarından görevlerinin özel hukuka istinat ettiği de söylenebilir⁸⁹.

Vesayet altına alınarak kendisine vasi atana çocuk TMK m. 448’e göre, vasisi tarafından temsil edilir. Vasi, çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla onun adına ve hesabına kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve yasak işlemler dışında kalan hukuki işlemleri yapar. Ancak vesayette, velayetten farklı olarak, vasi temsil yetkisini kullanırken bazı hukuki işlemlerde vesayet ve denetim makamlarının izni olmadan hareket edemez⁹⁰. Bunun sebebi vasinin bir vesayet organı olarak mahkeme kararı ile görevlendirilmesi ve vesayet dairelerinin denetimi altında olmasıdır⁹¹.

⁸⁶ Maddenin tam metni şu şekildedir: “(1) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir. (2) Yabancı millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye’de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır. (3) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir.” (MÖHUK, m.10).

⁸⁷ Öztürk, Taner ve Kontacı (n 73) 142.

⁸⁸ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan 2015) 747; Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt 2* (11. Baskı, Beta 2008) 469.

⁸⁹ Öztan (n 88) 1265.

⁹⁰ Akıntürk (n 88) 528.

⁹¹ Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 32) 257-258.

Vasi, ayırt etme gücüne sahip çocuğu temsil ederken TMK madde 450 gereği, çocuğun görüşünü alarak hukuki işleme katılımını sağlamalıdır. Vasi, çocuğu temsil ederken çocuğun yüksek yararına uygun davranmadığı takdirde, çocuğun temsilini sağlamak üzere kayyım gibi bir başka temsilci atanır. Şayet vasi, görevini sürekli olarak ihmal ediyorsa görevine son verilerek yerine başka biri vasi olarak atanır⁹².

Bir diğer organ olan “*Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanır*” (TMK m 403/2). Kayyım, temsil kayyımlığı (TMK m 426), yönetim kayyımlığı (TMK m 427) ve isteğe bağlı kayyımlık (TMK m 428) olmak üzere üç çeşittir. TMK’da belirtilen vesayet makamlarının dışında ayrıca bir vesayet tedbiri uygulanamaz.

Çocuğa atanan kayyım, ya belirli bir işin görülmesi için ya belirli bir davada çocuğu temsil etmek için ya çocuğun malvarlığını belirli sebeplerden dolayı yönetmek için ya da çocuğun kişiliğinin ve malvarlığının korunmasında önlem almak için yetkilendirilir. Kısacası kayyımın çocuğu temsilinin kapsamı sınırlı ve belirlidir⁹³. TMK madde 458 uyarınca, bir kimseye kayyım atanması, onun fiil ehliyetini etkilemez. Dolayısıyla, çocuğa kayyım atanması durumunda çocuk ayırt etme gücüne sahipse kayyım atansa dahi sınırlı ehliyetsizdir, ayırt etme gücüne sahip değilse kayyım atandığında da tam ehliyetsizdir⁹⁴.

Kayyımlığın velayet ve vesayetle bazı benzer yönleri olmakla birlikte bu kurumlar arasında ciddi farklar vardır. Velayet kural olarak mahkeme kararına dayanmadan doğrudan yasaya dayanmakta ve hısımlıktan kaynaklanmaktadır. Kayyımlık ise bir mahkeme kararı ile kurulmaktadır. Ayrıca kayyımın yetkileri velayette olduğundan çok daha dar ve yetkileri belirlidir. Veli, vesayet makamına hesap verme yükümlülüğünde değilken, kayyım yaptığı işler hakkında vesayet makamını bilgilendirmek ve hesap vermekle yükümlüdür. Vesayet ve kayyımlığın da belirli farklılıkları vardır. Vesayette kişinin hukuksal işlem ehliyeti sınırlandırılarak kısıtlama kararı verilirken; kayyımlık ise, kişinin hukuki işlem ehliyetini etkilemez⁹⁵. Vesayetin kapsamı geniş ve vasinin görevleri genel nitelikte olmasına karşın kayyımlığın kapsamı dar ve görevleri mahkeme kararıyla belirlidir⁹⁶.

⁹² Öztan (n 88) 780.

⁹³ Gümüş (n 82) 295.

⁹⁴ Öztan (n 88) 787.

⁹⁵ M. Nezih Elpe, Vasilik ve Kayımlık Hukuku (Balkanoğlu Matbaacılık 1967) 51.

⁹⁶ Gümüş (n 82) 307.

Sığınmacı refakatsiz çocukları daha yakından ilgilendirdiğinden kısaca temsil kayyımlığından da bahsedilecektir. Eğer bir kişi belirli işlerini görebilecek halde değilse ve o işlerini görmeye yetkili hiçbir kimsesi yoksa bu halde temsil kayyımlığından söz edilebilir⁹⁷. Vesayet makamınca resen veya istek üzerine görevlendirilen temsil kayyımı, vesayet makamının görevlendirdiği iş ve amacın dışına çıkmayarak onun emir ve talimatlarına uygun hareket etmek zorundadır. Temsil kayyımının atanabilmesinin şartı, yasal temsilcinin kendinden beklenen görevleri yerine getirmesinin artık imkânsız hale gelmesidir.

Burada şöyle bir soru akla gelebilir: Acaba Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na bağlı kurumlardaki refakatsiz yabancı çocuklar için yabancı vasi veya kayyım görevlendirilebilir mi? Bu soruya Ekşi şu şekilde cevap vermektedir. *“ASHB'ye bağlı kurumlarda bulunan refakatsiz çocuklara yabancıların vasi veya kayyım olarak atanıp atanmayacağı hususunda uygulamada tereddüt edilmektedir. ASHB'ye bağlı kurumlarda bulunan refakatsiz çocuklara vasi veya kayyım atanırken, vasi veya kayyımın, kurum temsilcilerinden olmasına dikkat edilmektedir. Ancak buna gerek yoktur. Daha önce ifade ettiğimiz üzere gerek TMK'da gerekse ÇKK'da vasinin Türk vatandaşı olması veya belirli kurum çalışanları arasından seçilmesine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. O halde yabancı veya Türk vatandaşı olan ve vasi veya kayyım görevini ifa edebilecek durumda olan herhangi bir kişi vasi veya kayyım olarak atanabilir⁹⁸.”* Gerçekten de ne TMK'da ne de ÇKK'da refakatsiz çocuklara atanacak vasi veya kayyımın Türk olması gerektiğine dair açık bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla yapılacak ciddi bir araştırmadan sonra yabancı vasi veya kayyımın atanabileceği konusu, sorunların azaltılması noktasında üzerinde düşünülmesi gereken bir çözümdür.

D. Danışman Atanması

Daha önce belirtildiği gibi Türk hukukunda refakatsiz çocuğun hukuki temsiline yönelik özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak TMK, ÇKK ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerinde Dair Kanun hükümleri doğrultusunda çocuğun vasi veya kayyım ile hukuki temsili mümkün olmaktadır.

⁹⁷ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2021) 607.

⁹⁸ Ayfer Çeçen Demir, 'Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara Vasi ve Kayyım Atanması' in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalete Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 46-47.

RÇY’de ise adeta vasi yardımcısı niteliğinde görev ve sorumlulukları düzenlenen bir “danışman”dan bahsedilmektedir. Buna göre, İl Göç İdaresi Müdürlüğünde gerekli işlemleri tamamlanarak ASHB İl Müdürlüğüne yerleştirilen çocuğa, bu kuruluşun müdürü tarafından danışman atanacağı düzenlenmiştir⁹⁹. Yönergede refakatsiz çocuğun vasi veya kayyım ile ilgili temsiline dair bir hüküm ise düzenlenmemiştir.

RÇY’de danışmanın yetki ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Danışman, çocuğa kalacağı yeri ve burada sunulacak imkânları anlatır, ayrıca kendisinden beklenen kuralların neler olduğunu öğretir, kaldığı kuruluşun etkinlikleri hakkında bilgi verir ve katılımına yardımcı olur. Yönergede, danışmanın çocuğun sığınma başvuru sürecinde bilfiil eşlik ederek İl Göç İdaresi Müdürlüğü’ndeki mülakatlara katılması ve bu konuya dair rapor hazırlanmasında önerilerinin alınması da düzenlenmiştir¹⁰⁰.

RÇY’de düzenlenmiş olan danışmanın, vasi veya kayyım gibi hukuki anlamda çocuğu temsil edecek bir temsilci olmadığı açıktır. Ancak uygulamada danışmanın refakatsiz çocuk hakkında daha fazla bilgiye sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle danışmanlık ile vasilik/kayyım konusunun birlikte ele alınarak düzenlenmesi uygulamada pratik çözüme katkı sunabilecektir.

E. Avukat Atanması (Önerisi)

Sığınmacı refakatsiz çocuklara temsilci olarak avukat atanması konusundan önce uygulamadaki soruna açıklık getirmek gerekiyor: TMK gereği vasi veya kayyım atanabiliyor olsa da bu temsil sistemi bu çocukların korunmaları adına yeterli değildir. Nitekim bu çocuklara mevcut düzenlemeler doğrultusunda genel hükümlere göre vasi atanmaktadır. Ancak vasi atama işlemi, vasinin seçilme sürecini içerdiğinden bir değerlendirme sürecini doğurmaktadır. Uygulamada ise sığınmacı refakatsiz çocuğa vasi atanması uzun zaman almaktadır¹⁰¹. Nitekim tüm bunlar sığınmacı refakatsiz çocuğun hak kaybına uğramasına neden olmaktadır.

⁹⁹ RÇY madde 10/1/d: “Kuruluşa veya birime yerleştirilen çocuğa kuruluş müdürü tarafından danışman görevlendirilir”.

¹⁰⁰ RÇY 10. Madde detayları için bakınız: <<https://www.aile.gov.tr/uploads/sgb/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi-20-10-2015.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁰¹ Sizer (n 69) 145.

Uygulamada bu çocuklara ancak aile birleşimi gibi gereklilik durumlarında vasi veya kayyım atanmaktadır. Atanan vasi, genellikle çocuğun bulunduğu kurum çalışanlarından seçilmektedir¹⁰². Uygulamada refakatsiz çocuklara vasi veya kayyım atanması konusunda bir çekişenlik görülmektedir¹⁰³. Bu durumun, birçok nedeni vardır¹⁰⁴. Bu nedenlerden bazıları, vasi veya kayyımın atanmasının mahkeme kararıyla olması nedeniyle bu sürecin uzun süreceğinin düşünülmesi, bu çocukların akrabası olduğunu ileri süren ancak amaçlarının çocuğu kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmak isteyen kişilerin var olması, çocuğun akrabası dahi olsa bu çocukların istismara açık olması halleridir. Bundan dolayı gereklilik halinde bu çocuklara uygulamada hukuki temsilci olarak kayyım atandığı görülmektedir¹⁰⁵.

Ancak bu çocukların gerçek anlamda hukuki süreçlerinin düzgün işleyebilmesi için hukuki temsilci atanmalıdır. Bu noktada iki aşamalı bir temsil sistemi düşünülebilir¹⁰⁶. İlk olarak "hukuki işlemlerde temsili" ni sağlamak üzere bir kişi, refakatsiz çocuk sığınma başvurusu yaptığı andan barınma merkezine yerleştirilinceye kadarki sürecinde ona eşlik ederek, yapılacak işlemlerde onu bilgilendirmesi, çocuğun bu hukuki süreçlerinde onun görüşlerini alması şeklinde çocuğun hukuki temsilini sağlayabilir¹⁰⁷. İkinci olarak da çocuğa barınma merkezine yerleştirildikten sonra genel hükümlere göre bir vasinin atanması yoluna gidilebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi bu çocuklar temsile en çok ihtiyaç duydukları zaman maalesef tek başlarına bu işlemleri yapmak durumunda bırakılmaktadır. Örneğin, yaş tespiti yapılan bir çocuktan bu tespite ilişkin itirazlarını nasıl dile getireceğini, hangi yollara başvuracağını veya uluslararası koruma başvurusu

¹⁰² Erden (n 12) 61.

¹⁰³ Nuray Ekşi, *Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları* (Beta 2021) 57.

¹⁰⁴ İzmir 11 Sulh Hukuk Mahkemesi, 461/496, 21.03.2019.; Gaziantep 2 Sulh Hukuk Mahkemesi, 745/1139, 10.05.2019 tarihli kararlar için bkz: Ekşi (n 103) 57-58.

¹⁰⁵ Ekşi (n 71) 57 vd.

¹⁰⁶ Aslında TMK m.420 gereğince, gecikmesinde sakınca bulunan işlemlerde refakatsiz çocuğa geçici olarak temsilci ataması yapılmaktadır: "*Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır, özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir.*"

¹⁰⁷ Türk hukukunda çocuğun kolluk birimlerince bulunmasından hakkında yaş tespitine karar verilmesi anına kadar kendisine bir hukuki temsilcinin atanmasına yönelik bir uygulama hiçbir zaman olmamıştır. Bkz. Eda Yakmaz, 'Statü Belirleme Sürecinde Türkiye'de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu' (2014) IMPR Humanitarian.

yaparken nasıl bir yol izlemesi gerektiğini bilmesini beklemek makul değildir. Refakatsiz çocuk için mevcut Türk hukukuna göre vasi atanmasını beklemek, çocuğun var olan haklarını neredeyse kaybetmesi demektir. Bundan dolayı önerdiğimiz iki aşamalı temsil sistemi ile, çocuğun sığınma ve uluslararası koruma başvuru sürecinde hak kaybına uğramasının önüne geçileceğini düşünmekteyiz¹⁰⁸.

İşte bu noktada iki aşamalı temsil sisteminin ilk ayağını hukuki temsilci avukatların oluşturabileceğini düşünmekteyiz. Ancak bu temsilin kaynağı yasal olarak belirlenmelidir. Temsil sisteminin ilk ayağının hukuki temsilci avukatların oluşturabileceği önerisinin birkaç nedeni vardır. Öncelikle bunun sebebi, uygulamada çocukların avukata erişiminin çok zor olmasıdır. Her ne kadar avukata erişim, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ve Anayasamızın 36. maddesi ile güvence altına alınmış olsa da uygulamada bu çocukların ehliyetlerinin veya yabancı kimlik numaralarının olmaması gibi gerekçeler ile avukat hizmetinden yararlanamamaktadırlar¹⁰⁹. Bu anlamda, örneğin İsveç'te uygulanan vesayet sisteminde refakatsiz çocuğun kaydı yapılır yapılmaz çocuğa vasiyle beraber onu temsil edecek bir avukat atandığı görülmektedir¹¹⁰. Maalesef Türk hukukunda çocuğun avukata erişimi çok uzun ve yorucu bir süreçten sonra ancak mümkün olmaktadır.

Çocuğun hukuki temsilde ilk aşamanın avukat atanması şeklinde düzenlenmesi önerinin ikinci nedeni ise, avukatın mevzuata hâkim olması ve hukuki süreçleri hızlı ve etkin kullanım yönünden buna en uygun meslek grubu olmasıdır. Nitekim refakatsiz çocukların bir an evvel kendilerine tanınan hakları öğ-

¹⁰⁸ Hukuki temsile ilişkin sunduğumuz önerinin bir benzeri Hollanda'da ön vesayet sistemi şeklinde uygulanmaktadır. Refakatsiz çocuklara vasi atanması için Hollanda Adalet Bakanlığı'na bağlı ulusal vesayet kurumu olan NIDOS kurulmuştur. NIDOS, çocuk mahkemelerinden bu çocuklar için vasi olarak atanmayı talep eder. Özellikle çocuğun kabul merkezinde polislerce kaydı alındıktan sonra NIDOS çocuklara temsilci atar. NIDOS tarafından atanan bu temsilci çocuğun barınacağı yerin tespitini yapmak üzere kabul merkezindeki ilk görüşmeyi gerçekleştirir. Yine temsilci bu aşamada çocuk için en yararlı olacak sığınma başvurusuna da karar verir. Burada temsilcinin "geçici vasi" olarak görev yaptığını söyleyebiliriz. Böylelikle NIDOS tarafından atanan temsilci ile çocuk mahkemesinin vasi ataması arasındaki ön vesayet aşamasıyla, çocuğun bu süreçteki hak kayıpları önlenmiş olmaktadır. Bkz: Erden (n 12) 49-51. Ayrıca NIDOS ve uluslararası çalışmaları hakkında bilgi için bkz: <<https://www.nidos.nl/en/home/missie-en-visie-van-nidos/>> ve <<https://nidosineurope.eu/about/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹⁰⁹ Erden (n 12) 76-77.

¹¹⁰ Erden (n 12) 55.

renmeleri ve buna dair iş ve işlemleri en hızlı şekilde yürütmeleri için harekete geçmeleri gerekmektedir¹¹¹.

Bu anlamda Adalet Bakanlığına bağlı bir avukat havuzu birimi oluşturulabilir. Refakatsiz olduğu tespit edilen çocuğa bu havuzdan derhal avukat atanması yapılarak, böylece çocuğun kurum bünyesine yerleştirilinceye kadarki süreç ve işlemlerinde hukuki temsili sağlanarak hak kaybına uğramasının önüne geçilmiş olacaktır. Bu hukuki temsilci avukatlar, çocuk kuruma yerleştirilince çocuğa vasi atanması için mahkemeye başvurabilir. Ayrıca temsilci avukat mahkeme tarafından vasi atanıncaya kadar çocuğun iş ve işlemlerinde onu temsile devam edebilir. Böylece çocuğun hukuki temsile en çok ihtiyacı olan süreçte hukuki temsilci avukat ile temsili sağlanarak, sahip olduğu hakların korunması yoluna gidilmiş olunabilir¹¹².

F. Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Bu çalışmanın amacı, sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsili ve korunması ile uygulamada karşılaştıkları sorunlardır. Bu sorunları şu şeklide sıralamak mümkündür: 1) Mevzuattaki dağınıklık, eksiklik ve çelişkiler, 2) Hukuki hizmetlere ulaşımındaki zorluk, 3) Çocukların adalet sistemi içinde bağımsız bir birey olarak temsil edilmeleri¹¹³ ihtiyacının göz ardı edilmesi ve 4) Sığınmacı refakatsiz çocuklara yönelik hukuki uzmanlaşma eksikliği.

Bu sorunlarla ilgili çözüm önerileri aşağıda açıklanmıştır:

1. Mevzuattaki Dağınıklık, Eksiklik ve Çelişkiler Sorunu ve Çözüm Önerileri

Ülkemizde sığınmacı refakatsiz çocuklarla ilgili olarak yaşanan sorunlardan biri, bu çocuklara yönelik düzenlemelerin dağınık halde bulunması, eksik olması veya çelişkiler barındırmasıdır¹¹⁴. Yukarıda ilgili başlıkta da ele alındığı gibi özel-

¹¹¹ Sizer (n 69) 144.

¹¹² İki aşamalı temsil sisteminin ilk ayağı olan avukat havuzundan avukat atanması önerisine farklı yönleri olmakla birlikte uygulama mantığı benzer olan bir sistemi Belçika'da görmekteyiz. Belçika vesayet sisteminde, Adalet Bakanlığı'na bağlı Vesayet Hizmetleri Bölümü tarafından oluşturulan vasi havuzundan refakatsiz çocuğa derhal vasi atanmaktadır. Bu havuzdan vasi atanması için ise mahkeme kararına gerek yoktur. Detaylı bilgi için bkz: Erden (n 12) 46-48.

¹¹³ Öztürk, Taner ve Kontacı (n 63) 15.

¹¹⁴ Özellikle YUKK ve Uygulama Yönetmeliği doğrultusunda, tam ehliyetsiz küçüklerin bizzat uluslararası koruma başvurusu yapmasının hukuki geçerliliği ciddi bir sorundur. Çocuğun yüksek yararı ilkesi ve diğer ilkeler çerçevesinde bu konuda düzenleme yapılması ihtiyacı vardır.

likle sığınmacı refakatsiz çocuklara yönelik işlemlerde ve başvurularda bunları görmek mümkündür.

Mevzuattaki Dağınıklık: Farklı kanun hükümleriyle farklı kurumların görevlendirilmiş olması, uygulamada karmaşaya sebep olmaktadır. Örneğin korunmaya ihtiyacı olan çocuklar için verilmesi gerekli tedbir kararlarının ÇKK ve Sosyal Hizmetler Kanunu'nda ayrı düzenlenmesi uygulamada çift başlılığa neden olmaktadır¹¹⁵.

Mevzuattaki Eksiklik ve Çelişkiler: Türk hukukunda refakatsiz çocuklara ilişkin onların tespit edilmesiyle beraber kendilerine derhal bir hukuki temsilci atanmasını mümkün kılan bir düzenlemenin olmaması, Türkiye'nin tarafı olduğu ÇHS'de yer alan temel ilkelerden olan çocuğun yüksek yararını gözetme yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır¹¹⁶.

Ayrıca YUKKUY'da, "*refakatsiz çocuklara ilişkin yapılacak mülakatlarda çocuğun ebeveyninin veya yasal temsilcisinin bulundurulabileceği*" düzenlenmiştir (m.123/f). Ancak bir yetişkinin sorumluluğunda olmayan bu çocukların, sahip olmadıkları ebeveyninin mülakata katılabileceğinin belirtilmesi bir çelişkidir. Ayrıca çocuğun hukuki temsilcisinin mülakatta bulunabileceği öngörülmesine rağmen, bu temsilcinin atama usulü, yetki ve sorumlulukları bu düzenlemede de cevapsız bırakılmıştır.

Benzer şekilde YUKKUY'nin "*Çocukların iş ve işlemlerinde dikkat edilecek hususlar*" başlıklı 122/ç maddesinde "*Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda çocuk hakkında idare herhangi bir muvafakat, talep veya başvuru olmaksızın Kanun kapsamındaki iş ve işlemleri re'sen başlatır ve karara bağlar*" denilmektedir. Ancak bir sonraki fıkrada uluslararası korumaya ilişkin hükümlerin saklı tutulacağı belirtilmesi bir çelişki oluşturmaktadır.

Çözüm Önerisi: Öncelikle sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsiline ilişkin düzenlemelerdeki dağınıklığın giderilmesi, eksiklik ve çelişkilerin giderilmesi amacıyla özel bir düzenleme yapılması gerekir. Bu düzenleme, refakatsiz çocuğun Türkiye'ye giriş yapmasından ergin oluncaya kadar geçen süreyi kapsayacak şekilde olması isabetli olacaktır. Nitekim Türkiye'ye kıyasen daha az sığınmacıya ev sahipliği yapan ülkelerde bile, bu çocukların hukuki temsili ile

¹¹⁵ Kasım Karataş, 'Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme' (2007) 18 (2) Toplum ve Sosyal Hizmet 7, 12.

¹¹⁶ Bkz. Kabul Koşulları Direktifi m.24 ve İltica Prosedürleri Direktifi m.24.

ilgili özel bir düzenleme bulunmaktadır. Mesela 24 Aralık 2002 tarihli Belçika Vesayet Kanunu¹¹⁷ ve 1 Temmuz 2005 tarihli İsveç Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun¹¹⁸ örnek gösterilebilir.

Bu konuda ikinci çözüm önerimiz ise iki aşamalı bir temsil sisteminin kurulmasıdır. İlk olarak; avukatlar arasından “hukuki işlemlerde çocuğun temsilini sağlamak” üzere temsilci atanabilir. Bu temsilci, barınma merkezine yerleştirilinceye kadar refakatsiz çocuğa eşlik etmeli, yapılacak işlemlerde onu bilgilendirmeli, çocuğun hukuki süreçlerinde onun görüşlerini almalı ve çocuk barınma merkezine yerleştikten sonra da vasi atanıncaya kadar onun uluslararası koruma başvuru sürecine yardımcı olmalıdır. İkinci olarak; çocuğun barınma merkezine yerleştirilmesinden sonra ise genel hükümlere göre vasi atanması yoluna gidilmesi gerekir. Önerdiğimiz bu iki aşamalı temsil sistemiyle, sığınmacı refakatsiz çocukların hak kaybı yaşamasının önüne geçilerek, en hızlı bir şekilde uluslararası koruma başvurusunda bulunabilmelerinin önü açılmış olacaktır.

2. Hukuki Hizmetlere Ulaşımındaki Zorluk Sorunu ve Çözüm Önerileri

Türkiye’ye çeşitli nedenlerle sığınan çocukların çoğu hem dilimizi hem kültürümüzü bilmemektedirler. Bu çocuklardan yabancı oldukları bir ülkedeki hukuk sistemini ve bu doğrultuda sahip oldukları haklarını bilmelerini beklemek doğru değildir. Nitekim bu konuda Türk vatandaşlarının bile bilgi eksiklikleri vardır. Dolayısıyla bu çocukların yeterli ve doğru hukuki hizmetlere ulaşabilmesi, onların korunmaları noktasında önem taşımaktadır.

Çözüm önerisi: Bu anlamda çözüm önerisi olarak, Sivil Toplum Kuruluşları ve Barolar ile İl Göç İdaresi Müdürlüklerinin ortak çalışma grupları oluşturarak bu çocukların hukuki hizmetler konusunda bilgilendirmeleri sağlanabilir. Özellikle İl Göç İdaresi Müdürlüğü çalışanlarının bu husustaki çalışmalara eşlik etmesi gereklidir. Zira bu çocuklar tespit edildikten sonra, kayıtları il göç idaresi

¹¹⁷ Kanununun 29 ayrı alt maddenin olduğu 479. maddesinde, refakatsiz yabancı küçüklerin vasiliği ele alınmıştır. Belçika Vesâyet Kanunu için bkz: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table_name=loi> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

¹¹⁸ Bu Kanundan önce refakatsiz çocukların vesâyeti, evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının düzenlendiği 1904 tarihli Evlilik, Velâyet ve Evlat Edinmeye ilişkin Bazı Uluslararası Hukukî İlişkiler Hakkında Kanun’da (Lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (4. Bölüm m 3) düzenlenmiştir (Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun Geçiş Hükümleri). İlgili Kanun için bkz: <https://lagen.nu/1904:26_s.1#K4P4S1> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

müdürlüklerinde tutulduğundan ilk olarak buraya getirilirler ve mülakatları bu birimce gerçekleştirilir. Dolayısıyla müdürlükçe, hakları ve uluslararası koruma başvuru süreçleri konusunda bilgilendirilmelidirler.

3. Çocukların Adalet Sistemi İçinde Bağımsız Bir Birey Olarak Temsil Edilmeleri İhtiyacının Göz Ardı Edilmesi Sorunu ve Çözüm Önerileri

Çocukların adalet sistemi içerisinde belirli haklara sahip olabilmeleri ancak onların ebeveynlerinden bağımsız bireyler olarak ele alınmalarıyla mümkün olabilecektir. Zira çocuğun bağımsız bir birey olarak adalet sisteminde yer alması, onun katılma hakkının en açık görünüşlerinden birisidir. Sığınmacı refakatsiz çocukların temsili konusunun önemi yeterince anlaşılmamaktadır. Oysa sığınmacı refakatsiz çocukların adalet sistemi içerisinde bağımsız bir birey olarak var olmaları ve bu anlamda sahip oldukları hakları ve imkanları kullanabilmeleri ancak hukuki temsillerinin yeterli ve doğru bir biçimde yapılmasıyla mümkün olacaktır.

Sığınmacı refakatsiz çocukların, kimlik tespiti aşamasından uluslararası korumaya karar verilinceye kadarki tüm işlemlerinde, çocuğun gelişim seviyesine uygun olarak fikirleri alınarak, bu süreçlerin hukuki temsilcileriyle birlikte yürütülmesi, çocuğun yüksek yararının korunması adına etkili bir uygulama olacaktır. Çünkü *“kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir”* (ÇHS, m.3)

4. Sığınmacı Refakatsiz Çocuklarla İlgili Hukuki Uzmanlaşma Eksikliği Sorunu ve Çözüm Önerileri

Çocuk hukuku özel bir hukuk alanı olmasının yanında, çocuğun sığınmacı refakatsiz olması halinde bu alanda uzmanlaşma artık bir zaruret halini almaktadır denilebilir. Ülkemizde sığınmacı refakatsiz çocuklara ilişkin hukuki uzmanlaşma yeterli değildir. Bu alanda uzmanlaşmanın olmaması, esasında Türk hukukunda mülteci hukukunun yeni gelişmekte olmasından da kaynaklanmaktadır. Türkiye’deki uygulamalarda, mülteci hukukunda daha çok yetişkinlere yönelik hizmetlere ağırlık verilmekte, çocuklar daha arka planda kalmaktadırlar. Bu alanda hukuki uzmanlaşma eksikliği çocuk adalet sistemi mekanizmaları ve mahkemelerinin yeterli bir şekilde çalışmaması sonucunu doğurmaktadır.

Sığınmacı refakatsiz çocuklar alanında uzmanlaşma problemine karşı, çözüm önerisi olarak göç mahkemeleri kurulabilir. Barolarda avukatlara özel eğitimler verilebilir. Hukuk fakültelerinde özellikle refakatsiz çocuklarla ilgili ders-

ler açılabilir. İlgili kişi ve kurumların yer alacağı sempozyumlar, bu konuya olan ilgiyi arttırabilir. Ayrıca tüzel kişiliğe sahip bir vesayet kurumu oluşturulabilir. Nitekim Avrupa'da Adalet Bakanlıklarına bağlı olarak kurulan tüzel kişiliğe sahip vesayet kurumları, uygulamada birlik ve pratiklik sağlamaktadır¹¹⁹.

Sonuç

Günümüzde zorla yerinden edilen insan sayısı endişe verici rakamlara ulaşmıştır. Bu durumdan en çok çocuklar etkilenmektedir. Bu nedenle mülteci hukuku ile çocuk hakları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zira elde edilen verilere göre zorla yerinden edilen kişilerin yaklaşık yüzde 40'ını çocuklar oluşturmaktadır. Bu çocuklar içerisinde en hassas olanlar ise, sığınmacı refakatsiz çocuklardır.

Çocuk haklarına ilişkin temel uluslararası belge 1989 tarihli BM Çocuk Hakları-na Dair Sözleşme'dir. Bu belgede sığınmacı refakatsiz çocuklara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin etki alanına sığınmacı refakatsiz çocuklar da girmektedir. ÇHS'de taraf devletlere, kendi sorumluluğu altında bulunan bütün çocuklara hiçbir şekilde ayrımcılık yapmadan vatandaş çocuklar gibi muamele etmek yükümlülüğü getirilmiştir. Türk Hukukunda ise, ÇHS'ye uygun olarak Anayasa ve diğer düzenlemelerde vatandaş yabancı ayrımı gözetilmeden her çocuğun devlet tarafından korunacağı güvence altına alınmıştır.

Sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsilcileri ise devletlerin ulusal düzenlemelerine göre değişkenlik göstermektedir. Türk hukukunda, sığınmacı refakatsiz çocukların hukuki temsiline ilişkin özel bir düzenleme olmamakla birlikte Medeni Kanunumuz ve Çocuk Koruma Kanunu kapsamında refakatsiz çocukların vasi veya kayımla hukuki olarak temsili sağlanmaktadır. Ancak uygulamada bu çocukların hukuki temsilcilerinin yeterince etkili bir şekilde sağlanmadığı görülmektedir. Dolayısıyla sığınmacı refakatsiz çocukların kimlik tespitinden uluslararası koruma elde etmesine kadar ki süreçte, çocuğun yüksek yararının gözetileceği (hukuki) temsil sisteminin Türk hukukunda özel olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu anlamda makalede iki aşamalı temsil sistemi önerilmiştir. Böylelikle sığınmacı refakatsiz çocukların uygulamada yaşadıkları birçok hak kaybının önüne geçileceği düşünülmektedir.

¹¹⁹ Türkiye İnsan Hakları Eylem Planı'nda, uluslararası koruma ve geçici korumaya sahip refakatsiz çocuklar için tüzel kişi vesayet sisteminin bir yıl içerisinde hayata geçirilmesi planlanmıştır. Bkz: İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi (2021) 108 <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Kaynakça

- Akgül A, *Refakatsiz Çocuklar ve Korunması* (Yetkin 2024).
- Akıntürk T, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* Cilt 2 (11. Baskı, Beta 2008).
- Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009).
- Arslan İ, 'Türk Hukukunda Refakatsiz Çocukların Hukuki Durumu' (2023) 14 (55) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 73-110.
- Atasü Topçuoğlu R, 'Türkiye'de Göçmen Çocukların Profili, Sosyal Politika ve Sosyal Hizmet Önerileri Hızlı Değerlendirme Araştırması' (2013) *İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı ve Uluslararası Göç Örgütü*.
- Bayata Canyaş A, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamındaki Geri Gönderme Yasağının Uygulanma Koşullarının AİHM Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi' (2015) 5(1) *Hacettepe HFD* 73-90.
- Çeçen Demir A, 'Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklara Vasi ve Kayyım Atanması' in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalet Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 43-48.
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014).
- Ekşi N, *Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları* (Beta, 2021).
- Ekşi N, 'Uluslararası Koruma Kapsamındaki Çocuklara İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar' in Nuray Ekşi (ed) *Uluslararası Koruma Kapsamındaki Refakatsiz Çocuklar İçin Adalet Erişimin Güçlendirilmesi Projesi El Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2018) 5-17.
- Elpe M N, *Vasilik ve Kayımlık Hukuku* (Balkanoğlu Matbaacılık 1967).
- ERen F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı, Beta 2008).
- Gümüş M A, *Türk Medeni Hukukunda Kayımlık* (Vedat 2006).
- Karataş K, 'Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme' (2007) 18 (2) *Toplum ve Sosyal Hizmet* 7-20.
- King S, 'Challenging Monohumanism: An Argument for Changing the Way We Think About Intercountry Adoption' (2009) 30 (2) *Michigan Journal of International Law* 413-470.
- Kohm Lynn M, 'Tracing the Foundations of the Best Interest of the Children Standard in American Jurisprudence' (2008) 10(2) *Journal of Law and Family Studies*.
- KOREV, Refakatsiz Sığınmacı Çocuklar Çalıştayı Sonuç Raporu (2017)10. <<https://www.korev.org.tr/files/document/refakatsiz-siginmaci-calistayi.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- İnceoğlu M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (On İki Levha 2009).

- İneli Ciğer M, Küçükçavuş M A, 'Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İltica Taleplerinin Kayıt Altına Alınması' (2022)13(49) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 349-370.
- Nalçacıoğlu Erden H Z, 'Refakatsiz Çocukların Hukukî Temsili: Seçilmiş Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme' (2023) 43(1) Publicand Private International Law Bulletin 37-83.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz 2009).
- Odman M T, *Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler* (Çağ Üniversitesi, 2008).
- Özkan I, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku* (5. Bası Seçkin 2023).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası Turhan Kitabevi 2015).
- Öztürk N, Taner G ve Kontacı E, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi (Türkiye Barolar Birliği 2019) <<https://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/627.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- Reisoğlu S, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Baskı, Beta 2008).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Beta 2000).
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm* (2. Baskı, Vedat 2008).
- Sizer M, 'Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- Smyth C, 'The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-Entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?' (2015) 17(1) European Journal of Migration and Law 70-103.
- Taneri G, *Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi* (Bilge 2012).
- Tanrıbilir F B, *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları* (Yetkin 2011).
- Thoko K, The Normative Framework for Children's Rights in Refugee Situations. Eds. Rafiqul Islam/ Jahid Hossain Bhuiyan, An Introduction to International Refugee Law. Leiden: Martinus Nijhoff (2013).
- Töre N, *Avrupa Yollarında Kayıp Göçmen Çocuklar* (Turhan Kitabevi 2022).
- Woodhouse Barbara B, 'Chapter 12: The Child Rights to Family' in J. Todres & S.M. Kim, (eds) *The Oxford Handbook of Children's Rights Law* (Oxford University Press 2020) 237-256.
- Yakmaz E, 'Statü Belirleme Sürecinde Türkiye'de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu' (2014) IMPR Humanitarian <<http://madde14.org/images/d/de/IMPR-StatuRefakatsizCocuk2014.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- Yücel Ö, *Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili* (Turhan 2011).

İnternet Kaynakları

AİHM Kararları için: <<https://multeci.org.tr/category/mevzuat/aihm-kararlari/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Belçika Vesâyet Kanunu için: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2002122445&table_name=loi> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

BM Çocuk Hakları Komitesi 6 No.lu 2005 tarihli Menşe Ülkeleri Dışındaki Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrılmış Çocuklara Gösterilecek Muameleler için: <<https://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/BM%20CHK%20Genel%20Yorum%20No6%20-%20Refakatsiz%20Cocuklar.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

BMMYK Çocuğun Yüksek Yararının Belirlenmesine Dair Kılavuz İlkeleri'ne ulaşmak için: <<http://www.madde14.org/images/8/8b/BMMYKCocukKilavuzlIkeler2008tur.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

ÇHS Ek Protokoller için: <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları için: <<https://www.unicef.org/turkiye/media/7941/file/%C3%87HDS%20ve%20%C4%B0htiyari%20Protokoller,%20Usul%20Kurallar%C4%B1%20ile%20%C3%87ocuk%20Haklar%C4%B1%20Komitesi%20Genel%20Yorumlar%C4%B1.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Çocuk Koruma Kanunu İçin: <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5395&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

EUAA Asylum Report 2023: Executive Summary, <<https://euaa.europa.eu/publications/asylum-report-2023-executive-summary>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

European Union, 'EU Guideliness for the Promotion and Protection of the Rights of the Child' (2017) <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/10_hr_guidelines_protection_en.pdf> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Göç Bağlamında Çocuk Dostu Yaklaşımların Geliştirilmesi: Standartlar, Kılavuz İlkeler ve Güncel Uygulamalar (2019) Avrupa Konseyi <<https://rm.coe.int/turkish-goc-baglam-nda-cocuk-dostu-yaklasmlar-n-gelistirilmesi/1680a0ccb1>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Göç Terimleri Sözlüğü için: <[https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/goc_terimleri_sozlugu\(1\).pdf](https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/goc_terimleri_sozlugu(1).pdf)> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

İltica Prosedürleri Direktifi (Asylum Procedures Directive (2013/32/EU) için: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32013L0032>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

İnsan Hakları Eylem Planı için: <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Eylem_Plan%C4%B1_ve_Uygulama_Takvimi.pdf> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

İstatistik bilgileri için: <<https://www.unicef.org/turkiye/en/press-releases/number-migrant-children-moving-across-latin-america-and-caribbean-hits-new-record>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024. Ayrıca bkz: <https://www.migrationdataportal.org/themes/child-and-young-migrants#footnote1_o7d07sj> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024; Eurostat, 'Asylum applications - annual statistics' <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_applications__annual_statistics#Over_1_million_first-time_asylum_applicants_in_2023> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024; Eurostat, 'Asylum applications-annual statistics' <https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=Asylum_applications_-_annual_statistics#Applications_by_unaccompanied_minors> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

İsveç Refakatsiz Çocukların Vesâyetine İlişkin Kanun için: <https://lagen.nu/1904:26_s.1#K4P4S1> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Kabul Koşulları Direktifi (Reception Conditions Directive (2013/33/EU) için: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0033>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Kaybolma haberi için: 'Child migrantsto be sent backto hotel where 136 vanished' (June 25, 2023) <<https://www.theguardian.com/uk-news/2023/jun/25/child-migrants-to-be-sent-back-to-hotel-where-136vanished>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Lizbon Antlaşması'nın çeşitli Avrupa dillerindeki metnine erişmek için:<<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951 Mülteciler Sözleşmesi için ve Ek 1967 tarihli Protokolü için: <https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=485> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

NIDOS ve uluslararası çalışmaları hakkında bilgi için: <<https://www.nidos.nl/en/home/missie-en-visie-van-nidos/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024. Ayrıca bkz: <<https://nidosineurope.eu/about/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Refakatsiz Çocuklar Yönergesi için:<<https://www.aile.gov.tr/uploads/sgb/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi-20-10-2015.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Refakatsiz ve Ailelerinden Ayrı Düşmüş Çocuklara İlişkin Kurumlar Arası Yol Gösterici İlkeler için: <<https://www.unicef.org/turkiye/media/4641/file/REFAKATS%C4%B0Z%20ve%20A%C4%B0LE>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Sığınma, sınırlar ve göç ile ilgili Avrupa hukuku el kitabı için: <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-handbook-law-asylum-migration-borders-2020-ed_en.pdf> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Türkiye İstatistik bilgisi için: <<https://www.goc.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Türk Medenî Kanunu için: <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

- UNHCR Mid-Year Trends 2023 <<https://www.unhcr.org/mid-year-trends-report-2023>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- UNHCR Global Refugee Forum (2023) <<https://www.unhcr.org/global-refugee-forum-2023>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- UNHCR's Refugee Population Statistics Database, <[unhcr.org/refugee-statistics/](https://www.unhcr.org/refugee-statistics/)> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- UNHCR Turkey Fact sheet September 2023 <<https://www.unhcr.org/sites/default/files/2023-10/bi-annual-fact-sheet-2023-09-turkiye.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu için: <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6458.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uygulama Yönetmeliği için: <<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=21460&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

Yapay Adaların Uluslararası Deniz Hukukundaki Statüsü^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ^(**)

Öz

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) çerçevesinde yapay adaların oluşturulması, özellikle deniz sınırları ve toprak talepleri konusundaki anlaşmazlıklar bağlamında tartışmalı bir konu olmuştur. BMDHS, okyanusların ve kaynaklarının kullanımını koruması için kapsamlı bir hukuk sistemi sağlarken, yapay adaların oluşturulmasını özel olarak ele almamaktadır. BMDHS'nin bu konuyu yeterince ele almaması, özellikle bazı ülkelerin ada inşa faaliyetlerine giriştiği Güney Çin Denizi'nde yapay adaların oluşturulmasının nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda zorluklara yol açmıştır. Bu faaliyetler, deniz güvenliği, çevre ve diğer devletlerin BMDHS kapsamındaki hakları üzerindeki etkileri konusunda endişelere yol açmıştır. BMDHS'nde yapay adaların oluşturulmasına ilişkin özel hükümlerin bulunmaması da hükümlerin devletler tarafından farklı yorumlanmasına yol açarak, durumu daha da karmaşık hale getirmiştir. Bu konuyu ele almak üzere yeni yasal çerçevelerin geliştirilmesi çağrılarında rağmen ilerleme yavaş olmuş ve denizcilik alanında ortaya çıkan faaliyetlerin mevcut hukuk sistemi içerisinde düzenlenmesinin zorlukları vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yapay Adalar, Uluslararası Deniz Hukuku, Deniz Yetki Alanları, Egemenlik, Açık Denizler Serbestisi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.03.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 04.06.2024.

Atıf Şekli: Berkant Akkuş, 'Yapay Adaların Uluslararası Deniz Hukukundaki Statüsü' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 465, 511.

DOI: 10.52273/sduhfd..1458426.

^(**) İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye.

E-posta: berkantakkus91@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6652-2512>.

The Status of Artificial Islands in the International Law of the Sea

Abstract

Creating artificial islands within the framework of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) has been a contentious issue, particularly in the context of disputes over maritime boundaries and territorial claims. While UNCLOS provides a comprehensive legal regime for the use and conservation of the oceans and their resources, it does not specifically address the creation of artificial islands. The failure of UNCLOS to adequately address this issue has led to challenges in regulating the creation of artificial islands, particularly in the South China Sea, where several countries have engaged in island-building activities. These activities have raised concerns about their impact on maritime security, the environment, and the rights of other states under UNCLOS. The lack of specific provisions in UNCLOS regarding the creation of artificial islands has also led to differing interpretations of its provisions by states, further complicating efforts to address this issue. Despite calls for the development of new legal frameworks to address this issue, progress has been slow, highlighting the challenges of regulating emerging activities in the maritime domain within the existing legal framework.

Keywords

Artificial Islands, International Law of the Sea, Maritime Jurisdiction, Sovereignty, Freedom of the High Seas.

Extended Summary

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) is a comprehensive international treaty that governs the use of the world's oceans. One of the key issues addressed by UNCLOS is the creation of artificial islands in the context of maritime boundary disputes. This paper examines the failure of UNCLOS to effectively address the creation of artificial islands and suggests possible solutions to this problem.

The artificial construction and modification of maritime features, such as islands and reefs, have become a significant issue in international maritime law. These activities, often undertaken by states to assert territorial claims or enhance their strategic position, raise complex legal questions related to sovereignty, territorial integrity, and environmental protection. This extended summary explores the legal framework surrounding the artificial construction and modification of maritime features, with a focus on the South China Sea arbitration case.

Artificial islands are man-made structures that are built on submerged or partially submerged land. These islands can have significant geopolitical implications, as they can be used to extend a country's territorial sea or exclusive economic zone (EEZ), or to establish a military presence in a particular region. The creation of artificial islands can also have negative environmental impacts, such as the destruction of coral reefs and other marine habitats.

UNCLOS provides a framework for the resolution of maritime boundary disputes, including disputes related to the creation of artificial islands. Article 60 of UNCLOS states that artificial islands, installations, and structures do not possess the status of islands and therefore do not have their own territorial sea. Instead, they are entitled to a 500-meter safety zone and are subject to the jurisdiction of the coastal state.

Despite these provisions, UNCLOS has been ineffective in addressing the creation of artificial islands. One reason for this is that the treaty does not provide clear guidelines for the construction of artificial islands or the resolution of disputes related to their creation. This has led to a number of disputes between states, particularly in the South China Sea, where several countries have engaged in the construction of artificial islands in disputed waters.

Another reason for the failure of UNCLOS to address the creation of artificial islands is the lack of enforcement mechanisms. While UNCLOS establishes a framework for the resolution of maritime disputes, it does not provide for any means of enforcing its provisions. This has allowed states to continue the construction of artificial islands in violation of the treaty, without facing any significant consequences.

One of the most contentious areas involving the artificial construction and modification of maritime features is the South China Sea. Several countries, including China, Vietnam, the Philippines, and Malaysia, have engaged in the construction of artificial islands and the militarization of features in the South China Sea, leading to heightened tensions and disputes over territorial claims.

In 2013, the Philippines initiated arbitration proceedings against China under Annex VII of UNCLOS, challenging China's claims and activities in the South China Sea. The

Philippines argued that China's construction of artificial islands and its interference with Philippine fishing and oil exploration activities violated UNCLOS. In its 2016 ruling, the arbitral tribunal found in favor of the Philippines on several key issues.

First, the tribunal ruled that China's claims to historic rights within the "nine-dash line" were incompatible with UNCLOS and had no legal basis. Second, the tribunal found that China's construction of artificial islands on features that were previously submerged at high tide, such as Mischief Reef and Subi Reef, violated UNCLOS. The tribunal also ruled that China's actions had caused severe harm to the marine environment, in violation of UNCLOS.

The South China Sea arbitration case highlights the importance of the legal framework surrounding the artificial construction and modification of maritime features. The ruling of the arbitral tribunal clarified several key legal principles, including the status of artificial islands under UNCLOS and the limits of historic rights in maritime disputes.

However, the arbitration case also raised questions about the effectiveness of UNCLOS in resolving disputes related to artificial construction and modification. While the tribunal's ruling was legally binding on the parties involved, China rejected the ruling and continued its activities in the South China Sea, indicating the limitations of UNCLOS in enforcing its provisions.

To address these issues, this paper proposes several possible solutions. First, UNCLOS could be amended to include clear guidelines for the construction of artificial islands and the resolution of disputes related to their creation. These guidelines could include provisions for environmental impact assessments and the involvement of third-party mediators in the resolution of disputes.

Second, there will be a crucial question under the United Nations Convention on the Law of the Sea, whether artificial islands are classified as ships or vessels. Instead, they have a distinct legal status. The distinction is important because it affects the rights and responsibilities of states regarding these structures, such as navigation rights, jurisdiction, and resource exploitation.

In conclusion, the creation of artificial islands presents a significant challenge to the international community, and UNCLOS has thus far been ineffective in addressing this issue. However, by amending the treaty to include clear guidelines for the construction of artificial islands and supplementing it with other enforcement mechanisms, the international community can work towards resolving disputes related to artificial islands and protecting the marine environment.

Giriş

Devletler kıyı şeritlerini ve etki alanları altındaki deniz oluşumlarının karakteri- ni değiştirmeye devam etmektedir. Bu durum tarihsel olarak her zaman gerçek- leşmiştir. Antik çağlarda krallıkların, imparatorlukların ve uygarlıkların kıyı şeritlerini değiştirdiklerine, surlar ve hatta yapay adalar inşa ettiklerine dair örnekler bulun- maktadır. Mikronezya Federal Devletleri'ndeki Temwen Adası'nda yer alan Nan Madol arkeolojik alanı, tarihsel kıyı şeridi değişimine dair özellikle dikkate değer bir örnektir. Ancak devletler artık bu değişimleri hem daha önce imkânsız olduğu dü- şünülen ölçekte hem de zorlu coğrafi koşullarda yapabilmektedir. Örneğin Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki faaliyetlerinde olduğu gibi okyanusun ortasında, ana kara- dan uzakta gerçekleşmektedir. Devletler tarafından gerçekleştirilen değişimlerin uluslararası sonuçları bulunmaktadır. Açık denizler herkes için serbesttir¹. Ancak esas hattın belirlenmesi, bir kıyı devletinin deniz yetki alanının kapsamını etkile- mektedir. Tüm devletler, deniz hukukuna uygun bir şekilde oluşturulmuş olması kaydıyla, birbirlerinin deniz alanlarına saygı göstermelidir. Birtakım yetkiler münha- sıran kıyı devletinin kendi deniz yetki alanları dahilinde sahip olduğu yetkililerdir. Bu nedenle, deniz oluşumlarının yapay olarak inşa edilmesi ve değiştirilmesi, bu olu- şumların kendisini çevreleyen denizde geçerli olan hak, görev ve özgürlükleri etki- lemektedir. Bu durum özellikle met zamanı su üstünde kalan yerler için geçerlidir.

Deniz hukuku, met zamanı suyun üstünde olan ve altında olan oluşumlar arasında basit ama önemli bir ayırım yapmaktadır. Kara sularının dışında, met- cezir ile oluşan en düşük su seviyesinde ortaya çıkan cezir yükseklikleri ege- menlik tahsisine elverişli topraklar olarak kabul edilmez². Ancak gelgit sonucu ortaya çıkan yükselteler kara suları içinde yer alıyorsa, kıyı devleti tarafından esas hatlarını oluştururken kullanılabilirler³. 2016'da Güney Çin Denizi Tahki-

¹ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, kabul tarihi 10 Aralık 1982, yürürlüğe giriş tarihi 16 Kasım 1994, 1833 UNTS 396 (BMDHS), madde 87.

² Territorial and Maritime Dispute, Nicaragua v Colombia, Judgment, ICJ GL No 124, ICGJ 436 (ICJ 2012), 19th November 2012, International Court of Justice [ICJ], para 207; Maritime De- limitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain, Judgment, Merits, [2001] ICJ Rep 40, ICGJ 83 (ICJ 2001), 16th March 2001, United Nations [UN]; Interna- tional Court of Justice [ICJ], para 209. Uluslararası Adalet Divanı'na göre mevcut hukuk sis- temi, cezir yüksekliklerinin adalarla aynı anlamda bir kara parçası olduğu yönünde genel bir varsayımı haklı çıkarmaz. Dolayısıyla, başka kuralların ve hukuki ilkelerin yokluğunda, cezir yüksekliklerinin, egemenliğin kazanılması açısından, adalarla veya diğer kara topraklarıyla tam olarak özdeşleştirilebileceği tespit edilmemiştir.

³ Sovereignty Over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, Malaysia v Singapore, Judgment, Merits, ICJ GL No 130, ICGJ 9 (ICJ 2008), 23rd May 2008, International

minde Hakemlik Mahkemesi gelgit özelliği ifadesini ilk kez kullanmıştır⁴. Hem kayaların hem de tam hak sahipliği veren adalar olarak adlandırılan oluşumların daha geniş bir kategori olan gelgit olayında denizin kabarması yani met yüksekliklerinin alt kümeleri olduğunu vurgulamıştır⁵.

Hakemlik Mahkemesi tarafından oluşturulan bu terminolojinin kararın dışında bir kullanımı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir⁶. Bununla birlikte, met yükseklikleri ile devletler deniz yetki alanları oluşturma hakkına sahiptir. Adalar 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS) yer alan tüm deniz yetki alanlarını oluşturabilmektedir⁷. Buna karşılık kayalar münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı oluşturamazlar, ancak kara suları ve bitişik bölge oluşturabilirler⁸. Deniz hukuku yapay adaların, yapıların ve tesislerin varlığını kabul etmektedir, ancak bu yapay ada, yapı ve tesisler devletlerin 500 metreye kadar bir güvenlik bölgesi oluşturma hakkını sınırlandırmaktadır⁹. BMDHS'nde ada ve cezir yükseklikleri tanımı yalnızca doğal olarak oluşmuş kara parçaları olan oluşumlara atıfta bulunmaktadır¹⁰.

Deniz hukukunda yapılan bu ayrımların hukuki etkileri önem arz etmekte ve daha fazla incelenmesi gerekmektedir. Deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmesi, bu oluşumların hukuki olarak sınıflandırılmasında açıkça bir zorluk teşkil etmektedir. Devlet uygulamaları bu konunun ele alınması gerektiğini göstermektedir, zira en önemli ve tehlikeli uluslararası ihtilaflardan biri tam da bu konuyla ilgilidir. Çin, Güney Çin Denizi'nde hukukçu olmayan bir kimsenin yapay ada olarak adlandırabileceği bir dizi ada inşa etmiştir¹¹. İnşa süreci daha önce doğal ola-

Court of Justice [ICJ], para 299. Devletin kara suları içindeki cezir yüksekliklerinin egemenlik tahsisine elverişli olduğunu açıklığa kavuşturulmuştur.

⁴ South China Sea Arbitration, Philippines v China, Award, PCA Case No 2013-19, ICGJ 495 (PCA 2016), 12th July 2016, Permanent Court of Arbitration [PCA], para 280.

⁵ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 280.

⁶ Hakemlik Mahkemesi tarafınca kullanılan terimler kesinlikle yeni bir terminolojidir ve tamamen hak sahipliği vermeyen bir ada olup olamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir ve eğer öyleyse, Mahkeme neden kaya teriminin böyle bir özelliği ifade ettiğini düşünmemiştir? Bununla birlikte, tutarlılık açısından, bu makale tam hak sahipliği veren ifadesini BMDHS'nde mevcut olan deniz bölgelerinin tamamını oluşturabilecek oluşumlara atıfta bulunmak için kullanmaktadır.

⁷ BMDHS, madde 121.

⁸ BMDHS, madde 121(3)'ün anlamı budur.

⁹ BMDHS, madde 60(5).

¹⁰ BMDHS, sırasıyla madde 121(1) ve 13(1).

¹¹ Tara Davenport, 'Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits' (2018) 8(1) Asian Journal of International Law 76, 89.

rak önemsiz olan yapıların üzerinde gerçekleştirilmiştir ve netice itibarıyla adalar askerileştirilmiştir. Hakemlik Mahkemesi 2016 yılında bu durumun hukuki etkilerini incelemiştir. Ancak tartışmalı konularının tamamı Hakemlik Mahkemesi tarafından ele alınmamıştır ve başka sorunlar ortaya çıkmıştır.

Deniz hukukunda adalara ilişkin düzenlemeler belirsizliklerle örülüdür¹². Bu makale, deniz oluşumlarının yapay olarak inşa edilmesi ve değiştirilmesinin hukuki sonuçları ile etkilerini incelemeyi amaçlamaktadır. Daha fazla netliğin nasıl sağlanabileceğine dair önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır. Yapay olarak değişime uğratılmış deniz oluşumlarının egemenliğe tahsise elverişli olup olmadığı sorusu bu makalenin araştırmasının merkezinde yer almaktadır. Bu temel sorun doğrultusunda, deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmesinin hukuki etkileri belirlenmeye çalışılacaktır¹³.

Bu makale beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm doğal ve yapay olarak meydana gelmiş deniz oluşumlarının farkını belirlemeye çalışmaktadır. İkinci bölüm yapay ada, tesis ve yapılarla ilgili terminolojik belirsizlikleri vurgulamaktadır. Üçüncü bölüm ise deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmesiyle beraber, yapay olarak değiştirilmiş deniz oluşumlarına egemenlik tahsisinin mümkün olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır. Adalar ve ana kara kıyıları devletlere tam hak sahipliği verebilirken, kara sularındaki cezir yükseklikleri ve kayalar devletlere tam hak sahipliği vermemektedir. Dördüncü bölümde egemenlik tahsisine elverişsiz oluşumlar incelenmektedir. Beşinci bölüm ise önerilerden oluşmaktadır.

I. Doğal-Yapay Ayrımı

İlk olarak, doğal ve yapay olarak meydana gelmiş deniz oluşumları arasındaki ayrımın önemini anlamak önemlidir. Geçmişte, devletler ve akademisyenler adaların sadece doğal oluşumdan meydana gelmesi gerekip gerekmediği konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Deniz hukuku konusunda ilk otoriteler-

¹² Imogen Saunders, 'Artificial Islands and Territory in International Law' (2019) 52(3) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 643, 673. Deniz oluşumları ve özellikle adalara ilişkin kurallar konusunda normatif bir uzlaşma olduğu, ancak yorumsal bir uzlaşma olmadığı kabul edilmektedir.

¹³ Türkçe literatürde yapay adalar konusunda diğer çalışmalar için: Anıl Çamyamaç, 'Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku' (2017) 82(1) *İzmir Barosu Dergisi* 79, 175; Anıl Çamyamaç, 'Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri' (2018) 17(1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 171, 220.

den biri olan Gidel, bir adanın su ile çevrili, açık denizlerin üzerinde kalıcı olarak kurulmuş ve doğal koşulları organize insan grupları tarafından kalıcı olarak işgal edilmesine izin veren, deniz tabanının doğal bir yükseltisi olduğunu belirtmiştir¹⁴. Bununla birlikte, 1930 tarihli Lahey Kodifikasyon Konferansı'nda bazı hükümetlerin yanıtlarında yapay tesislerin ada teşkil etmesi gerektiği yönünde güçlü bir görüş ifade edilmiştir¹⁵. Taslak hazırlama aşamasında ada teriminin tanımı; yapay adaları, sadece yüzen tesisler değil bölgenin gerçek parçaları olması koşuluyla kapsam dışında bırakmamıştır¹⁶. Yapay adaların kara sularına sahip olmasına izin verilmesine yönelik *a priori* bir itiraz bulunmamaktadır¹⁷.

1958 tarihli BMDHS l'den önce bazı yapay adaların kara suları oluşturabileceği düşünülüyordu¹⁸ ve doğal ada yapay ada ayrımı nadiren yapılıyordu¹⁹. Devletlerin, araştırmacıların ve kurumların daha çok endişe duydukları husus, sondaj kuleleri, platformlar, deniz fenerleri gibi salt teknik yapay tesis ile yapılarla kara suları kuşağının bağlanması ihtimaliydi²⁰. Cenevre Kara suları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin nihai metni farklı bir sonuca ulaşmış olsa da, 1958 Sözleşmelerinin hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) da bu yorumu destekler görünmektedir²¹. Symmons'un dikkat çektiği üzere, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1958 Sözleşmeleri için yaptığı hazırlık çalışmaları; tanımın arkasındaki niyetin, kum veya moloz gibi yapay olarak biriktirilerek oluşturulan bir adanın taslak 11. madde uyarınca kendi kara sularına sahip olacağı yönünde olduğunu açıkça göstermektedir²².

¹⁴ Gilbert Gidel, *Le Droit International Public de la Mer* (Mellottée 1934) 684.

¹⁵ Clive Symmons, *The Maritime Zones of Islands in International Law* (Martinus Nijhoff 1979) 29.

¹⁶ Acts of the Hague Conference for the Codification of International Law, Vol. III, 219.

¹⁷ David Johnson, 'Artificial Islands' (1951) 4(2) International Law Quarterly 203, 212.

¹⁸ Symmons (n 14) 31.

¹⁹ Johnson (n 16) 212.

²⁰ Lawrence Oppenheim, *Oppenheim's International Law* (Longmans 1992) 454. Bu tür deniz fenerlerini adalarla karşılaştırmak ve etraflarında bir deniz kuşağı olduğunu savunmak cazip gelebilir; ancak böyle bir tanımlama yanıltıcıdır. Deniz fenerleri demirli fener gemileri ile aynı şekilde ele alınmalıdır. Nasıl ki bir Devlet demirli bir fener gemisinin etrafındaki deniz kuşağı üzerinde egemenlik iddiasında bulunamazsa, açık denizdeki bir fener söz konusu olduğunda da böyle bir iddiada bulunamaz.

²¹ Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, kabul tarihi 29 Nisan 1958, yürürlüğe giriş tarihi 10 Eylül 1964, 516 UNTS 206, madde 10 adaların doğal olarak oluşmuş olması şartını içermektedir.

²² Symmons (n 14) 31. Yapay olarak, örneğin kum veya moloz biriktirilerek oluşturulan bir ada da 11. madde uyarınca kendi kara suları kuşağına sahip olacaktır. Devletlerin kendi kara sularının ötesinde yapay adalar inşa etme hakkına sahip olup olmadıklarını bilmek başka bir so-

Kara sularının reddinin hem teknik tesisler hem de diğer yapay adalar için geçerli olduğuna dair herhangi bir şüpheyi ortadan kaldırmak için ABD²³ bir adayı tanımlarken kara parçasından önce doğal olarak oluşmuş ifadesini eklemek için bir değişiklik önergesi vermiştir. ABD'ye göre Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ada tanımı yapay olarak yerleştirilmiş toprakları da kapsamaktadır. Bu durum kara sularının istenmeyen bir şekilde genişletilmesine ve bunun sonucunda açık denizlerin serbestliği ilkesinin ihlal edilmesine izin vermektedir²⁴. Değişiklik tartışılmadan kabul edilmiştir.

Doğal olarak oluşma şartı 1982 tarihli BMDHS'nin sırasıyla 13(1) ve 121(1) maddelerinde hem düşük gelgit yüksekliklerine bir diğer deyişle cezir yüksekliklerine hem de adalara uygulanmaktadır. Böylelikle doğal ada yapay ada ayrımı sağlanmışmıştır. Çünkü artık adaların ve cezir yüksekliklerinin hukuki etkiye sahip olabilmeleri için doğal olarak oluşmuş olmaları gerektiği açıktır. Doğal ya da yapay bir oluşumun tam olarak nasıl tanımlanacağı konusunda ciddi endişeler ortaya çıkmıştır²⁵. Bununla birlikte, hukuki bir ayrımın var olduğu ilkesi yaygın olarak kabul görmektedir. Yargı uygulamaları doğrultusunda, özellikle Güney Çin Denizi Tahkimi'nde bu ayrımın kesinliğini teyit etmiştir. Bu karar ayrıntılı olarak bir sonraki bölümde ele alınacaktır; şu an için ayrımın katı bir şekilde onaylandığını ve uygulandığını belirtmek yeterlidir.

Yapay olarak yaratılmış ve değiştirilmiş deniz oluşumlarının hukuki sınıflandırılması konusu çok fazla tartışma yaratmaktadır. Güney Çin Denizi Tahkimi'ndeki Hakemlik Mahkemesi, adaların doğal olarak oluşma şartının anlamı ve adaların deniz oluşumlarının hukuki sınıflandırılmasını nasıl belirlediği konusunda açık bir yargısal rehberlik sağlama fırsatını kaçırmıştır. Şimdiye kadar net bir yaklaşımdan kaçınılmıştır.

rundur, çünkü bu olasılık devletlere açık denizlerin geniş bölümlerini sahiplenme imkânı verecekti. Diğer devletler bu tür bir eyleme itiraz etme hakkına sahiptir ve eğer ada zaten inşa edilmişse, ada ve adayı çevreleyen kara sularının tanınması reddedilebilir. Bununla birlikte, bir yapay ada inşa edilmişse ve hiçbir devlet buna itiraz etmemişse, bu yapay ada kendi kara suları kuşağına sahip olma hakkına sahip olacaktır.

²³ Official Records of the United Nations Conference on the Law of the Sea, Vol. III (First Committee (Territorial Sea and Contiguous Zone)) UN Doc A/CONF.13/C.1/L.112.

²⁴ Derek Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law* (Oceana Publications 1979), 4.

²⁵ Steven Keating, 'Rock or Island? It Was an UNCLOS Call: The Legal Consequence of Geospatial Intelligence to the 2016 South China Sea Arbitration and the Law of the Sea' (2018) 9(3) *Journal of National Security Law & Policy* 509, 513.

II. Deniz Oluşumlarının İlk Defa Yapılması

Başlangıçta, önceden var olan bir oluşumun değiştirilmesi ile daha önce var olmayan bir oluşumun ilk defa yapılması arasındaki farkın bilinmesi önemlidir. Bu bölüm deniz oluşumlarının yapay olarak yaratılmasının ve bunların yapay olarak değiştirilmesinin hukuki etkilerini araştırmaktadır.

A. Yapay Adalar, Tesisler ve Yapılar

Yapay adalar, tesisler ve yapılarla ilgili terminoloji kafa karıştırıcıdır. Gerçekten de bu üçlü kavram BMDHS’de bir araya getirilmiştir²⁶. Bununla birlikte, yapay ada olarak tanımlanabilecek bir şey ile bir tesis veya yapı arasında hem işlevsel hem de bileşimsel farklılıklar vardır. Yapay bir oluşumun en açık örnekleri, devletlerin kendi deniz yetki alanları içinde veya açık denizlerde inşa edilecekleri yapay tesisler ve yapılarıdır. Bu oluşumlar teknik tesisler olarak da adlandırılmaktadır²⁷.

1958 Sözleşmelerinden önce, kuleler, platformlar ve deniz fenerleri gibi sadece teknik yapay tesisler ve yapılar ile kum veya moloz gibi birikimlerle yapay olarak oluşturulan adalar arasında bir ayrım yapılmaktaydı²⁸. Bununla birlikte, yapay ada teriminin 60. maddeye dahil edilmesinin bu boşluğu kapattığı anlaşılmaktadır²⁹. Gerçekten de, ne şekilde oluşturulmuş olursa olsun, met zamanı su üstünde görünen yapay adaların hukuki açıdan ada statüsüne sahip olmadığı kabul edilmektedir³⁰. Bu bağlamda ada teriminin kullanımı, BMDHS’nin 121. maddesindeki hukuki ada tanımıyla uyumlu olmaktan ziyade, yalıtılmış veya met zamanı karakterini ifade etmek üzere anlaşılmalıdır³¹.

Yapay bir ada, tesis veya yapının kara suları oluşturmadığı tespit edilmiştir. BMDHS madde 60(8)’in teyit ettiği üzere, “yapay adalar, tesisler ve yapılar ada statü-

²⁶ BMDHS, madde 60 ve 80.

²⁷ Jonathan Charney, ‘Rocks That Cannot Sustain Human Habitation’ (1999) 93(4) American Journal of International Law 863, 868.

²⁸ Yi-Hsuan Chen, ‘South China Sea Tension on Fire: China’s Recent Moves on Building Artificial Islands in Troubled Waters and their Implications on Maritime Law’ (2015) 13(1) Maritime Safety and Security Law Journal 1, 2.

²⁹ Ceciel Nieuwenhout, ‘The Legal Framework for Artificial Energy Islands in the Northern Seas’ (2023) 39(1) The International Journal of Marine and Coastal Law 39, 44.

³⁰ Andrea Caligiuri, ‘Sinking States: The Statehood Dilemma in the Face of Sea-level Rise’ (2022) 91(1) Questions of International Law 23, 27.

³¹ BMDHS, madde 121(1), adaların doğal olarak oluşmuş kara parçaları olmasını gerektirir.

süne sahip değildir. Kendilerine ait bir kara suları yoktur ve varlıkları, kara sularının, münhasır ekonomik bölgenin veya kıta sahanlığının sınırlandırılmasını etkilemez.” Kıyı devletinin esas hattının çizilebileceği temel noktalar olarak kullanılamazlar.

Yapay bir ada devletin kara suları içinde inşa edilirse, devletin mutlak ege-menliğine tabi olur. BMDHS'nin 60. maddesi, münhasır ekonomik bölgede kıyı devletinin “(a) yapay adalar; (b) tesisler ve yapıların inşası, işletilmesi ve kulla-nımına izin verme ve bunları düzenleme konusunda münhasır hakka sahip ola-cağını” öngörmektedir. BMDHS'nin 80. maddesi bu uygulamanın *mutatis mu-tandis* olarak devletin kıta sahanlığı için de geçerli olduğunu açıklığa kavuştur-maktadır³². BMDHS madde 60(5), bu yapay özelliklerin sadece etraflarında en fazla 500 metreye kadar bir güvenlik bölgesi oluşturabileceğini öngörmektedir.

BMDHS madde 87; açık denizlerde, diğer devletlerin özgürlüklerine makul olmayan bir şekilde müdahale etmediği sürece, tüm devletlerin yapay adalar ve diğer tesisler inşa etme özgürlüğüne sahip olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. BMDHS açık denizlerdeki yapay yapıların etrafında bir güvenlik bölgesi oluşturu-lmasını açıkça öngörmese de, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığındaki bu yapılara uygulanabilecek hükümlerin (yani 60. ve 80. maddelerin) açık denizlerde de geçerli olması gerektiği görülmektedir.

Met zamanı suyun üstünde kalan şey açıkça yapay ise, durum nettir: Yapay bir ada, tesis veya yapıdır. Bu tür oluşumlar doğal olarak meydana gelmiş kara parçaları olarak tanımlanamaz. Bu oluşumlar kara parçası değildir. Bu durum, BMDHS'nin hükümleri ile birleştiğinde, yapay adaların, tesislerin ve yapıların karasal bir karaktere sahip olmadığı sonucuna varmak için zorlayıcı bir neden oluşturmaktadır³³. Bu görüş alandaki seçkin hukukçular tarafından sürekli ola-rak savunulmuştur ve deniz hukuku kodifikasyon konferansları sırasındaki tar-tışmaları karakterize eden bir yaklaşımdır³⁴.

Yapay ada, tesis ve yapıların inşasına izin verilip verilmeyeceği nerede inşa edildiklerine bağlıdır. Eğer yapay bir oluşum başka bir devletin deniz yetki ala-

³² Güney Çin Denizi Tahkimi münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının münhasırlığını onay-lamış ve yetkisiz herhangi bir aktörün kıyı devletinin haklarından yararlanmasını kınamıştır; bkz. özellikle Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1031-1038.

³³ Alternatif bir görüş için Saunders (n 12) 676.

³⁴ Albertus Heijmans, 'Artificial Islands and the Law of Nations' (1974) 21(2) Netherlands Inter-national Law Review 139, 143; Philip Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Ju-risdiction* (G.A. Jennings 1927) 69. Özellikle, kıyı şeridinin insan yapımı tahkimatlarını yapay tesislerden ayırır; yalnızca birincisini bölgesel bir niteliğe sahip olarak tanımlanır.

nında o devletin izni olmadan inşa edilmişse, inşasına izin verilmeyecektir. Eğer deniz yetki alanında yapay ada, tesis ve yapı inşa edilen devlet bu duruma izin vermişse, inşaya izin verilmiş sayılacaktır. Ayrıca eğer tesisler devletin kendi yetki alanları içinde inşa edilmişse ve 60. madde hükümlerine uygun olarak yapılmışsa, inşa edilmelerine izin verilir. Aynı şekilde, açık denizlerde 60. ve 87. maddelerin hükümlerine uygun olarak yapay bir oluşum inşa edilmişse, o zaman yapımına da izin verilir. İzin verildiği takdirde, yapay adalar, tesisler ve yapılar sadece 500 metrelik bir güvenlik bölgesi oluşturabilir. Met zamanı özelliklerine uygulanacak yasal rejim yeterince açık görünmektedir.

B. Yapay Oluşumların Zamanla Doğal Hale Gelmesi

Belirsiz kalan husus, doğal süreçlerin yapay yapıları doğal hale getirip getiremeyeceğidir. BMDHS madde 121(1)'e göre ada doğal olarak oluşmuş bir kara parçasıdır. Bu da yapay adaların ada olarak değil, bir önceki maddede tanımlandığı şekilde ele alınmasını sağlamaktadır.

Zaman, doğal yığılma ile arazi oluşumu ve ayrışma süreçleri bir deniz oluşumunun doğal olarak tanımlanmasını gerektirebilir mi? Yoksa oluşmuş terimi, deniz oluşumunun yapay olarak ortaya çıkması halinde bu süreçlerin önemsiz olduğu anlamına mı gelmektedir? Bu soru doğrultusunda, ne kadar uzun zaman önce yapılmış olursa olsun ve yapay olarak yapılmış bir met zamanı özelliği üzerinde gerçekleşebilecek doğal süreçlerin kapsamı ne olursa olsun, yapay oluşumunun hukuki olarak sarsılmaz olduğu anlamına mı gelir? Yapay bir ada her zaman böyle mi kalmalıdır? Deniz hukukuna göre yapay olarak oluşturulmuş oluşumlar doğal bir statü kazanamazlar. Sadece doğal olarak meydana gelmiş oluşumlar hukuken ada statüsü kazanabilir ve sadece doğal süreçler su altında kalmış, cezir yükseklikleri veya kayayı adaya dönüştürebilir.

Farklı bir olasılık olarak, batık ya da cezir yüksekliklerinin kendisi yapay olarak değiştirilmişse durum ne olacaktır? Gerçekten de doğal süreçler yapay bir cezir yüksekliğini adaya dönüştürebilir. Bu durumda, oluşumun yapay olarak meydana getirilmesi, met zamanı özelliğini üreten müteakip doğal süreçlere rağmen, adanın doğal olarak oluşmuş olarak sınıflandırılmayacağı anlamına mı gelir?

Niyet önemli midir? Eğer bir şey yapay da olsa tesadüfen yerleştirilirse ve daha sonra doğal süreçler adaya özgü bir özellik oluşturursa, bu tasarım yoluyla yapılan yapay müdahaleden daha mı izin verilebilir veya kabul edilebilirdir? Örneğin, batıklar sıklıkla mercan resiflerinin bulunduğu yerlerdir ve doğal sü-

reçlerin üzerinde adaya ait bir özellik oluşturduğu nesnelere haline gelebilirler. Bu doğal olanın alanına girer mi?³⁵

Yapay çalışmanın kapsamı met zamanı oluşumunun kategorizasyonunu etkiler mi? Örneğin, deniz tabanından yapay olarak tek bir çelik giriş dikilirse ve zaman içinde doğal süreçler onu adasal bir yapıya dönüştürürse, yapay müdahalenin kapsamı minimum olduğu için, bu yapaydan çok doğal mı olacaktır? Adasal bir yapının oluşumunda sadece tesadüfi olan yapay eserler ile bu özelliğin yaratılmasında esas olan eserler arasında bir ayrım yapılmalıdır. Aksi takdirde, örneğin iskeleler, bir koşu yolu veya bir gemi kazığı yolu oluşturulması gibi durumlarda; üzerinde yaşanan, insan yerleşimi ile ekonomik hayatı kolaylaştırmak için yapay olarak değiştirilen herhangi bir ada, hukuki olarak adasal yapı statüsüne sahip olmayacaktır. Bu hem devlet uygulamalarına hem de BMDHS'nin devletlerin bu tür değişikliklerden yararlanmasına izin veren hükümlerine aykırı olacaktır³⁶.

Bu konu özellikle kayaların yapay olarak değiştirilmesi bağlamında önemlidir. BMDHS madde 121(1)'de yer alan adaların doğal olarak oluşmuş olması şartının 121(3) için de geçerli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Adalarda insan yerleşiminin veya ekonomik bir yaşamın sürdürülebilmesi için gerekli koşulların da doğal olarak mevcut olması zorunda mıdır? Yoksa bir kaya, insan yerleşimini veya ekonomik yaşamı mümkün kılan yapay çalışmalarla bir adaya dönüşebilir mi? Bu konu ileride daha ayrıntılı olarak incelenecektir. Şu an için bu soruya ilişkin tek uluslararası yargı değerlendirmesinin olumsuz yanıt verdiğini söylemek yeterlidir. Hakemlik Mahkemesi Güney Çin Denizi Tahkimi'nde verdiği kararda, BMDHS'nin 121(3) maddesinin doğal haliyle oluşumun insan yerleşimini veya ekonomik bir yaşamı sürdürme kabiliyetine sahip olup olmadığını sorduğunu değerlendirmiştir³⁷. Kayaların yaşanabilir hale getirilmesi veya ekonomik bir ha-

³⁵ Örneğin, Avustralya'nın Queensland kıyısındaki Magnetic Adası açıklarındaki Cockle Bay Resifi'nde bulunan SS City of Adelaide gemisinin enkazı bu konuda dikkate değer bir örnektir. Bu enkaz şu anda mangrovlarla tamamlanmış ve resif üzerinde açıkta duran bir adasal yapıdır. Buna karşılık, BPP Sierra Madre gemisi Filipinler tarafından Güney Çin Denizi'ndeki İkinci Thomas Resifi'ne, ordusu için yarı-açık karakol görevi üstlenmek ve Çinlileri engellemek amacıyla kasıtlı olarak karaya oturtulmuştur (bkz. Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1113-1127). İkinci durumu resifin yapay bir modifikasyonu ve birinci durumu ise artık doğal bir oluşum olarak adlandırmak daha uygun olur mu? İlginç bir şekilde, İkinci Thomas Resifi'nin statüsünü ele alırken, Mahkeme Sierra Madre enkazının varlığını göz ardı etmiştir. Mahkeme, bu oluşumun bir cezir yüksekliği olduğunu tespit etmiştir.

³⁶ Bkz. örneğin, BMDHS, madde 11 (limanlar).

³⁷ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 483.

yata sahip olacak şekilde yapay olarak değiştirilmesi, bir ada olarak oluşmaları için gerekli kabul edilmeyecektir ve bu yüzden yapay olarak değiştirilen adalar BMDHS madde 121(3)'ün belirlediği şartları karşılamamaktadır³⁸. Böyle bir oluşum bir kaya olarak kalacaktır. Bu sonuç eleştiri konusu olmuştur.

Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 2001 yılında Katar-Bahreyn davasında Qit'at Jaradah olarak bilinen oluşuma ilişkin değerlendirmesi önemlidir³⁹. Bu oluşum yıllar boyunca bir dizi yapay değişikliğe konu olmuştur. 1986 yılında, yüzeyinin üst kısmı tamamen kaldırılmış; Katar'ın talimatıyla buldozerle denize dökülmüştür. Ancak zaman içinde kum ve tortu birikmiş ve Bahreyn'in artezyen kuyuları açması ve yüzeyine seyrüsefer yardımcı araçları inşa etmesiyle birlikte küçük bir met yüksekliği ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, doğal süreçler met zamanında suyun üzerinde yapay bir oluşum meydana getirmiştir⁴⁰.

Yargıçlar Bedjaoui, Ranjeva ve Koroma ortak muhalefet şerhlerinde böyle bir oluşumun kara parçası statüsüne sahip olup olamayacağını sorgulamışlardır⁴¹. *Terra firma* olmaksızın, bir oluşum kara parçası olarak tanımlanamaz⁴² ve bu durum hem BMDHS madde 13(1)'deki cezir yüksekliği hem de madde 121(1)'deki adanın hukuki tanımı içerisinde yer almaktadır⁴³. Yargıçların yorumuna göre;

Qit'at Jaradah ile ilgili olarak, bu oluşumun geçirdiği çeşitli değişiklikler bir yandan kara parçasının yokluğuyla, diğer yandan da yığılma yoluyla oluşmuş olmasıyla açıklanabilir. Dolayısıyla sorun, 1982 tarihli BMDHS'nin 121. maddesi anlamında bir adaya asimile edilip edilemeyeceğidir. Cevap olumsuz olmalıdır, çünkü jeomorfolojik özellikleri onu Montego Körfezi Sözleşmesi'nde öngörülme-yen bir kategoriye sokmaktadır. Adaların kara topraklarına asimilasyonu ayrıca tamamen jeomorfolojik hususlar açısından açıklanabilir. Her iki durumda da, atoller ve koyların aksine, altta yatan istikrarlı unsur karadır. Bu nedenle

³⁸ Yoshifumi Tanaka, 'Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)' (2017) 48(2) *Ocean Development & International Law* 365.

³⁹ Katar v. Bahreyn (n 2) para 191-200.

⁴⁰ Katar v. Bahreyn (n 2) para 192.

⁴¹ Katar v. Bahreyn (n 2) para 194-201, Yargıçlar Bedjaoui, Ranjeva ve Koroma'nın Ortak Muhalefet Şerhi.

⁴² Vincent Bantz, 'Sea-Level Rise and Coastal States' Maritime Entitlements: A Cautious Approach' (2020) 7(1) *The Journal of Territorial and Maritime Studies* 86, 89.

⁴³ Bunun anlamı, kayaların da doğal olarak oluşmuş kara parçaları olması gerektiğidir (BMDHS, madde 121(1)).

kalıcılıklarını sağlayan fiziksel olarak dayanıklı bir tabana sahiptirler. Qit'at Jaradah örneğinde, üst yüzeyin kaldırılıp daha sonra eski haline getirilebilmesinin kolaylığı başka nasıl açıklanabilir? Hukukta bu asimilasyon, egemenliğin etkinliği kavramıyla bağlantılı olarak anlaşılmalıdır. Uluslararası hukukta egemenlik, ada olmayan su hattının üzerindeki deniz oluşumlarında bulunmayan asgari düzeyde istikrarlı bir karasal tabanı ifade eder⁴⁴.

Hakemlik Mahkemesi'nin çoğunluğu Qit'at Jaradah'ın BMDHS madde 121(1) kapsamında bir ada olduğu sonucuna varmıştır⁴⁵. Bu yorum, aynı zamanda yapay bir ada olmadığı ve yapay olarak değiştirilmiş bir oluşumun üzerindeki doğal birikimin gerçekten de kara parçası anlamına gelebileceği anlamına gelmektedir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir: Qit'at Jaradah her iki devletin 12 mil sınırı içerisinde yer alan çok küçük bir adadır. Bahreyn tarafından görevlendirilen uzmanın raporuna göre, met zamanı uzunluğu ve genişliği yaklaşık 12'ye 4 metre, cezir zamanı ise 600 ve 75 metredir. Met sırasında yüksekliği ise yaklaşık 0.4 metredir⁴⁶. Bu nedenle Hakemlik Mahkemesi, bir adanın büyüklüğüne bakılmaksızın tam hak sahipliği verebileceğine⁴⁷ ve yapay modifikasyonun ardından adanın yapısına ilişkin endişelere rağmen açıkça karar vermiştir.

Qit'at Jaradah gerçekten de benzersiz bir oluşumdur. Bir zamanlar adasal yapı özelliği taşıırken, yapay müdahalelerle tam olarak hak sahibi olmayan bir hale getirilmiştir. Ancak doğal yığılma yoluyla yeniden bir ada haline gelmiştir. Bu benzersiz örnek, bu oluşumların muğlak statüsünü göstermektedir. Çoğunluğun ve muhalif yargıçların zıt yaklaşımları, bu oluşumların belirsiz hukuki sınıflandırmasını ortaya koymaktadır. Nihayetinde, konuya ilişkin hukuki yorum her iki şekilde de olabilir.

III. Deniz Oluşumlarının Yapay Olarak Değiştirilmesi

Mevcut devlet uygulamaları, yapay olarak değiştirilmiş oluşumların statüsünün açıklığa kavuşturulması ihtiyacını ortaya koymaktadır. Deniz oluşumlarının yapay olarak dönüştürülmesi konusu büyük tartışmalara yol açmaktadır.

⁴⁴ Katar v. Bahreyn (n 2) para 199-200, Yargıçlar Bedjaoui, Ranjeva ve Koroma'nın Ortak Muhalefet Şerhi. Adalar teriminin kullanılmasının, sınırlı bir hakla da olsa kayaların da ada olduğunu gösterdiğini belirtmek gerekir.

⁴⁵ Katar v. Bahreyn (n 2) para 195.

⁴⁶ Katar v. Bahreyn (n 2) para 197.

⁴⁷ Katar v. Bahreyn (n 2) para 197.

Örneğin, bir cezir yüksekliğinin adaya dönüştürülmesi yasal olarak kabul edilirse, bunun önemli sonuçları olacaktır. Bu durum, kendi başına herhangi bir deniz yetki alanı oluşturamazken, BMDHS'nde mevcut olan tüm sistemi oluşturabilir hale dönüştürecektir. Bu tam olarak Çin'in Güney Çin Denizi'nde bulunan bir dizi oluşum için yapmaya çalıştığı şeydir.

Devlet uygulamalarında görülen diğer yapay değişiklik ve müdahale biçimleri aynı düzeyde bir endişe yaratmamıştır. Örneğin, devletler kıyı şeritlerini genişletmek için arazi ıslahını kullanmaya devam etmektedir ve birçok ulus erozyon ile deniz seviyesinin yükselmesiyle mücadele etmek için bir dizi mühendislik çalışmasına güvenmektedir. Dolayısıyla, bazı değişiklik faaliyetlerine izin verilmekte ve tam hukuki etki tanınmakta, diğerlerine ise hiçbir hukuki tanınma sağlanmamaktadır. Bu bölüm, bu ayırımın altında yatan hukuk ilkelerini göstermeyi amaçlamaktadır.

A. Egemenlik Tahsisine Elverişli Oluşumlar

Bir deniz oluşumunun tahsis edilip edilemeyeceği sorusunun, hangi devletin bu oluşum üzerinde egemenliğe sahip olduğunu belirlemekle aynı şey olmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, bir devlet başka bir devletin topraklarını, o devletin rızasını almadan yapay olarak değiştirirse, bunun yasadışı bir eylem olduğu açıktır. Bu durum, bu tür faaliyetlerin tanınmaması için başlı başına bir nedendir.

Bir oluşumun egemenlik tahsisine elverişli olup olmadığı sorusu önem arz etmektedir. Bu sorun, şimdiye kadar dikkat çekmemiştir. Ancak bu sorgulamanın önemini tespit etmek gerekmektedir. Bu tespit, bir oluşumun yapay olarak yaratılmasının ya da değiştirilmesinin ilk etapta herhangi bir hukuki etkiye sahip olup olamayacağını sormamızı sağlar. Bu da özellikle uygulanacak hukuku belirler.

Egemenlik tahsisine elverişli olan deniz oluşumları arasında ana kara, adalar ve kayalar yer almaktadır⁴⁸. Bu deniz oluşumlarının hepsi kara olma niteliğine sahiptir. Aynı zamanda bu deniz oluşumlarının hepsi met zamanında suyun üzerinde kalan kara parçalarıdır. Yeryüzünün bu tür kısımları açıkça bir devlet tarafından kendi toprakları olarak tahsis edilebilir. Cezir yüksekliklerinin konu-

⁴⁸ Örneğin, Birleşik Krallık'ın "Rockall" üzerindeki egemenlik iddiası hakkında bakınız. Ríán Derrig, 'Was Rockall Conquered? An Application of the Law of Territory to a Rock in the North Atlantic Ocean' (2019) 14(1) Irish Yearbook of International Law 55.

muyla ilgili bir anormallik mevcuttur. Bir devletin cezir yüksekliklerini kendi ülkesi olarak talep edip edemeyeceği, bu bölgenin nerede bulunduğu bağlıdır. UAD, 2012 yılında *Nikaragua v. Kolombiya* davasında bir kıyı devleti, kara suları üzerinde egemenliğe sahip olduğu için, kara suları içinde yer alan cezir yükseklikleri üzerinde de egemenliğe sahip olduğunu açıklamıştır⁴⁹. Devletin kara ülkesi tarafından oluşturulan kara suları üzerindeki egemenliği, burada bulunan cezir yüksekliklerinin egemenlik tahsisine uygunluğunu sağlamaktadır. Bu oluşumlar arasında, tam hak sahipliği verebilenler (ana kara kıyıları ve adalar gibi) ile deniz yetki alanları yaratma kabiliyeti sınırlı olanlar (kara sularındaki cezir yükseklikleri ve kayalıklar gibi) arasında bir ayırım daha yapılmalıdır.

Bir cezir yüksekliği kıyı devletinin kara suları içinde yer alıyorsa, deniz yetki alanı oluşturabilir⁵⁰. Cezir yüksekliği aynı zamanda kıyı devletlerinin esas hattı için konum olarak hizmet eden deniz yetki alanları oluşturabilir⁵¹. Kara suları içindeki cezir yükseklikleri kendi başlarına tam olarak hak sahibi oluşumlar değildir. Daha ziyade, kıyı devleti tarafından kıyı şeridi tarafından oluşturulan esas hattı aşmak için kullanılabilirler. Bu durumda elbette hakkı yaratan kıyı şerididir⁵². Cezir yüksekliklerinin parazit doğası inkâr edilemez⁵³. Bu durum, bir cezir yüksekliğinin 12 deniz mili yakınında ancak kara suları sınırlarının ötesinde bulunan bir cezir yüksekliğinin esas hat olarak kullanılmasını engelleyen sıçrama kuralı olarak adlandırılan kurala da yansımaktadır.

BMDHS'nin 121(3) maddesi kendi başına insan yerleşimini veya ekonomik yaşamı sürdürmeyen kayalıkların münhasır ekonomik bölgesi veya kıta sahan-

⁴⁹ *Nikaragua v. Kolombiya* (n 2) para 207.

⁵⁰ Bu nedenle devletler bu tür cezir yüksekliklerini kendi adaları gibi değerlendirmişlerdir. Bu cezir yükseklikleri hayali adalar olarak tanımlanmaktadır. Clive Symmons, 'Some Problems Relating to the Definition of 'Insular Formations' in International Law: Islands and Low-Tide Elevations' (1995) 1(5) IBRU Maritime Briefing 1, 7.

⁵¹ Böyle bir oluşum, bir adaya kıyasla bölge oluşturma kapasitesi bakımından hayati bir farklılık gösterir; çünkü BMDHS madde 7(4)'ün düz esas hatlar hükümleri uyarınca uygun bir sabitleme noktası olarak nitelendirilmediği sürece, yalnızca tamamen veya kısmen sahibi olan devletin ana karasının veya adasının kara suları içindeyse deniz bölgelerinin çizileceği bir esas hat oluşturabilir.

⁵² Gerçekten de, *Katar v. Bahreyn* davasında, UAD kıyı devletinin kara sularındaki cezir yükseklikleri üzerindeki egemenliğinin, bu oluşumun kendisi üzerinde değil, kara suları üzerindeki egemenliğinin bir sonucu olarak ortaya çıktığını ileri sürmüştür. *Katar v. Bahreyn* (n 2) para 204.

⁵³ John Briscoe, 'The Use of Islands in International Maritime Boundary Delimitation' in Dorinda Dallmeyer and Louis DeVorse (eds), *Rights to Oceanic Resources: Deciding and Drawing Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff 1987) 120.

lığı olmayacaktır hükmünü içermektedir. Bu hükmün anlamı, kayalıkların kara suları ve bitişik bölge oluşturabileceğidir.

Deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmesine bazı durumlarda izin verilebilir. Adaların ve cezir yüksekliklerinin doğal olarak oluşmuş kara parçaları olması gerekliliği, her koşulda bir oluşumun yapay olarak değiştirilmesinin onu sadece yapay bir ada veya yapay bir oluşum haline getireceği anlamına gelmez. Tartışmasız 2016 tarihli Güney Çin Denizi Tahkimi'nde doruk noktasına ulaşan hukuki etkinin sadece doğal oluşum özelliklerine bağlanacağı yaklaşımının aksine, bazı oluşumlar gerçekten de yapay olarak değiştirilebilir ve yine de doğal statülerini koruyabilirler. Bu durumda, kıyı devletinin esas hat sisteminin esas noktaları için bir konum olarak hizmet etmeye devam edebilecekleri anlamına gelmektedir. Ayrıca BMDHS kapsamında mevcut olan deniz yetki alanlarının tamamını oluşturabileceklerdir.

B. Tam Hak Sahipliği Veren Deniz Oluşumları Adalar ve Ana Kara Kıyıları

Adalar ve ana kara kıyılarının tam hak sahipliği vermesini mümkün kılan neden, söz konusu deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmeden önce tam hak sahibi olabileceğinin zaten kabul edilmiş olmasıdır. Bu oluşumlara ana kara kıyıları ve adalar dahildir ancak BMDHS madde 121(3) kapsamındaki kayalıklar dahil değildir. Bir devlet bu oluşumları yapay olarak değiştirmeye devam ederse, bu deniz oluşumlarının hukuki niteliği değişmez. Yapay hale gelmezler. Doğal statülerini korurlar⁵⁴. Her halükârda, doğal olarak oluşmuş olma şartı sadece kayalar ve adalarla ilgili olan BMDHS 121. madde ve cezir yükseklikleriyle ilgili olan 13. madde bağlamında ele alınmaktadır. BMDHS'nin hiçbir yerinde ana kara kıyılarının doğal olarak oluşmuş olması gerekmemektedir. Aynı zamanda ana kara kıyıları kavramı BMDHS'de tanımlanmamıştır.

BMDHS kıyı şeridinde bir dizi potansiyel yapay uzantı öngörmektedir. Yapay uzantılar liman tesisleri terimi altında ele alınmaktadır. BMDHS'nin 11. maddesine göre "kara sularının sınırlandırılması amacı ile, bir liman sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturan daimî tesislerden açık denize doğru en uçtaki-ler sahilin bir parçası olarak kabul edilir. Sahillerin açığındaki tesisler ve sun'î adalar, daimî liman tesisleri olarak kabul edilmeyecektir."

⁵⁴ Uğur Bayıllıoğlu, 'Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması' (2017) 130 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 419, 448.

Kıyı şeritlerinin yapay olarak geri kazanılabileceği, savunulabileceği ve genişletilebileceği uluslararası teamül hukukunun bir ilkesidir. Bu ilke; arazi ıslahını, deniz savunma inşaat faaliyetlerini ve diğer liman çalışmalarını içerebilir. *Malezya v. Singapur* davasında UAD, bu tür arazi ıslahı faaliyetlerinin *a titre de souverain* yani egemen eylemleri anlamına geldiğini değerlendirmiştir⁵⁵. Devlet uygulamaları bu türden örneklerle sahiptir. Örneğin Hollanda, Kuzey Denizi kıyı şeridinin büyük bir bölümünü erozyona ve deniz taşkınlarına karşı yapay olarak korumuş ve savunmuştur. Bu amaçla fırtına dalgalarına karşı bariyer görevi gören bir dizi deniz duvarı ve baraj inşa etmiştir⁵⁶. Bu yapılar saçak adaları birbirine bağlamak için inşa edilmiştir. Hollanda bu özellikleri, esas hattın oluşturulduğu bir konum olarak kullanmaktadır⁵⁷.

Bir başka örnek de Rotterdam kıyısı boyunca uzanan Zandmotor ve Maasvlakte inşaat çalışmalarıdır. Bu inşaat çalışmaları aynı zamanda hem yapay hem de doğal süreçlerin bir şekilde birleşerek nasıl bir deniz oluşumu meydana getirebileceğini göstermektedir. Doğal gelgit süreçleri kıyı şeridinin yapay olarak değiştirilmesine katkıda bulunmuştur⁵⁸. Hollanda'nın esas hat sistemi kıyı şeridinin genişlemesini yansıtacak şekilde değiştirilmiştir⁵⁹. Maldivler'in başkentinin üzerinde bulunduğu Hulhumale adası yapay olarak güçlendirilmiş ve yükseltilmiş bir met yüksekliğinin bir başka örneğidir⁶⁰. Bu durum genel kabul görmüştür ve ülkenin kendisini denizden koruma çabaları, deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle toplam kaybına uğrayabilecek ada ulusları için sıklıkla örnek olarak gösterilmektedir⁶¹.

⁵⁵ *Malezya v. Singapur* (n 3) para 274.

⁵⁶ Hollanda'nın delta çalışmalarına bakınız. Kayda değer bir örnek Oosterscheldekering Doğu Scheldt fırtına dalgası bariyeridir.

⁵⁷ Ministry of Defence, *Fundamentals of Maritime Operations: Netherlands Maritime Military Doctrine* (Royal Netherlands Navy Directorate of Operations Maritime Warfare Centre 2015) 299.

⁵⁸ Merinda Stewart, *Freedom of Overflight: A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (Kluwer Law International 2021) 156.

⁵⁹ Stewart (n 57) 159. Doğal olarak oluşmuş olma şartının, arazi ıslahı projeleri (bir ana kara kıyısına bağlı veya BMDHS'nin 121. maddesi anlamında bir adaya bağlı) durumunda geçerli olmadığı belirtilmelidir. Hollanda kıyıları bu konuda bir örnek teşkil etmektedir. İlk Maasvlakte projesi normal esas hat çizgisinde de bir değişikliğe yol açmıştır ve bu yaklaşım genel olarak kabul görmüştür.

⁶⁰ Michael Gagain, 'Climate Change, Sea Level Rise, and Artificial Islands: Saving the Maldives' Statehood and Maritime Claims Through the Constitution of the Oceans' (2012) 23(1) Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 77, 82.

⁶¹ Michael Gerrard, 'Statehood and Sea-Level Rise: Scenarios and Options' (2023) 17(1) Charleston Law Review 579, 602.

Ada ağlarının oluşturulmasını içeren yapay kıyı gelişmelerinin kayda değer başka örnekleri de vardır ve bu gelişmeler yavaşlama belirtisi göstermemektedir⁶². Ancak bu alandaki devlet uygulamaları tek tip değildir. Bu yapay adalardan bazıları körfez kapanma çizgilerinin arkasında yer almaktadır⁶³. Diğerleri düz esas hat sistemlerinin karaya dönük tarafında yer almaktadır⁶⁴. Diğerleri ise kara sularının oluşturulması için temel noktalar olarak kullanılıyor gibi görünmektedir⁶⁵. Bunlar bir şekilde kıyı şeridinde fiziksel olarak bağlı oldukları sürece, yapay adaların sadece kıyının bir parçası olarak ele alınmasına izin verilebilir gibi görünmektedir, çünkü teknik olarak doğada hiç de yalıtılmış değildirler aksine adaya özgüdürler. Kıyı şeridinde bağlı olmayan bu yapay adalar, sadece kıyı devletinin kara suları içinde yer alan yapay adalar olarak değerlendirilmelidir ve bu nedenle de bir devletin esas hat sisteminin temel noktaları için konum teşkil edemezler. Bu nedenle, Birleşik Arap Emirlikleri'nin kıyı şeridi olan Dubai'ye yakın olan Dünya Adaları ve benzeri oluşumlar, BMDHS'nin 60. maddesinde belirtilen türden yapay adalardır.

Bu örnekler aynı zamanda kıyının savunulması ile geliştirilmesi arasındaki ayrımın gerçekten de çok ince olduğunu göstermektedir⁶⁶. Arazi ıslahı ve liman inşaatları, limanlar ve kıyı şeridi etrafındaki yapay yapılar da kıyı devletinin hakkını genişletme etkisine sahiptir. Devletler, yapay olarak geri kazanılan kıyı şeridini yansıtmak için esas hattı gözden geçirirler. Ayrıca, doğal-yapay ayrımına

⁶² Örneğin, Danimarka Kopenhag açıklarında dokuz yapay adada silikon vadisi inşa etmeyi planlamaktadır. Benita Viola, 'The Legality of Denmark's Artificial Island (Lynetteholm) in International Law of the Sea' (2022) 5(2) *Padjadjaran Journal of International Law* 188, 205.

⁶³ Doha, Katar'da bulunan İnci Adası bu konuda dikkate değer bir örnek teşkil etmektedir. Elham Fakhro, 'Land Reclamation in the Arabian Gulf: Security, Environment, and Legal Issues' (2013) 3(1) *Journal of Arabian Studies* 36, 45.

⁶⁴ Rokko Adası, Liman Adası ve Kobe Havalimanı Adası da dahil olmak üzere Kobe körfezindeki yapay adalar hakkında: Nikos Papadakis, *The International Legal Regime of Artificial Islands* (Springer 1977) 2.

⁶⁵ Bahreyn, BM'ye kesin temel noktalarını bildirmemiş olsa da Amwaj Adaları, Bahreyn incelenebilir. Bu durum, kıyı şeridinde, özellikle Dubai'de, Palmiye Adaları ve Dünya Adaları da dahil olmak üzere bir dizi ünlü yapay ada kompleksine sahip olan Birleşik Arap Emirlikleri'nin durumuyla aynıdır. Bunlardan bazıları kıyı ile bağlantılı değildir ve sadece kara suları oluşturamayan yapay adalar olarak değerlendirilmelidir. Birleşik Arap Emirlikleri, Dubai kıyılarına olmasa da, kıyıların bir kısmına sadece düz esas hat sistemi yerleştirmiştir. Malcolm Evans, *Islands, Law and Context the Treatment of Islands in International Law* (Elgar International Law Series 2023) 87.

⁶⁶ Su Chee, Abdul Othman, Yee Sim, Amni Adam, Louise Firth, 'Land Reclamation and Artificial Islands: Walking the Tightrope between Development and Conservation' (2017) 12(1) *Global Ecology and Conservation* 80.

katı bir yaklaşım benimsendiği takdirde, bir kıyı şeridinin ister ana karada ister bir ada çevresinde olsun yapay olarak korunması ödüllendirilmemelidir. Aslında, kıyı şeridinin yapay olarak korunması, kıyı devletinin doğal olarak hakkı olandan daha fazla deniz alanı üzerinde hak iddia etmesini sağlar. Bu durum, doğal olarak bir kaya ya da daha da kötüsü cezir yüksekliği olarak var olabilecek bir ada statüsünün korunmasını bile içerebilir. Ancak adaların doğal olarak oluşmuş olması gerekliliği bu bağlamda geçerli görünmemektedir. Eğer öyle olsaydı, devletler birçok oluşumlarını yeniden sınıflandırmak zorunda kalırlardı.

Bir devlet halihazırda tam hak sahibi olduğu deniz oluşumlarının kıyı şeridini geliştirirse, hukuki durum nispeten açıktır: Buna izin verilir ve gelişimin en dış noktaları deniz yetki alanlarının tamamını oluşturmak için kullanılabilir. Bu nedenle, oluşumun tam olarak hak sahibi olduğu an yani kritik tarih çok önemlidir. Bir oluşumun tam hak sahipliği verdiği kabul edildiğinde, kıyı şeridini değiştiren arazi ıslahı ve diğer insan faaliyetlerinden bağımsız olarak doğal statüsünü korur. Doğal olarak oluşmuş olma şartı bu durumlarda hukuki bir etkiye sahip değildir. Bu oluşumları, yapay değişikliklere rağmen doğal karakterlerini koruyarak değerlendiriyoruz.

C. Tam Hak Sahipliği Vermeyen Oluşumlar: Kara Sularındaki Cezir Yükseklikleri ve Kayalıklar

BMDHS cezir yükseklikleri üzerinde deniz fenerleri inşa edilmesine izin vermektedir ve bu inşalar, kıyı devletinin kara suları içinde yer almaları koşuluyla, deniz yetki alanlarının tamamını oluşturmak için kullanılabilirler. BMDHS madde 7(4)'e göre "Düz esas hatlar cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklere doğru veya bunlardan başlamak üzere çizilmeyecektir; meğerki, bunlar üzerinde devamlı olarak suyun üstünde kalan deniz fenerleri veya benzer tesisler inşa edilmiş olsun veya bu şekilde çizilmiş düz esas hatlar uluslararası genel bir kabul görmüş olsun."

Devletler doğal olarak tam hak sahipliği vermeyen ancak yapay olarak met yüksekliğine dönüştürülen deniz oluşumlarını değiştirdiğinde daha büyük tartışmalar ortaya çıkmaktadır. Bu tür oluşumların yapay olarak değiştirilmesinin herhangi bir hukuki etkisi olup olmayacağı belirsizdir. Bu belirsizlik, Yargıç Oda tarafından 2001 yılında UAD nezdinde görülen *Katar-Bahreyn* davasındaki karşı oyunda şu şekilde ifade edilmiştir:

"Modern teknoloji, küçük adaların ve cezir yüksekliklerinin, rekreasyonel veya endüstriyel tesisler gibi yapılar için üs olarak geliştirilmesini mümkün"

kılabilir. Her ne kadar 1982 tarihli BMDHS konuyla ilgili bazı hükümler içerse de (örneğin madde 60 ve 80), bu tür yapılara uluslararası hukuk kapsamında izin verilip verilmeyeceğinin ve eğer veriliyorsa bu tür yapıların hukuki statüsünün ne olacağı gelecekte tartışılması gereken konular arasındadır⁶⁷."

Yargıt Oda iki temel soruyu gündeme getirmektedir: (1) Uluslararası hukuk adacıkların, kayalıkların ve cezir yüksekliklerinin adalara dönüştürülmesine izin vermekte midir? (2) İzin veriliyorsa, bu oluşumlara hangi hukuki statü uygulanmaktadır?

İlk soruya cevap olarak, eğer deniz oluşumu tahsis edilebiliyorsa ve devlet gerçekten de üzerinde egemenliğe sahipse, o devletin bunu yapay olarak değiştirmesini yasaklayan bir kural yoktur. Ancak başka bir devletin deniz oluşumları, devletin izni olmadan yapay olarak değiştirilirse, uluslararası hukukun ihlal edildiği açıktır. Egemenlik esas olduğundan özellikle de devletin dokunulmaz toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığı hakkı ihlal edilmiştir⁶⁸.

İkinci soru ise daha karmaşıktır. Kayalıklar ve cezir yükseklikleri devletler tarafından değiştirilebilir. Yapılan değişimin hukuka uygun olarak tanınıp tanınmayacağı belirsizdir ve şimdiye kadar uygulanacak hukuka ilişkin bir açıklama yapılmamıştır⁶⁹. Bununla birlikte, aşağıdaki ilkeler rehberlik sağlayabilir.

Başlangıçta, ada tanımında yer alan doğal olarak oluşmuş şartı, cezir yüksekliklerinin yapay olarak bu statüyü kazanmasını engellemektedir. Bu nedenle, Güney Çin Denizi Tahkimi'nde Hakemlik Mahkemesi şunları belirtmiştir:

Hem cezir yükseklikleri hem de ada tanımına doğal olarak oluşmuş teriminin dahil edilmesi, deniz oluşumunun statüsünün doğal durumu temelinde değerlendirileceğini göstermektedir. Deniz hukuku doğrultusunda, insan eliyle yapılan değişiklikler deniz tabanını cezir yüksekliğine veya cezir yüksekliğini de adaya dönüştüremez. Bir cezir yüksekliği, üzerine inşa edilen adanın veya tesisin ölçüğüne bakılmaksızın, BMDHS kapsamında cezir yüksekliği olarak kalacaktır⁷⁰.

⁶⁷ Katar v. Bahreyn (n 2), Yargıt Oda'nın karşı oyu, para 9.

⁶⁸ Birleşmiş Milletler Şartı, kabul tarihi 26 Haziran 1945, yürürlüğe giriş tarihi 24 Ekim 1945, madde 2(4).

⁶⁹ Bununla birlikte, bir cezir yüksekliğinin yapay olarak değiştirilmesi bir deniz feneri veya benzer bir kurulum şeklindeyse, BMDHS, madde 7(4), bunun bir devletin düz esas hatlarının inşası için bir temel nokta olarak kullanılabileceğini belirtir.

⁷⁰ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 305.

Terra firma teriminin hukuki tanımı, yapay yollarla oluşturulmasını yasaklamaktadır⁷¹. Eğer bir devlet cezir yüksekliğini met zamanı ortaya çıkacak şekilde yapay olarak dönüştürürse, bu değişimin hak sahipliği üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır.

Cezir yükseklikleri yapay olarak ada haline gelemeyenken, bunun yerine cezir yükseklikleri yapay adalar haline mi geliyorlar sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun net yorumlanması için iyi gerekçeler bulunmaktadır, çünkü cezir yüksekliklerinin parazit doğası reddedilemez. Tıpkı adaların ve ana kara kıyılarının yapay olarak değiştirilmesi durumunda olduğu gibi, bu oluşumlar tüm deniz bölgelerinin oluşturulması için esas noktalar olarak hizmet etmektedir. Ancak devletler kara suları üzerindeki egemenlikleri nedeniyle değişimleri yapabilmektedirler. Kara sularında bulunan bir cezir yüksekliğini hukuka uygun olarak yapay bir ada olarak değerlendirmek uygun olmaz. Eğer durum böyle olsaydı, bu tür cezir yükseklikleri hukuki olarak halihazırda olduğundan daha az değerli olurdu. Yapay bir adaya deniz yetki alanına sahip olabilecek bir nitelik atfetmek yanlış olacaktır, özellikle de devletin esas hattı için bir temel nokta olarak kullanılacaksa. Yapay adalar devletin kontrolüne tabi olabilir ve bu durum BMDHS'nde en fazla 500 metreye kadar bir güvenlik bölgesi oluşturmalarına izin verilerek tanınmıştır⁷².

Aslında yapılan tartışmalar, önemli olanın tek başına değişikliğin niteliği değil, nerede gerçekleştiği olduğunu göstermektedir. Kara suları içindeki bir cezir yüksekliği üzerine yapay bir ada inşa edilmesi, bu adanın cezir yüksekliği olarak hukuki etkisini azaltmaz. Ayrıca met yüksekliği olarak daha büyük bir etkiye sahip olamaz. Bu nedenle, yapay bir ada haline geldiği için daha az etkiye sahip olması kesinlikle söz konusu olamaz.

Kayaların konumu daha karmaşıktır, çünkü bunlar zaten met zamanı suyun üzerinde ortaya çıkan özelliklerdir. Kayalar, met zamanı suyun üzerinde ortaya çıkan, doğal olarak oluşmuş kara parçalarıdır. Ancak yapay olarak değiştirilmeleri, insan yerleşimini veya ekonomik bir yaşamı sürdürebilecek kapasitede oldukları ve böylece adaların tüm temel özelliklerini karşıladıkları anlamına gelebilir. Böylece, kayalar bir ada gibi deniz bölgelerinin tamamını oluşturabilirler⁷³. Asıl soru, bu değişimin herhangi bir hukuki etkisi olabilir mi, yani bu koşul-

⁷¹ Charney (n 26) 867.

⁷² Bowett (n 23) 2.

⁷³ Jon Van Dyke and Robert Brooks, 'Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans' Resources' (1983) 12(3) Ocean Development & International Law 265.

lar yapay olarak getirilebilir mi olacaktır. BMDHS madde 121(3)'te tanımlanan koşulların sadece doğal ve yapay olarak değiştirilmemiş bir oluşuma atfedilebilir olması gerekir mi?

Güney Çin Denizi Tahkimi'nde Hakemlik Mahkemesi bu soruya ilişkin katı bir yaklaşım benimsemiştir. BMDHS madde 121(3)'ün deniz oluşumunun doğal haliyle insan yerleşimini veya ekonomik yaşamı sürdürme kabiliyetine sahip olup olmadığının sorulmasını gerektirdiğine karar vermiştir⁷⁴. Hakemlik Mahkemesi sürdürme ifadesini, yapay bir ekleme olmaksızın insan yerleşimini veya ekonomik bir yaşamı sürdürmek anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır⁷⁵. Bu yaklaşıma göre, bir kaya yapay olarak değiştirilmesine rağmen kaya olarak kalacaktır. Bunun nedeni, Mahkemenin görüşüne göre Filipinler'in sunumundan alıntı yaparak, eğer bir deniz oluşumunun varlığını sürdürme kapasitesi teknolojik iyileştirmelerle belirlenebilseydi, o zaman doğal koşulları ne olursa olsun her met yüksekliği, eğer bunu talep eden devlet insan yerleşimini sürdürmek için gerekli kaynakları ayırmaya ve düzenli olarak kaynakları sağlamaya istekliyse, 200 deniz millik hak doğuran bir adaya dönüştürülebilirdi⁷⁶.

Ancak bu durum BMDHS'nin yanlış yorumlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Charney daha önce eğer doğal haliyle bir oluşum BMDHS 121. maddenin 1. paragrafı kapsamında bir ada ise, 3. paragraf metni burada belirtilen koşulların doğal olarak da var olması gerektiğini belirtmemektedir gözleminde bulunmuştur⁷⁷. Miron, Hakemlik Mahkemesi'nin madde metnini katı bir şekilde yorumlamak yerine madde metnine eklemeler yaptığını öne sürmektedir⁷⁸. Hakemlik Mahkemesi ayrıca, sürdürme ifadesinin, oluşumun gerçekten insan yerleşimini veya ekonomik bir yaşamı sürdürüp sürdürmediği değil, nesnel olarak oluşumun insan yerleşimi veya ekonomik yaşam için uygun olup olmadığı, buna muktedir olup olmadığı veya buna yatkın olup olmadığı anlamına geldiğini değerlendirmiştir⁷⁹. Hakemlik Mahkemesi geçmişte insan yerleşimi ve ekonomik

⁷⁴ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 483.

⁷⁵ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 510.

⁷⁶ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 509.

⁷⁷ Charney (n 26) 867.

⁷⁸ Alina Miron, 'The Acquis Judiciaire, a Tool for Harmonization in a Decentralized System of Litigation? A Case Study in the Law of the Sea' in Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds), *Beyond Fragmentation Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2022) 128, 161.

⁷⁹ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 483.

yaşama ilişkin tarihsel kanıtların bir oluşumun kapasitesini belirlemek için uygun olabileceğini tespit etmiştir⁸⁰. Dolayısıyla bu yorumun anlamı, mevcut koşulların kesin olmadığıdır. Bununla birlikte, Hakemlik Mahkemesi'nin gelecekte yapılacak değişikliklerin bir kayayı, insan ya da ekonomik yaşamı mümkün kılacak yapay değişikliklerle bir ada haline getirebileceği ihtimalini neden öngörmediği açık değildir. Hakemlik Mahkemesi'nin yorumuna devlet uygulamalarıyla tutarsızlık gerekçesiyle de itiraz edilmiştir⁸¹. Nihayetinde, Hakemlik Mahkemesi'nin yaklaşımının kararın dışında bir etkisinin olup olmayacağı incelenecektir.

Yapay olarak değiştirilmiş kayalar, yapay adalara dönüşebilir mi? Güney Çin Denizi Tahkimi'nde Hakemlik Mahkemesi bu soruya ilişkin çok az rehberlik sağlamıştır. Aslında bu sorun, Hakemlik Mahkemeleri'nin uyuşmazlıkların çözümü alanındaki rolünün bir göstergesidir; hukuka ilişkin genel ifadeler çok azdır. Bununla birlikte, kararlar genel hukuki sorulara yönelik yaklaşımlar için bir ölçü işlevi görmektedir. Hakemlik Mahkemesi ilk olarak Cuarteron Resifi, Fiery Cross Resifi, Gaven Resifi (Kuzey), ve Johnson Resifi'nin⁸² met zamanı doğal olarak su üzerinde olmalarına ve kapsamlı yapay değişikliklere maruz kalmalarına rağmen BMDHS madde 121(3) kapsamında kayalıklar olduklarına dair kesin bir açıklama yapmıştır. Bununla birlikte, karar boyunca Hakemlik Mahkemesi, tüm oluşumlarla ilgili olarak Çin'in yapay ada inşasına atıfta bulunmuştur⁸³. Ayrıca şu hususları da dikkate almıştır:

Hakemlik Mahkemesi *Mischief Resifi*'nin tam hak sahipliği veren bir ada veya kaya olduğuna ve dolayısıyla kara toprağı teşkil ettiğine karar vermiş olsaydı, Çin'in *Mischief Resifi*'ndeki inşaat faaliyetlerinin en azından BMDHS'nin yapay adalarla ilgili hükümleri açısından hukuka uygunluğunu veya bu oluşuma tahsis edilmesini değerlendirmek için zorunlu olarak yargı yetkisinden yoksun

⁸⁰ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 484.

⁸¹ Michael Gau, 'The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique' (2019) 50(1) *Ocean Development & International Law* 49, 56; Yann Song, 'The July 2016 Arbitral Award, Interpretation of Article 121(3) of the UNCLOS, and Selecting Examples of Inconsistent State Practices' (2018) 49(3) *Ocean Development & International Law* 247, 261.

⁸² Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 359.

⁸³ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 983; Mahkeme Çin'in Spratly Adalarındaki yedi resifte yapay ada inşa etme faaliyetlerinin deniz çevresine yıkıcı ve uzun süreli zarar verdiğiinden şüphe duymadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme Çin'in yapay ada inşası ifadesini Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki faaliyetlerinin genel bir nitelemesi olarak kullanmaktadır.

olacaktır⁸⁴. Bu durum, Hakemlik Mahkemesi'nin yapay adalara uygulanan hükümlerin değiştirilmiş kayalara ve hatta tam hak sahipliği veren adalara da uygulanmasını öngördüğünü göstermektedir. Adalarla ilgili olarak, Mahkemenin düşüncesi yaygın devlet uygulamasına ve yerleşik içtihadı aykırı görünmektedir.

Bu yaklaşımın tam olarak doğru olmadığı ileri sürülebilir. Bir met yüksekliğinin doğal olarak oluştuğu sonucuna varılmışsa, bu oluşumun BMDHS madde 121(1) kapsamındaki şartları karşılaması gerekir. Bu doğrultuda söz konusu oluşumun bir kara parçası (*terra firma*) olarak niteliği, devlet tarafından tahsis edilebileceği ve ülkesel bir niteliğe sahip olduğu kabul edilir. Bu özellikler yapay adalarla paylaşılmamaktadır. Sonuç olarak kayalar yapay değişiklikler yoluyla yapay adalara dönüşemeyecektir. Daha ziyade, kaya olarak statülerini korudukları kabul edilecektir. O halde sorun, met yapı oluşumunun bir kaya mı yoksa tam hak sahipliği veren bir ada mı olduğudur ve daha önce incelendiği gibi, bu sorun muhtemelen oluşumun doğal olarak bir insan yerleşimini veya ekonomik yaşamı sürdürüp sürdüremeyeceğine atıfta bulunarak yönlendirilecektir.

Doğal olarak egemenlik tahsisine sahip olduğu kabul edilen oluşumlar zaten hukuki olarak tanınmaktadır. Bu kabiliyet deniz üzerindeki oluşumların bir devletin toprağı olmasını ya da olabileceğini sağlar. Bu nedenle, oluşumun ülkesel niteliği denize taşar. Bu da en azından bir kara suları oluşturabileceği anlamına gelecektir. Bu durum, bu tür oluşumların yapay olarak değiştirilmiş olmalarına rağmen yapay ada olarak yeniden sınıflandırılmalarını engellemelidir.

Met yükseklikleri egemenliğe tahsise elverişlidir. Eğer doğal süreçlerle oluşmuşlarsa, bu durum BMDHS madde 121(1)'i karşılamaktadır. Bunlar zaten doğal olarak oluşmuş arazi alanlarıdır. Yapay olarak değiştirilebilirler, ancak hiçbir şey gelgit karakterlerinin doğal oluşumunu bozamaz. Böyle bir oluşum, devletin topraklarının egemen bir parçası olmayan, herhangi bir deniz yetki bölgesi oluşturma hakkına sahip olmayan sadece teknik bir güvenlik amaçlı yasak bölge hariç ve doğal olarak oluşmuş bir kara parçası statüsüne sahip olamayan yapay bir adanın antitezidir.

Eğer bir devlet kara suları içerisindeki cezir yüksekliğini yapay olarak met yüksekliğine dönüştürürse, bu durum BMDHS madde 121(1)'de yer alan met yüksekliklerinin doğal olarak oluşması gerekliliğine aykırı olacaktır. Bu nedenle,

⁸⁴ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1024. Bu durumun tam hak sahipliği veren adalar için geçerli olacağı düşünülmüş gibi görünmektedir. Daha önce açıklanan nedenlerden dolayı, bu yanıltır ve devlet uygulamaları ile önceki içtihatlarla aykırı görünmektedir. Devletler, tam hak sahipliği veren adalarının kıyı şeritlerini yapay olarak değiştirebilirler.

yapay yollarla met yüksekliği haline gelemezler. Devletin kara suları içindeki cezir yüksekliklerinin parazit niteliği de, devletin kara suları üzerinde egemenliğe sahip olması nedeniyle de olsa, kendilerine ait bir ülkesel niteliğe sahip oldukları anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bunlar deniz bölgeleri oluşturmak için temel noktalar olarak kullanılabilir. Dolayısıyla bu tür yapıların doğası, salt yapay ada karakteriyle bağdaşmamaktadır.

Meselenin özü şu şekildedir: Yapay adalar egemenlik tahsisine elverişli değildir. Üzerlerinde egemenlik uygulanabilecek şekilde ülkesel nitelikte özelliklere sahip değildirler. *Terra nullius* değildirler. Bunun sonucu olarak, bir oluşumun doğal olarak tahsis edilebilir olduğu kabul edildiğinde, böyle bir oluşum yapay adalara uygulanan rejimle bağdaşmaz. Bu konuda açık olmakta fayda vardır.

IV. Egemenlik Tahsisine Elverişsiz Oluşumlar

Egemenliğin sadece kara ülkesi üzerinde iddia edilebileceği kuralı devletin kara sularının ötesinde yer alan batık oluşumların ve cezir yüksekliklerinin egemenlik tahsisine elverişli olmamasını sağlar. Egemenlik tahsisine elverişli olmayan bu oluşumlar ülkesel bir nitelik taşımamaktadır. Dolayısıyla böyle bir oluşum deniz bölgeleri oluşturamaz. Bu açıkça devlet egemenliğine sahip olan oluşumlara ayrılmıştır. Bu oluşumlar basitçe deniz yatağının bir parçasıdır. Bu nedenle, genel bir kural olarak, bir deniz yatağı oluşumu yapay yollarla bile olsa bir devletin toprağı haline gelemez. Bir devlet bir oluşumu bu niyetle ne kadar yapay olarak değiştirirse değiştirsin, egemenlik tahsisine uygun olmayan oluşumlar kendilerini çevreleyen denizi etkileyemez. Böyle bir oluşumun üzerine inşaat yapmak, deniz yatağının üzerine inşaat yapmak demektir. Dolayısıyla, egemenliğe tahsise elverişsiz oluşumu yapay olarak met oluşumuna dönüştürmek yapay bir ada yaratmak demektir. Yapay adaların oluşturulması daha önce incelenmiştir. Hatırlanacağı üzere uygulanacak hukuki rejim buldukları yere bağlıdır. Kara suları, münhasır ekonomik bölge⁸⁵, kıta sahanlığı⁸⁶, ya da açık denizler için geçerli olan rejim uygulanacaktır. Açık denizlerde tüm devletler BMDHS'nin 87. maddesinde yer alan ve yapay adaların inşasını da içeren özgürlüklerden yararlanabilmektedir⁸⁷. Bunların herhangi bir devletin egemenliğinden ziyade devlet kontrolüne tabi olduğu da hatırlanacaktır.

⁸⁵ BMDHS, Bölüm V.

⁸⁶ BMDHS, Bölüm VI.

⁸⁷ Ancak BMDHS'nin 89. maddesi "hiçbir devletin açık denizlerin herhangi bir bölümünü geçerli bir şekilde kendi egemenliğine tabi kılmaya iddiasında bulunamayacağını" güvence altına almaktadır.

Güney Çin Denizi Tahkimi'ndeki Hakemlik Mahkemesi aynı düzeyde açıklık sağlama fırsatını kaçırmıştır. Kararın başlarında, Hakemlik Mahkemesi bir dizi cezir yüksekliklerini değerlendirmiş ve değişikliklere rağmen hepsinin bu statüyü koruduğu sonucuna varmıştır⁸⁸. Cezir yüksekliklerinin hiçbiri herhangi bir devletin kara suları içerisinde yer almamaktadır. Bu nedenle, bunların değiştirilmesi sadece yapay ada inşasına yönelik bir uygulama olarak değerlendirilmeliydi.

Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nde yapay adalar için geçerli olan hükümleri Mischief Resifi'ne de uygulamıştır ancak sadece bu oluşuma. Hakemlik Mahkemesi Mischief Resifi'nin Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesi içerisinde yer alan bir cezir yüksekliği olduğuna⁸⁹ ve Filipinler'in rızası olmaksızın yapay olarak değiştirildiğine karar vermiştir. Sonuç olarak, Hakemlik Mahkemesi şu sonuca varmıştır:

Çin, Filipinler'in izni olmaksızın Mischief Resifi'nde tesisler ve yapay adalar inşa etmek suretiyle, Filipinler'in münhasır ekonomik bölgesi ve kıta sahanlığı üzerindeki egemenlik haklarına ilişkin olarak BMDHS'nin 60. ve 80. maddelerini ihlal etmiştir. Hakemlik Mahkemesi ayrıca, bir cezir yüksekliği olarak Mischief Resifi'nin egemenlik tahsisine uygun olmadığını tespit etmiştir⁹⁰.

Dolayısıyla Çin, Filipinler'in kendi münhasır ekonomik bölgesinden münhasır yararlanma hakkını ihlal etmiştir⁹¹. Mischief Reef'in basitçe münhasır ekonomik bölge rejimine dahil olduğunu, teknik olarak buradaki deniz yatağının bir özelliği olduğunu kabul etmek faydalı olurdu. Dolayısıyla, Çin'in cezir yüksekliğini değiştirme eylemleri yeni bir yapay ada yaratılması olarak değerlendirilmektedir. Bu değişimlerin hukuka uygunluğu ise kıyı devletinin rızasına ve yapay adanın inşasının BMDHS 60. madde hükümlerine uygun olmasına bağlıdır⁹². Bunların hiçbiri Çin tarafından karşılanmamıştır.

Ancak şu da bir gerçektir ki Filipinler de Mischief Resifi'nin kendi egemenlik alanı olduğunu iddia edemez, başka herhangi bir devlet de edemez. Egemenli-

⁸⁸ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 355 Hughes Resifi hakkında; McKennan Resifi hakkında bkz. para 352-354; Mischief Resifi hakkında para 374-378; Gaven Resifi (Güney) bkz. para 359-366; ve Subi Resifi bkz. para 367-373.

⁸⁹ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1025.

⁹⁰ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1043.

⁹¹ Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1038.

⁹² Güney Çin Denizi Tahkimi (n 4) para 1037.

ğe tahsise mümkün olmayan bir oluşum olması, hiçbir devletin bunu yapamayaacağı anlamına gelir. Aynı tespitin ihtilafli münhasır ekonomik bölgelerdeki diğer değiştirilmiş cezir yükseklikleri için de yapılması hukuki açıklığa yardımcı olurdu. Hakemlik Mahkemesi tarafından, Mischief Resifi'nin neden BMDHS'nin yapay adalarla ilgili hükümlerinin ayrı ayrı uygulanmasını gerektiren tek oluşum olduğu açıklığa kavuşturulmamıştır. Ayrıca neden sadece Hakemlik Mahkemesi, kararının başlarında Mischief Resifi'nin bir cezir yüksekliği olduğuna karar verirken, daha sonra bunu yapay bir ada olarak değerlendirmiştir? Cezir yüksekliklerine atfedilen ülkesel statü eksikliği ile tutarlı olarak, bu tür oluşumlar bulunduğu deniz bölgesine asimile edilmiş olarak görmek daha doğru olacaktır. Dolayısıyla, bir cezir yüksekliği herhangi bir devletin topraklarının ötesinde yer alıyorsa, bunun yapay olarak değiştirilmesi yeni bir yapay oluşumun yaratılması anlamına gelir. Bu nedenle, Güney Çin Denizi Tahkimi'nde Hakemlik Mahkemesi tarafından, sadece Mischief Resifi'ne değil, dikkate alınması istenen diğer yapay olarak değiştirilmiş cezir yüksekliklerine de BMDHS'nin 60. maddesini uygulamalıydı.

Egemenliğe tahsise elverişli olmayan oluşumlar, doğası gereği herhangi bir deniz bölgesini oluşturamaz ve bunların sınırlandırılmasını etkileyemez. Hukuken, bu oluşumlar yapay olarak değiştirilmiş değildir. Deniz tabanına dahil oluşumlar olmaları, bunların üzerine yapay inşaat yapılmasının doğrudan deniz tabanı üzerine inşaat yapılmasından ayırt edilememesini sağlamaktadır. Bu nedenle, egemenliğe tahsise elverişli olmayan oluşumların yapay olarak değiştirilmesi, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, yapay ada inşa etme eylemi olarak nitelendirilmelidir. Açıkça görüldüğü üzere, bu durum tahsis edilebilen cezir yüksekliklerini, yani kıyı devletinin karasuları içinde kalanları kapsamamaktadır.

V. Deniz Yetki Alanı Temelli Bölgesel Yaklaşımın Uygulanması ve Öneriler

Bu makale tartışmalı deniz hukuku konularına bölgesel bir yaklaşımdan ziyade genel bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu tercihte bulunmanın avantajı, deniz oluşumlarının yapay yaratılması ve değiştirilmesi kavramlarından kaynaklanan bir dizi ilke üretmek olmuştur. Bununla birlikte, deniz hukuku bölgesel yapısı ile karakterize edilmektedir. Açıklığa yardımcı olmak amacıyla, yukarıda belirtilen ilkeler deniz bölgelerine uygulanmaktadır.

İç sularda, oluşumların yapay olarak yaratılması ve değiştirilmesi açıkça mümkündür, ancak bu oluşumlar devletin esas hat rejimini etkilemez. Karasuları içinde yer alan oluşumlar, devletin mutlak egemenliğine tabidir. Kara

suları içindeki yapay adalar, tesisler ve yapılar kendi başlarına bir kara suları oluşturmazlar ve bunların ülkesel kontrolü buldukları yere atfedilebilir. Hak sahipliği açısından, bu tür oluşumlar tarafından yalnızca bir yasak bölge veya güvenli bölge oluşturulabilir.

Kara suları içindeki deniz oluşumlarının yapay olarak değiştirilmesinin devletin hak sahipliğini etkileyip etkilemeyeceği, oluşumun değiştirilmeden önce kendi başına kara suları oluşturup oluşturmadığına bağlıdır. Eğer oluşum kara suları oluşturmaya elverişli değilse ya batık ya da yapay bir oluşumdur, yapay olarak değiştirilmesi yapay ada inşası anlamına gelir. Eğer bu kapasiteye sahipse (ana kara kıyıları, kayalıklar ve kara suları içindeki cezir yükseklikleri), devlet uygulamaları nispeten tutarlı bir yaklaşım sergilemektedir. Bu tür değişiklikler oluşumu yapay hale getirmez ve oluşumun yapay olarak değiştirilmiş kısımları boyunca esas noktaların seçilmesi de dahil olmak üzere devletin esas hattı için konum olarak kullanılmaya devam edilebilir. Ancak, BMDHS madde 121(1)'deki met oluşumlarının doğal olarak meydana gelmiş olması gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, cezir yüksekliklerinin yapay değişikliklerle hukuki kayalara veya adalara dönüşmesi pek olası değildir. Münhasır ekonomik bölge ile kıta sahanlığı içinde ve açık denizlerde, yapay adalar, tesisler ve yapılar sadece en fazla 500 metrelik bir güvenli veya yasak bölgeye sahiptir⁹³. Bu sonuç, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile ilgili olarak BMDHS'nin 60. ve 80. maddeleri tarafından açıkça sağlanmaktadır. Bu nedenle, aynı kuralın açık denizler için de geçerli olduğu sonucuna varmak mantıklıdır. Münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı içerisinde, BMDHS'nin 60. ve 80. maddeleri yapay adaların münhasıran kıyı devleti tarafından kullanılmasını ve kontrol edilmesini öngörmektedir. Diğer devletlerin bu adaları inşa etmesine ancak kıyı devletinin izniyle izin verilebilmektedir. Ancak açık denizlerin hiçbir bölümü münhasır kullanım için tahsis edilemeyeceğinden, yapay adalar egemen topraklar olarak değerlendirilmemelidir. Bunlar kara parçası değildir ve ülkesel bir niteliğe sahip değildir.

Aynı şekilde, cezir yüksekliklerinin buldukları deniz bölgesine asimile edildiği yaklaşımıyla tutarlı olarak, cezir yüksekliklerinin kara sularının ötesindeki alanlarda yapay olarak değiştirilmeleri yapay ada inşasında bir uygulama olarak görülmeli ve bu nedenle egemenlik ile hak sahipliği perspektifinden bu şekilde muamele görmelidir. Cezir yükseklikleri tahsis edilemezler ve dolayısıyla

⁹³ Enver Bozkurt, 'Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı' (2006) 2(5) Uluslararası Hukuk ve Politika 50, 71.

herhangi bir deniz bölgesi oluşturmazlar. Güney Çin Denizi Tahkimi'nde Hakemlik Mahkemesi tarafından benimsenen yaklaşımın doğru olması halinde, doğal olarak oluşmuş olma gerekliliği BMDHS madde 121(3) tespitlerini de tanımlamaktadır. Diğer bir deyişle, kayalar insan yerleşimini veya ekonomik bir yaşamı mümkün kılan yapay değişikliklerle ada haline gelemeler. Ancak ülkesel bir niteliğe sahip oldukları için, kayalara uygulanan rejim yapay adaların ülkesel olmayan niteliğine de aykırı olacaktır.

Stoutenberg'e göre BMDHS, yapay yapıların ülkesel niteliği hakkında daha fazla açıklama yapmaksızın, sadece yapay adaların deniz alanları oluşturma kapasitesini ortadan kaldırmıştır⁹⁴. Bir cezir yüksekliği, sadece bir dereceye kadar insan manipülasyonuna maruz kaldığı için bir kaya ya da ada haline gelemmez. Aynı şekilde, bir kaya da insan müdahalesiyle bir adaya dönüştürülemez. Ancak bu tür oluşumların insan eliyle manipüle edilmesi, onları yapay adalara dönüştürebilir. Bu konu hakkında Okinotorishima adaları (veya kayalıkları) ile de bir karşılaştırma yapılabilir. Japonya çok küçük adaları koruduğunu savunurken; Çin, Japonya'nın inşaat çalışmalarının aslında bir kayalığın etrafında yapay bir ada yarattığını savunmaktadır⁹⁵. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi *M/V Saiga Davası*'nda, münhasır ekonomik bölgede, kıyı devletinin yapay adalar, tesisler ve yapılarla ilgili gümrük kanun ve yönetmeliklerini uygulama yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir⁹⁶. Mahkemenin kararı kıyı devletinin yapay adalar üzerinde etkin kontrolü olduğu anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte, bu ifadeler kıyı devletinin yapay adalar, tesisler ve yapılar için geçerli olan tüm yargı yetkisini, seyrüsefer güvenliği amacıyla güvenlik bölgelerine genişletme hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir.

Saunders'a göre BMDHS'nin yapay adaların toprak olup olmayacağına cevap vermediği göz önüne alındığında, uluslararası hukukun toprak ve toprak mülkiyeti kavramlarına dönmemiz gerekir⁹⁷. Toprak, bir devletin temel işlevlerini yerine getirdiği doğal olarak oluşmuş arazi olarak anlaşılmıştır⁹⁸. Yargıç Alvarez'in, *Korfu Kanalı* davasına ilişkin karşı görüşünde belirttiği üzere, "egemenlikten, bir

⁹⁴ Jenny Stoutenberg, *Disappearing Island States in International Law* (Brill 2015) 172.

⁹⁵ Lilian Yamamoto, 'Vanishing Island States and Sovereignty' (2010) 53 (1) *Ocean & Coastal Management* 1, 5.

⁹⁶ ITLOS, *The M/V 'Saiga' (St. Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Merits, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Reports (1999), 10, para. 127.

⁹⁷ Saunders (n 12) 652.

⁹⁸ Marcelo Kohen, *Territoriality and International Law* (Edward Elgar 2016) 11.

devletin kendi toprakları üzerinde ve ayrıca diğer devletlerle olan ilişkilerinde sahip olduğu haklar ve nitelikler bütünü anlaşılır. Egemenlik devletlere haklar verir ve yükümlülükler yükler. Bu haklar aynı değildir ve uluslararası hukukun her alanında aynı şekilde kullanılmaz. Dört geleneksel alan bulunmaktadır; karasal, denizsel, akarsu ve gösel, bunlara üç yeni alan daha eklenmelidir. Havasal, kutupsal ve yüzen (yüzen adalar). Bu hakların ihlali tüm bu farklı alanlarda eşit ağırlıkta değildir⁹⁹.” Her türlü yapay ada, eğer gerçekten bir devlet tarafından işgal edilmişse veya bir devletin hukuk düzeninin uygulandığı alanı oluşturuyorsa, bir devletin topraklarının parçasını oluşturabilir¹⁰⁰ yorumu hatalıdır. Kara suları üzerindeki egemenliğin kara toprakları üzerindeki egemenliğin bir uzantısı olduğu ve bu nedenle sadece egemen kara topraklarının kara suları oluşturabileceği unutulmamalıdır. Yapay tesisler ve adalar tarihsel olarak hiçbir zaman adalara benzetilmemiştir ve toprak olarak nitelendirilemezler. Yapay adalar, gemilerin yapabileceğinden daha fazla ülkesel devletlerin temelini oluşturamaz¹⁰¹. Yapay bir ada, ada statüsüne sahip değildir ve kara suları yoktur¹⁰². Adaların statüsü ifadesi sadece BMDHS madde 60, 147 ve 259’da yer almaktadır. BMDHS’ndeki adaların statüsü, özellikle madde 7 düz esas hatlar ve madde 47 düz takımada esas hatları gibi bir adanın denizcilik hakları ve yetkileri üzerinde etkileri olduğu durumlar bakımından, adalara atıfta bulunulan tüm durumları kapsayacak kadar geniştir. Yapay bir adanın kara sularına sahip olmaması, sadece madde 121(1)’deki bir adadan değil, aynı zamanda bir kayanın kara suları hakkına sahip olduğu madde 121(3)’teki bir kayadan da farkını açıkça ortaya koymaktadır. Oluşum yapay ada olarak adlandırılrsa da, hukuki bir adanın temel özelliklerinden bazılarını sahip değildir. Bu durum sadece deniz hukukunu değil, aynı zamanda uluslararası hukuk kapsamındaki genel toprak niteliklerinin birçoğunu da kapsamaktadır¹⁰³. Toprak doğal olarak oluşmalıdır ve istikrar şartı sağlanmalıdır. İstikrar şartı iki boyuta sahiptir. Kavramsal istikrar sınırların ve toprakla olan bağların kalıcılığını, fiziksel istikrar ise toprağın kalıcılığı ve jeolojik yapısını kapsar. Bu gerekçeler ile yapay adalar toprak olarak nitelendirilemezler.

⁹⁹ Corfu Channel (Albania v. U.K.), Judgment, 1949 I.C.J. Rep. 4, 43 (Apr. 9) (Alvarez, J.’nin karşı görüşü.).

¹⁰⁰ Saunders (n 12) 654.

¹⁰¹ James Crawford, ‘Islands as Sovereign Nations’ (1989) 38(2) International & Comparative Law Quarterly 277, 279.

¹⁰² Alexander Proelss, *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (CH Beck 2017) 479.

¹⁰³ Donald Rothwell, *Islands and International Law* (Hart Publishing 2022) 26.

Dünyanın pek çok yerinde, devletlerin gizli sığıklar üzerindeki yapılar vasıtasıyla yeni su alanlarını kendilerine mal etmelerine izin vermek tehlikeli bir doktrin olacaktır¹⁰⁴. Öte yandan, dip tarama faaliyetlerinin ya da benzerlerinin kalıcı bir kara parçasının oluşumuyla sonuçlandığı durumlarda, devletin kıyılarının ve kara sularının buna uygun olarak genişletildiği kabul edilmelidir. Doğanın işleyişiyle deniz kıyısındaki araziye yapılan eklemeler gibi yığılma yoluyla kazanılan topraklar, gerçekten de devletin ek arazi üzerindeki egemenliğinin doğrudan bir sonucu olarak kazanılmaktadır¹⁰⁵. Buradaki kilit soru, yığılma doğanın işleyişiyle değil de insan müdahalesiyle gerçekleştiğinde bu gerekçelerin nasıl uygulanacağıdır. Bu makaledeki argüman yapay adaların, adalarla tamamen özdeşleştirilmesinin uygun olmayacağı yönündedir. Adalar, BMDHS tarafından kara suları ve normalde kara ülkesinden kaynaklanan diğer deniz yetki alanları bakımından sınırlandırılmış olduğundan, yapay adalar uluslararası hukukta kara ülkesinin bir parçası olarak kabul edilmeyeceklerdir.

Katar/Bahreyn davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın "eşit uzaklık çizgisinin oluşturulması amacıyla cezir yüksekliklerinin dikkate alınmaması gerektiği¹⁰⁶" sonucuna varması nedeniyle yapay bir ada, toprak olarak kabul edilse bile, eşit uzaklık çizgilerinin oluşturulmasını etkileyemez. Dolayısıyla, böyle bir amacın yokluğunda, bu karardan yapay adaların karasal statüsünün bulunmadığına ilişkin sonuca ulaşılabilir.

Devlet topraklarının yeryüzünün bir bölümünden veya kara topraklarından oluşması, yalnızca yeryüzünün doğal bir şekilde meydana gelen bölümlerinin devlet toprakları olarak kabul edilebileceği sonucuna götürür. Eski uçaksavar platformunun beton sütunlarla deniz tabanına sıkıca bağlanmasıyla oluşturulan Sealand Dükaliği gibi insan yapımı yapay bir platform, dünya küresinin bir parçasını oluşturmadığı için ne dünya yüzeyinin bir parçası ne de kara ülkesi olarak adlandırılır¹⁰⁷. Aksine, dünya yüzeyi ve kara ülkesi terimleri, yalnızca dünya yüzeyinin belirli bir parçasını kullanan yapıların uluslararası hukuk anlamında devlet toprağı olarak kabul edilebileceğini göstermektedir. Uluslararası hukuk,

¹⁰⁴ Philip Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (G. A. Jennings Co. Inc. 1970) 69.

¹⁰⁵ Malcolm Shaw, 'Territory in International Law' (1982) 13(1) *Netherlands Yearbook of International Law* 61, 80.

¹⁰⁶ *Katar v. Bahreyn* (n 2) para 103.

¹⁰⁷ *Duchy of Sealand*, Case No. 9 K 2565/77, 80 I.L.R. 683, 684 (May 3, 1978).

tamamen insan yapımı yapıların toprak teşkil etmesine izin vermemektedir¹⁰⁸. Bu bağlamda Horn, yalnızca devletlerin daha önce kendi kontrollerinde olmayan topraklar üzerinde işgal yoluyla egemenlik kazanabileceğini savunmuştur¹⁰⁹. Mevcut devlet uygulamaları da bunu desteklemektedir. Sealand örneğinde olduğu gibi yapay bir yapı üzerinde bir kişi tarafından yapılan hiçbir hak talebi meşru kabul edilmemiştir. Yapay bir ada üzerindeki toprak talebi bir devlet tarafından yapıldığında da meşruiyet kazanmayacaktır.

BMDHS'nin işleyişi, yapay adaların toprak olarak kabul edilseler bile kara sularına sahip olamayacağı anlamına gelmektedir. Zararsız geçiş doktrini kara sularından geçişle sınırlıdır. Bu nedenle, kara suları olmayan yapay bir ada için zararsız geçişin gözetilmesi gerekmeyecektir. Dolayısıyla seyrüsefer serbestisi, yapay adaların toprak olarak kabulüyle tutarsız olacaktır. Bununla birlikte, BMDHS yapay adalar üzerinde münhasır uçuş hakkını, deniz bölgelerinin oluşturulmasının kaldırıldığı şekilde kaldırmasa da, münhasır ekonomik bölge ve açık denizler üzerinde uçuşa izin vermektedir¹¹⁰. Bu nedenle, doğrudan bir uçuş yapay bir adanın kara suları statüsüne meydan okuma değildir¹¹¹.

Yapay adalara toprak muamelesi yapmak, Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki eylemlerini meşrulaştıracaktır. Daha genel olarak, bu yaklaşım devletlerin toprak varlıklarını arttırmak için pervasızca yapay adalar inşa ettikleri bir geleceğe bizi yönlendirecektir. Başka bir devletin münhasır ekonomik bölgesinde bulunan veya uluslararası çevre hukuku ihlal edilerek inşa edilen yapay adalar için, işgalleri uluslararası toplum tarafından meşrulaştırılmadığı sürece, inşa eden devlet toprak üzerinde hak sahibi olamaz. Açık denizde inşa edilen yapay adalar *res nullius* olacağından herhangi bir devlet tarafından hak talep edilemez. Yapay adanın işgalinin uzun vadeli statüsü, uluslararası toplumun işgale vereceği tepkiye bağlı olacaktır. Ada inşasının başlangıçtaki yanlışlığına bakılmaksızın, bu tür ilk hukuka aykırı toprak işgali, diğer devletler ve uluslararası örgütler tarafından tanınarak yasal işgale dönüştürülebilir. Bu nedenle, devletlerin yapay adaların hukuka aykırı işgalini meşrulaştırmak istememeleri halinde, tanımama

¹⁰⁸ Derek Wong, 'Sovereignty Sunk? The Position of Sinking States at International Law' (2013) 14 (2) Melbourne Journal of International Law 346, 384.

¹⁰⁹ Lawrence Horn, 'To be or not to be: The Republic of Minerva-Nation Founding by Individuals' (1973) 12 (1) Columbia Journal of Transnational Law 520, 521.

¹¹⁰ BMDHS, madde 58(1).

¹¹¹ Henri Wassenbergh, 'The Status and Use of an Airport on an Artificial Island' (1999) 24 (4) Air and Space Law 177, 180.

rejimi hayati önem taşımaktadır. Özellikle, devletler yapay adayı işgal eden devletin o toprakla ilgili hak ve yükümlülükler yaratma konusunda yasal yetkiye sahip olmadığı konusunda ısrarcı olmalıdır¹¹².

Yapay adalar açısından iklim değişikliği nedeniyle su altında kalan toprak kavramı da tartışmaya değerdir. Eğer bir ada tamamen sular altında kalırsa, uluslararası hukuk onu sular altında kalmamış bir ada olarak görmeye devam etmeyecektir. İnsan kaynaklı iklim değişikliğinin müdahalesinden önce, adanın doğal durumu uluslararası hukuktaki sabit ve değişmez statüsünü belirleyecektir. Yapay adalar, tıpkı sular altında kalan adalar gibi mevcut durumlarına göre değil, doğal durumlarına göre değerlendirilmelidir. Burada kalıcılık faktörü devreye girecektir. Yapay bir adanın nasıl oluşturulduğu, cezir yüksekliklerinin dönüşümünün ne kadar kalıcı olduğu belirleyici olacaktır. Böylece, bir adayı neyin oluşturduğuna dair hukuki sınırlar olduğu açıktır ve yapay bir adanın BMDHS madde 121 kapsamına girmediği kabul edilmiştir. Buna göre, yapay adalar rejimini deniz bölgeleri ve dolaylı olarak devlet olma hakkını içerecek şekilde genişletmenin tek yolu BMDHS'nde yeni bir kural getirmek olacaktır. İklim değişikliği nedeniyle sular altında kalan devletlerin durumuyla analogi yaparak, yapay adalar yüzen devletler, karasal egemenlikten deniz egemenliğine egemenliğin dönüşümü metotlarıyla değerlendirilebilir¹¹³. BMDHS, yapay adaların deniz alanları oluşturma kabiliyetini kısıtlamaktadır, bu nedenle yapay adaların karasal statüsünü etkilemektedir.

Yapay adaların yapay yığılma ile yaratılmış topraklar olduğunu kabul eden görüşe göre, bu topraklar üzerindeki mülkiyet sorunu yerleşik uluslararası hukuk doktrinleri olan etkin işgal ve sessiz kalarak razı olmaya dayanmaktadır. Bu kategorizasyon, bir devletin kara suları içindeki yapay adaların neden o devletin ülkesi olarak kabul edildiğini açıklar. Devletin kendisi ada üzerinde etkin bir işgal uygular ve devlet uygulamaları uluslararası toplumun bu unvanı kabul ettiğini gösterir¹¹⁴. BMDHS hem kıyısı olan hem de olmayan devletlerin kendi

¹¹² Enrico Milano, *Unlawful Territorial Situations in International Law* (Brill 2006) 190.

¹¹³ Andrea Caligiuri, 'Sinking States: The Statehood Dilemma in the Face of Sea-Level Rise' (2022) 91 (1) *Questions of International Law* 23, 30.

¹¹⁴ Saunders (n 12) 678. Rızanın etkisi *res communis* olarak kabul edilen topraklara ve *res nullius* olarak kabul edilen topraklara uygulandığında değişmektedir. *Res nullius*, hukuken devletler tarafından kazanılmaya müsait ancak henüz toprak egemenliği altına alınmamış bir alandan oluşurken; *res communis*, insanlığın ortak mirası olan ve kazanılması mümkün olmayan alanlardır. Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2015) 155.

kara suları veya açık denizleri içerisinde yapay adalar inşa etmelerine izin vermektedir. Ancak uluslararası hukuk, bu tür yapay adaların ana devletlerinin yetki alanı dışında yeni bir devlet veya egemen varlık olarak kabul edilmesini yasaklamaktadır¹¹⁵. BMDHS ayrıca, bir takımada devletinin ayrılmaz bir parçası olmayan ve *terra nullius* kapsamında olduğu iddia edilen yapay adalar da dahil olmak üzere adaların kullanımını kısıtlar ve düzenler. İster doğal ister yapay olsun, *terra nullius* iddiaları yoluyla adalardan yeni bir devlet kurulması yasaktır¹¹⁶. *Terra nullius* ilkesinin uygulanmasına ilişkin her türlü iddia, mevcut uluslararası hukuk düzenlemeleri bağlamında değerlendirilmelidir¹¹⁷.

Hakemlik Mahkemesi tarafından varılan sonuçlar, özellikle münhasır ekonomik bölge dışında yapay ada inşası konusundaki belirsizlikler ile ilgili olarak BMDHS'ndeki zayıflıkları ortaya koymaktadır. Bu soruna ihtiyatlı bir çözüm olarak BMDHS'nde yapılacak bir değişiklikte taraf devletlerin tartışmasız bir şekilde kendi münhasır ekonomik bölgeleri içinde kalan deniz alanları dışında herhangi bir yerde yapay ada inşa etmeleri ya da bu adaların bakımını yapmaları yasaklanmalıdır¹¹⁸. Çin, Hakemlik Mahkemesi kararını kabul etmekte isteksiz görünmektedir, dolayısıyla BMDHS'nde yapılacak bir reformun Güney Çin Denizi'nde Çin'in dahil olduğu deniz ihtilaflarını düzeltmesi pek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, hukukun açıklığa kavuşturulması, gelecekte yapay adalarla ilgili benzer anlaşmazlıklar ortaya çıktığında şüphesiz uluslararası topluma fayda sağlayacaktır.

Yaygın gelişmeler yaşanmadan önce yapay adaların sınıflandırılmasına ilişkin belirsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Yapay adaların hukuki statüsü, çok çeşitli tasarımlar, konumlar ve kullanımlar nedeniyle karmaşıktır. Yapay adalar için her şeyi kapsayan bir tanımın, yeterince formüle edilmediği takdirde kendi içinde daha fazla hukuki sorun yaratabilecek bir görev olduğu kabul edilmekle birlikte, en azından pratik düzeydeki işlevleri ışığında yapay adaların çeşitliliğini dikkate alan yeni bir rejim oluşturulması uygun olacaktır.

¹¹⁵ BMDHS, madde 87(d).

¹¹⁶ BMDHS, madde 46.

¹¹⁷ Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (CUP 2004) 67.

¹¹⁸ Adam Kohl, 'China's Artificial Island Building Campaign in the South China Sea: Implications for the Reform of the United Nations Convention on the Law of the Sea' (2018) 122 (3) *Dickinson Law Review* 917, 936.

Evrensel bir tanıma sahip olmak zor görünse de, mobil platformların bazı amaçlar için gemi olarak kabul edilip diğerleri için edilmemesi de kafa karışıklığına yol açabilir. Bu durumda, yeni bir gemi türü ortaya çıktığı için tanımın genişletilmesi gerekip gerekmediğine ya da yeni nesnenin basitçe bir gemi olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. İlk yaklaşımın benimsenmesi, ya önceki tanımın yetersiz olduğu ya da değiştirilmesi gerektiği kararını içerebilir. Alternatif bir yaklaşım, bir sınırlandırma girişiminden vazgeçmek ve yapay adaları *sui generis*, kendi başlarına bir kategori olarak kabul etmek olacaktır¹¹⁹.

Geleneksel tanımlar değişmeyen tek bir işlev varsayarken, yapay adalar amaca göre değişen işlevsel bir yaklaşım ışığında değerlendirilmelidir. Başlangıçta, geleneksel gemi, deniz aracı, yapılar ve tesisler tanımlarının uygulanmasına dayalı bir formülasyona gidilmesi önerilebilir. Ancak, bu yapılar bir kez kurulduktan sonra, işlevlerine göre zaman içinde yapay yapıların farklı karakterleri ortaya çıkacaktır. Sözü edilen yapıların birçoğunun önümüzdeki birkaç yıl içerisinde faaliyete geçmesi gerekse de, bunların ortak ihtiyaç haline gelmesi ve herkes tarafından tanınması zaman alacaktır.

Öncelikle yapının doğasını hareketli ya da sabit olarak ayırmanın gerekli olduğu açıktır. Tasarım ve inşaatın yanı sıra her bir yapının işlevsel amacı da hukuki olarak hesaba katılmalıdır. Bunun nedeni, her bir işlevin farklı hukuki standartlar gerektirecek olmasıdır. Ancak o zaman uygun bir tanım formüle edilebilir.

Yapay adalar için uygun bir hukuki tanıma sahip olmanın önemi doğrultusunda hareketli platformlar ve sabit platformlar terimlerinin kullanılmasını önerilebilir¹²⁰. Hareketli platformlar, kendi güçleriyle ya da çekilerek denizlerde hareket edebilen ve normal çalışma şekli hareket halindeyken gerçekleşen

¹¹⁹ Florian Wegelein, *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and other Platforms in International Law* (Publications on Ocean Development 2005) 121-135. BMDHS gemi terimine ilişkin herhangi bir niteleme yapmadığından, ulusal mevzuat kapsamında neyin gemi olarak nitelendirileceğine ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi ilgili Devlete bırakılmıştır. Wegelein, BMDHS kapsamında belirtilen farklı gemi türlerini ve bunların işlevlerine göre nasıl farklılaştıklarını inceleme görevini üstlenmiştir. Farklı kategoriler arasında araştırma gemileri, savaş gemileri, balıkçı gemileri, ticaret gemileri ve devlet gemileri bulunmaktadır. Belirli bir işleve sahip belirli bir geminin ancak araştırma ile ilgili olması halinde araştırma gemisi olarak adlandırılabilceği, ancak aynı zamanda araştırma görevini üstlenmesi bile her zaman bir gemi olduğu belirtilmektedir.

¹²⁰ Esmali Hossein, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law* (Dartmouth Publications 2001) 22.

yapıları içerir. Sabit platformlar, normal çalışma düzeninde deniz tabanına kalıcı veya geçici olarak sabitlenebilen yapıları içerir. BMDHS tarafından yapay adalarla ilgili olarak kullanılan birbirinin yerine kullanılabilen terimler listesi, karşıklığı önlemek amacıyla hareketli platformlar ve sabit platformlar gibi kapsayıcı terimlerle değiştirilmelidir.

Hareketli ve sabit platformların genel nitelikleri belirlendikten sonra, platformların özel işleyişine ilişkin daha fazla ayırım yapılması yerinde olacaktır. Platformlar; enerji platformları, konut ve rekreasyon platformları, endüstriyel platformlar şeklinde kategorilere göre çeşitlendirilebilir. Ayrıca, her bir kategori ile ilgili faaliyetler ayrı ayrı göz önünde bulundurulurken, her bir kategori ile ilgili bir düzenleme oluşturulması tavsiye edilmektedir. Düzenlemelerin kapsamı arasında güvenlik, çevrenin korunması ve izin verilen genel çalışma şekli konuları yer almaktadır. Doğal adalar tanımıyla ilgili olarak, tanımın şu kelimelerle nitelendirilmesi tavsiye edilebilir: Met zamanı su üzerinde olma niteliğini kaybetmiş adalar, doğal ada statülerini yeniden tesis edecek ölçüde yapay çalışmalarla desteklendikleri durumlarda bile ada statülerini korurlar.

Mobil nitelikteki yapay yapıların gemi olarak değerlendirilmesi, bu tür yapıların düzenlenmesine etkin bir şekilde izin verilmesi sonucunu doğuracaktır¹²¹. Ayrıca, eğer yapay adalar, en azından mobil nitelikte olanlar, gemi olarak kabul edilirse, diğer hakların yanı sıra, zararsız geçiş ve münhasır bayrak devleti yargı yetkisi hakkına sahip olacaklardır. Gemilerin konuşlandırılması, tescili, işaretleri ve sinyalleri ile ilgili kurallar amaca göre belirlenmeli ve yapay adalara/tesislere uygulanabilir hale getirilmelidir. Bu asimilasyon sürecinin devletler tarafından pratik amaçlarla farklı düzeylerde ele alındığı görülmektedir. Ancak, eğer yüzer platformlar gemi gibi muamele görecektir olsalardı, sadece seyir halindeyken düzenlemeye tabi olurlardı ancak bunun dışında tasarlandıkları çalışma şekline göre düzenlemeye tabi olmaları gerekirdi. Ayrıca, uluslararası hukuk kapsamında gemi olarak nitelendirilmeyen tesisler ve diğer yüzer cihazlarla ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Açık denizlerde, her bir devletin vatandaşları ve malları üzerindeki kişisel yargı yetkisinin genişletilmesiyle yasal bir düzen sağlanmış olsa da, bu yaklaşım pratikte uygulama için son derece yetersizdir çünkü devletin seçiminin belirleyici faktör olduğu bir durum söz konusudur. Bu durum düzenlenmeden bırakılırsa, farklı devletler benzer olayları farklı şekillerde ele alacaktır.

¹²¹ John Kindt, 'Floating Nuclear Power Plants: US and International Regulations' (1983) 7(2) Marine Policy 90, 97.

Örneğin, yüzen bir platform belirli bir devlet tarafından gemi olarak tescil edilebilirken, başka bir devlet benzer bir platformun işletilmesini uluslararası hukukun yargı yetkisi ilkelerinin uygulanmasına tabi olarak değerlendirebilir. Bir başka sorun da kendi kendine yeten bir tesisin gemi olarak tescil edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Tesise bir dereceye kadar münhasırlık tanınır ve bir gemiye tanınan avantajlar uygulanır ise böyle bir durumda, açık denizde uyrukluğa bağlı bulunmayan kişi ya da mallara karşı harekete geçen bir devlet uluslararası hukuku ihlal etmiş sayılır. Bu nedenle, farklı türdeki tesisler ve yapay adalarla ilgili olarak uygulanacak hukuku açıkça belirleyen bir anlaşma tavsiye edilmektedir. Yapay adalar için her olasılığı kapsayan bir hukuk sistemi, bunların ayrı işlevlerine giren konuları düzenlemelidir. Bu hususun, yapay adaların ve açık deniz tesislerinin işletilmesi ve kullanılmasında çeşitli devletlerin yer alabileceği gerçeği ışığında ele alınması gerekmektedir.

Kalıcılık meselesi, yapay adalarla ilgili bir diğer farklı problem ortaya koymaktadır. Bir geminin transit geçiş sırasında açık denizlerin belirli bir bölgesinde geçici bir süre için bulunması muhtemelen, genellikle on yıllarla hesaplanan nispeten uzun bir süre için belirli bir yere kurulan yapay adalar için durum böyle değildir.

Açık denizlerde yapay adaların işletilmesindeki münhasırlık derecesi, açık denizlerin diğer devletler tarafından kullanımının sınırlandırılmasına karşı doğrudan bir koruma sağlayacak şekilde zaman ve amaçla sınırlandırılmalıdır. Bu husus, özellikle denizlerin gelecekteki kullanımlarının korunması göz önünde bulundurulduğunda önem arz etmektedir.

Açık denizlerin serbestliği ilkesi katı ve değişmez bir ilke olarak değil, değişen koşullara uyum sağlayabilen bir uluslararası yönetim ve düzenleme biçimi olarak var olabilir¹²². Açık denizlerin doğasının net bir şekilde yeniden tanımlanması ve kendi hakları çerçevesinde sınırlar ortaya koyması elzemdir. Ayrıca, daha önce de belirtildiği üzere, uluslararası hukuktaki serbesti kavramı açık denizlerin gelecekteki kullanımlarıyla ilişkilendirilmelidir.

Deniz saha planlamasının sunduğu sistem, denizlerin herkes için ortak olan çıkarlarını koruyabildiğinden, açık denizlerle ilgili olarak kullanım için idealdir. Tüm devletlerin kendi kara sularında böyle bir program yürütmesi daha da

¹²² Yong Wang, 'Reasonable Restrictions on Freedom of High Seas by Marine Protected Areas on the High Seas: An Empirical Research' (2019) 12 (2) Journal of East Asia and International Law 245, 268.

anamlı olacaktır¹²³. Deniz saha planlama ilkeleri doğrultusunda, deniz taşımacılığı için önem arz etmeyen alanlarda yapay adalar yasaklanmamalıdır. Aynı düzeyde, tanınmış uluslararası deniz yollarının yapay adalar tarafından engellenmesi öncelikle bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Diğer özgürlükler de kendi değerlerine göre eşit olarak değerlendirilmelidir. Bu sistem katı olmamalı ve iyi işleyebilmesi için esnek hukuki standartlarla şekillendirilmesi gereken bir sistemdir. Ancak o zaman, denizlerin kullanımlarının işlevine yardımcı olacak uzlaşmaya ve derinlemesine değerlendirmeye varılabilir.

Gerekli değerlendirme ve çıkar dengesi gibi muğlak kavramlar BMDHS'nin kapsamından tamamen çıkarılmalı ve deniz saha planlamasının operasyonel mekanizması ile ikame edilmelidir¹²⁴. Deniz saha planlamasının kapsamı, ilgili farklı çıkarları göz önünde bulundurarak çatışmaları çözmektir.

Yapay adalardan ve ortaya çıkan anlaşmazlıkların çözümünden sorumlu uluslararası bir organın oluşturulması tavsiye edilebilir, zira Deniz Yatağı Otoritesi sadece açık denizlerin deniz yatağındaki faaliyetlerine ilişkin olarak tesisleri düzenlemektedir¹²⁵. Tesislerin yüzen nükleer santral, güneş adaları ve enerji adaları gibi kavramları içerip içermediği hala net olmadığından, tüm konuları kapsayıcı bir şekilde ele alan uluslararası bir organın oluşturulması uygun olacaktır. Bu nedenle açık denizleri ve bu denizlerin kullanımına ilişkin tüm faaliyetleri düzenleyen ayrı bir otorite tavsiye edilebilir. Bu uluslararası otoritenin, deniz saha planlama sistemi aracılığıyla çatışmaların pratik bir şekilde çözülmesi ilkesi üzerine kurulması doğru olacaktır.

Kaynaklar tanımı açık deniz yüzeyinde işletilen potansiyel yenilenebilir enerji kaynaklarını da kapsayacak şekilde genişletilebilir. Bu sayede, insanlığın ortak mirası ilkesi, açık denizlerin yüzeyinde işletilebilen kaynakları da kapsayacak şekilde genişletilebilir ve böylece yenilenebilir enerji biçimleri aracılığıyla tüm devletlerin yararına kullanılabilir¹²⁶. Açık denizlerin kullanımının, açık deniz-

¹²³ Nieuwenhout (n 29) 51.

¹²⁴ Jan Solski, 'The Due Regard of Article 234 of UNCLOS: Lessons From Regulating Innocent Passage in the Territorial Sea' (2021) 52 (4) *Ocean Development & International Law* 398, 401. Çıkar dengesi tarafsız devletlerin hak ve yükümlülüklerini dengelemek için kullanılmaktadır.

¹²⁵ Alberto Pecoraro, 'The Regulatory Powers of the International Seabed Authority: Security of Tenure and Its Limits' (2022) 53 (4) *Ocean Development & International Law* 377, 378.

¹²⁶ Andrew Pullar, 'Fisheries, Forests and the Common Heritage of Mankind' (2014) 11(1) *Public Interest Law Journal of New Zealand* 5, 7.

lerin belirli bir bölgesindeki bir grup devlete ait olduğu kabul edilirse, belirli bir devlet tarafından tahsis veya münhasırlık söz konusu olmayacaktır.

Yapay yapıların yerleştirilmesine ilişkin çevresel kaygılar, denizlerin çatışan kullanımları göz önünde bulundurulurken öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, enerji platformları konuşlandırılacağı zaman, faaliyet gösterecekleri yerin, enerjiden tam olarak faydalanabilecekleri bir yer olması tavsiye edilmektedir. Örnek olarak, güneş adaları güneş radyasyonunun çok yoğun olduğu ekvator yakınlarında konuşlandırılacak ve bu kaynaktan faydalanma potansiyeli tam olacaktır. Bu alan tahsisi, deniz saha planlama mekanizması tarafından yeterince sağlanmaktadır. Açık denizlerin çatışan kullanımları sorununu çözenin en iyi yolu, uluslararası teamül hukukunun muğlaklıklarının ve genel kurallarının, yapay adaların hukuki sistemine ve denizin çatışan kullanımlarının uzlaştırılmasına ilişkin daha kesin ve belirli kurallara dönüştürüleceği bir sistemle sonuçlanacak çok taraflı bir yaklaşım olacaktır.

Uluslararası hukukta yapay adalar ve tesisler uluslararası toplumun dikkatini gerektiren bir konudur. İncelenen tüm hukuki hususların kapsamlı bir şekilde ele alınması ve uluslararası bir sisteme dahil edilmesi yerinde olacaktır. Böyle bir sistemin oluşturulması, özellikle BMDHS'nin en son 1994 yılında değiştirilmesinden bu yana uygun olacaktır.

Sonuç

Devletler artık, en azından ölçek, hız ve hırs açısından, 1982 tarihli BMDHS'ni hazırlayanlar tarafından öngörülenin ötesinde şeyler yapma kapasitesine sahiptir. Devletlerin deniz oluşumlarını değiştirme ve inşa etme kabiliyetleri artık oldukça şaşırtıcıdır. Bu durum Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki faaliyetlerinden daha belirgin anlaşılmaktadır.

Hukukun bu alanında bir netlik eksikliği söz konusudur. Bununla birlikte, mevcut hukuk sistemi ve BMDHS'ndeki hükümler hala rehberlik sağlamaktadır. Ancak bunların tanımlanması ve daha fazla ön plana çıkarılması gerekmektedir. Bu ilkelerin ne olduğu konusunda devletler arasında henüz bir uzlaşma yoktur. Temelde bu durum, bir deniz oluşumunun egemenlik tahsisine elverişli olup olmadığına incelenmesini içerir. Bu temel ayrımın kabul edilmesi gerekmektedir. Nihayetinde, bu temel ayrımın yapılabilmesi bir deniz oluşumu üzerinde gerçekleşebilecek devlet eyleminin niteliğini belirler. Gerçekten de, bir oluşumun deniz yatağı alanına ait olup olmadığı ve dolayısıyla değiştirilmesinin yapay ada inşasında bir egzersiz olarak ele alınıp alınmayacağı, deniz oluşumunun

egemenlik tahsisine elverişliliğine göre belirlenecektir. Yapılacak temel ayırım bir deniz oluşumunun değiştirilmesinin hukuki etkiye sahip olup olamayacağını da belirleyecektir. Genel uluslararası kamu hukuku kavramları olan sahiplenme, egemenlik ve devlet eylemlerinin hukukiliği kavramlarına yeniden odaklanarak ve bu kavramları deniz hukuku meselesine uygulayarak daha net bir yaklaşım elde edilebilir.

Yapay adalar, 2000'li yıllardan bu yana devlet uygulamalarındaki artış ve Güney Çin Denizi hakkında Hakemlik Mahkemesi kararı nedeniyle uluslararası hukukta daha fazla önem kazanmıştır. Yapay adalara ilişkin hukuk sisteminin temel esasları, BMDHS aracılığıyla hukukta meydana gelen ilerlemelerin bir sonucu olarak yerleşmiştir. Bir sahildar devlet kendi iç sularında, takımada sularında ve kara sularında yapay adalar inşa etme konusunda açık bir hakka sahiptir. Bu hak, sahildar devletin bu sular üzerinde sahip olduğu egemenlikle tamamen tutarlıdır. Aynı şekilde, sahildar devlet münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı içerisinde, kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesine uzanan alanlar da dâhil olmak üzere, yapay adalar inşa edebilir. Ayrıca, sadece sahildar devletler değil, tüm devletler açık denizlerde yapay adalar inşa etme hakkına sahiptir.

BMDHS yapay adaların çeşitli ortamlarda inşa edilebileceğini açıkça belirtse de, Güney Çin Denizi'nin de açıkça ortaya koyduğu gibi, en önemlisi inşaatın yalnızca ilgili deniz bölgesi üzerinde hak sahibi olan sahildar devlet tarafından üstlenilebilmesi olan önemli kısıtlamalar vardır. Hakemlik Mahkemesi kararı, sahildar devletin hakkını ihlal ederek yapay bir ada inşa etmenin, inşa eden devlete haklar kazandırmayacağını da göstermektedir. Yapay bir adanın hukuken ada ile aynı haklara sahip olmadığını açıkça ortaya koyan BMDHS madde 60 ve 80 kısıtlamalarına ek olarak, Güney Çin Denizi kararı BMDHS Bölüm XII çerçevesinde denizde çevresel tedbirlerinin uygulanmasını da vurgulamıştır. Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki davranışlarının da vurguladığı gibi, yapay bir adanın inşası önemli bir endüstriyel faaliyet olabilir ve ilgili deniz çevresine telafisi mümkün olmayan zarar ile hasar verebilir. Bu tür bir davranış, herhangi bir devlet için BMDHS kapsamında denize ilişkin çevresel yükümlülüklerini ve uluslararası çevre hukuku kapsamında potansiyel olarak farklı yükümlülükleri tetikleyecektir.

Arazi ıslahı ve yapay ada inşasına ilişkin olarak devlet uygulamalarında, BMDHS'nde ve uluslararası mahkeme ile hakem kararlarında bazı gri alanlar bulunmaktadır. Her iki faaliyet de deniz çevresini koruma yükümlülüklerine ve standartlarına tabi olmakla birlikte, meşru bir arazi ıslahı eyleminin ne zaman

yapay ada inşasına dönüşeceği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Arazi ıslahı geleneksel olarak kıyıya yakın iç sularda, takımada sularında veya kara sularında gerçekleşir. Çin'in Güney Çin Denizi'ndeki faaliyetlerinin Filipinler münhasır ekonomik bölgesinde gerçekleştiğinin tespit edilmiş olması, davanın benzersiz bir boyutunu oluşturmaktadır. Ancak bu kritik boyut, Hakemlik Mahkemesinin ilgili tüm resif oluşumlarının cezir yükseklikleri olduğu ve egemenlik tahsisine uygun ada veya kayalıklar olmadığı yönündeki kararına dayanmaktadır. Bu nedenle Güney Çin Denizi'ndeki arazi ıslahı uygulaması istisnai bir durumdur ve bu bölgedeki diğer toprak ile deniz ihtilaflarının arka planında görülmelidir.

Kaynakça

- Bantz V, 'Sea-Level Rise and Coastal States' Maritime Entitlements: A Cautious Approach' (2020) 7(1) *The Journal of Territorial and Maritime Studies* 86-110.
- Bayilloğlu U, 'Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması' (2017) 130 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 419-456.
- Benita Viola, 'The Legality of Denmark's Artificial Island (Lynetteholm) in International Law of the Sea' (2022) 5(2) *Padjadjaran Journal of International Law* 188-205.
- Bowett D, *The Legal Regime of Islands in International Law* (Oceana Publications 1979).
- Bozkurt E, 'Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı' (2006) 2(5) *Uluslararası Hukuk ve Politika* 50-74.
- Briscoe J, 'The Use of Islands in International Maritime Boundary Delimitation' in Dorinda Dallmeyer and Louis DeVorse (eds), *Rights to Oceanic Resources: Deciding and Drawing Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff 1987).
- Caligiuri A, 'Sinking States: The Statehood Dilemma in the Face of Sea-level Rise' (2022) 91(1) *Questions of International Law* 23-37.
- Charney J, 'Rocks That Cannot Sustain Human Habitation' (1999) 93(4) *American Journal of International Law* 863-878.
- Charter of the United Nations, adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945.
- Chee S, Othman A, Sim Y, Adam A, Firth L, 'Land Reclamation and Artificial Islands: Walking the Tightrope between Development and Conservation' (2017) 12(1) *Global Ecology and Conservation* 80-95.
- Chen Y, 'South China Sea Tension on Fire: China's Recent Moves on Building Artificial Islands in Troubled Waters and their Implications on Maritime Law' (2015) 13(1) *Maritime Safety and Security Law Journal* 1-2.
- Corfu Channel (Albania v. U.K.), Judgment, 1949 I.C.J. Rep. 4, 43 (Apr. 9).
- Crawford J, 'Islands as Sovereign Nations' (1989) 38(2) *International & Comparative Law Quarterly* 277-298.
- Çamyamaç A, 'Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku' (2017) 82(1) *İzmir Barosu Dergisi* 79-175.
- , 'Yapay Adalar Üzerine Hayaller: Açık Denizlerde Yeni Devlet Projeleri' (2018) 17(1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 171-220.
- Davenport T, 'Island-Building in the South China Sea: Legality and Limits' (2018) 8(1) *Asian Journal of International Law* 76-90.
- Derrig R, 'Was Rockall Conquered? An Application of the Law of Territory to a Rock in the North Atlantic Ocean' (2019) 14(1) *Irish Yearbook of International Law* 55-70.

- Duchy of Sealand, Case No. 9 K 2565/77, 80 I.L.R. 683, 684 (May 3, 1978).
- Evans M, *Islands, Law and Context the Treatment of Islands in International Law* (Elgar International Law Series 2023).
- Fakhro E, 'Land Reclamation in the Arabian Gulf: Security, Environment, and Legal Issues' (2013) 3(1) *Journal of Arabian Studies* 36-52.
- Gagain M, 'Climate Change, Sea Level Rise, and Artificial Islands: Saving the Maldives' Statehood and Maritime Claims Through the Constitution of the Oceans' (2012) 23(1) *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 77-120.
- Gau M, 'The Interpretation of Article 121(3) of UNCLOS by the Tribunal for the South China Sea Arbitration: A Critique' (2019) 50(1) *Ocean Development & International Law* 49-56.
- Gerrard M, 'Statehood and Sea-Level Rise: Scenarios and Options' (2023) 17(1) *Charleston Law Review* 579-584.
- Gidel G, *Le Droit International Public de la Mer* (Mellottée 1934).
- Heijmans A, 'Artificial Islands and the Law of Nations' (1974) 21(2) *Netherlands International Law Review* 139-161.
- Horn L, 'To be or not to be: The Republic of Minerva-Nation Founding by Individuals' (1973) 12 (1) *Columbia Journal of Transnational Law* 520-556.
- Hossein E, *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law* (Dartmouth Publications 2001).
- ITLOS, The M/V 'Saiga' (St. Vincent and the Grenadines v. Guinea), Merits, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Reports (1999), 10.
- Jessup P, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (G.A. Jennings 1927).
- , *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (G. A. Jennings Co. Inc. 1970).
- Johnson D, 'Artificial Islands' (1951) 4(2) *International Law Quarterly* 203-215.
- Keating S, 'Rock or Island? It Was an UNCLOS Call: The Legal Consequence of Geospatial Intelligence to the 2016 South China Sea Arbitration and the Law of the Sea' (2018) 9(3) *Journal of National Security Law & Policy* 509-548.
- Kindt J, 'Floating Nuclear Power Plants: US and International Regulations' (1983) 7(2) *Marine Policy* 90-100.
- Kohl A, 'China's Artificial Island Building Campaign in the South China Sea: Implications for the Reform of the United Nations Convention on the Law of the Sea' (2018) 122 (3) *Dickinson Law Review* 917-937.
- Koskenniemi M, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (CUP 2004).
- Marcelo K, *Territoriality and International Law* (Edward Elgar 2016).

- Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v Bahrain, Judgment, Merits, [2001] ICJ Rep 40, ICGJ 83 (ICJ 2001), 16th March 2001, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ]
- Milano E, *Unlawful Territorial Situations in International Law* (Brill 2006).
- Ministry of Defence, *Fundamentals of Maritime Operations: Netherlands Maritime Military Doctrine* (Royal Netherlands Navy Directorate of Operations Maritime Warfare Centre 2015).
- Miron A, 'The Acquis Judiciaire, a Tool for Harmonization in a Decentralized System of Litigation? A Case Study in the Law of the Sea' in Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds), *Beyond Fragmentation Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2022) 128-161.
- Nieuwenhout C, 'The Legal Framework for Artificial Energy Islands in the Northern Seas' (2023) 39(1) *The International Journal of Marine and Coastal Law* 39-72.
- Oppenheim L, *Oppenheim's International Law* (Longmans 1992).
- Papadakis N, *The International Legal Regime of Artificial Islands* (Springer 1977).
- Pecoraro A, 'The Regulatory Powers of the International Seabed Authority: Security of Tenure and Its Limits' (2022) 53 (4) *Ocean Development & International Law* 377-402.
- Proelss A, *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary* (CH Beck 2017).
- Pullar A, 'Fisheries, Forests and the Common Heritage of Mankind' (2014) 11(1) *Public Interest Law Journal of New Zealand* 5-17.
- Rothwell D, *Islands and International Law* (Hart Publishing 2022).
- Saunders I, 'Artificial Islands and Territory in International Law' (2019) 52(3) *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 643-684.
- Shaw M, 'Territory in International Law' (1982) 13(1) *Netherlands Yearbook of International Law* 61-91.
- Solski J, 'The Due Regard of Article 234 of UNCLOS: Lessons From Regulating Innocent Passage in the Territorial Sea' (2021) 52 (4) *Ocean Development & International Law* 398-418.
- Song Y, 'The July 2016 Arbitral Award, Interpretation of Article 121(3) of the UNCLOS, and Selecting Examples of Inconsistent State Practices' (2018) 49(3) *Ocean Development & International Law* 247-261.
- South China Sea Arbitration, Philippines v China, Award, PCA Case No 2013-19, ICGJ 495 (PCA 2016), 12th July 2016, Permanent Court of Arbitration [PCA]
- Sovereignty Over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge, Malaysia v Singapore, Judgment, Merits, ICJ GL No 130, ICGJ 9 (ICJ 2008), 23rd May 2008, International Court of Justice [ICJ]

- Stewart M, *Freedom of Overflight: A Study of Coastal State Jurisdiction in International Airspace* (Kluwer Law International 2021).
- Stoutenberg J, *Disappearing Island States in International Law* (Brill 2015).
- Symmons C, *The Maritime Zones of Islands in International Law* (Martinus Nijhoff 1979).
- , 'Some Problems Relating to the Definition of 'Insular Formations' in International Law: Islands and Low-Tide Elevations' (1995) 1(5) IBRU Maritime Briefing 1-30.
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2015).
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2015).
- , 'Reflections on the Interpretation and Application of Article 121(3) in the South China Sea Arbitration (Merits)' (2017) 48(2) Ocean Development & International Law 365-385.
- Territorial and Maritime Dispute, Nicaragua v Colombia, Judgment, ICJ GL No 124, ICGJ 436 (ICJ 2012), 19th November 2012, International Court of Justice [ICJ]
- United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994, 1833 UNTS 396.
- Van Dyke J, and Brooks R, 'Uninhabited Islands: Their Impact on the Ownership of the Oceans' Resources' (1983) 12(3) Ocean Development & International Law 265-300.
- Wang Y, 'Reasonable Restrictions on Freedom of High Seas by Marine Protected Areas on the High Seas: An Empirical Research' (2019) 12 (2) Journal of East Asia and International Law 245-268.
- Wassenbergh H, 'The Status and Use of an Airport on an Artificial Island' (1999) 24 (4) Air and Space Law 177-180.
- Wegelein F, *Marine Scientific Research: The Operation and Status of Research Vessels and other Platforms in International Law* (Publications on Ocean Development 2005).
- Wong D, 'Sovereignty Sunk? The Position of Sinking States at International Law' (2013) 14 (2) Melbourne Journal of International Law 346-391.
- Yamamoto L, 'Vanishing Island States and Sovereignty' (2010) 53 (1) Ocean & Coastal Management 1-9.

İslam Hukukunda Hîle-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ^(**)

Öz

İslam hukukunda hîle-i şer'iyye ihtilafli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte İslam hukuk tarihinde bu müessese geniş bir çerçevede tatbik edilmiştir. Bu çalışma hiyel meselesini hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtila ayrımı yaparak önce hukuk, sonra sosyal cihetten tetkik etmiştir. Bu hukuki tetkik yapılırken İslam hukukunda hiyel meselesinin genel hukuk teorisi çerçevesinde ele alınmış ve hangi hîlelerin meşru hangilerinin gayrimeşru olduğu hususunda bir makyas, bir ölçü ortaya koyulmuştur. Ayrıca Osmanlı Devleti'nde tatbik edilen bir misal (muamele-i şer'iyye) üzerinden mesele somutlaştırılmış ve hîle-i şer'iyyenin sosyal şartlarla münasebeti ele alınmıştır. Nihayet çalışma İslam hukukunda hiyel meselesini hukukî, sosyal ve tatbiki cihetten ele almaya bu surette hîle-i şer'iyyenin İslam hukuk tatbikatındaki rolünü ortaya koymaya teşebbüs etmiştir. Neticede hîlelerin şer'i ve bâtil olmak üzere ikiye ayrıldığı, şer'i hîlelerin "hâcet" halinde müracaat edilebilecek hukukî bir yol olduğu, bu yolun da tarihi süreçte hukukun esnekliğini sağlamaya ve hukuki formalizmin aşılmasına yardımcı olduğu ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Hiyel, Hîle, Hîle-i Şer'iyye, Hîle-i Bâtıla, Muamele-i Şer'iyye.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 25.05.2024.

Atıf Şekli: Salih Korkmaz, 'İslam Hukukunda Hîle-i Şer'iyye Meselesi ve Buna Dair Bir Osmanlı Hukuku Tatbikatı' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 513, 570. DOI: 10.52273/sduhfd..1462764.

Bu çalışma, yazarın Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programında tamamlanan "Eski Hukukumuzda Muamele-i Şer'iyye" isimli doktora tezine istinat etmektedir. Tez, On İki Levha Yayıncılık tarafından neşredilmiştir. Bkz. Salih Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*, (On İki Levha Yayınları 2021).

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: salihkorkmaz@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7824-0037>.

The Issue of Hīla Al-Shar'ıyya (Legal Stratagems) in Islamic Law and a Practice of Ottoman Law on This Subject

Abstract

In Islamic law, hīla al-shar'ıyya appears as a controversial issue. However, in the history of Islamic law, this institution has been applied in a wide framework. This study first analysed the issue of hiyal (fiction) from the legal and then from the social aspects by distinguishing between hīla al-shar'ıyya (legal stratagems) and hīla al-batila (false stratagem). While conducting this legal analysis, the issue of hiyal in Islamic law has been handled within the framework of general legal theory and a measure has been put forward as to which hiyal are legitimate and which are illegitimate. In addition, the issue was concretised through an example applied in the Ottoman Empire and the relation of hīla al-shar'ıyya with social conditions was discussed. Finally, the study attempted to address the issue of hiyal in Islamic law from the legal, practical and social aspects, thus revealing the role of hīla al-shar'ıyya in Islamic legal practice. Consequently, hiyal are divided into two categories: hīla al-shar'ıyya (legal fiction/devices) and hīla al-batila (illegal fiction/devices.) Hīla al-shar'ıyya is a legal remedy that can be resorted to in times of difficulty. This has historically helped to ensure the flexibility of the law and to overcome legal formalism.

Keywords

Hiyal, Exits, Makharij, Legal Fiction, Trickery of Sharia, Hīla al-Shar'ıyya, Hīla al-Batila.

Extended Summary

Understanding the issue of hiyal (fiction) in Islamic law requires considering many different factors, both legal and social. For this reason, the results of the study are briefly stated here. The answers to the questions about how and why these conclusions were reached have been referred to the relevant headings in the article. In this study, the practice of hiyal in Islamic and Ottoman law is analysed from both theoretical and practical aspects.

The provision of hiyal is controversial among scholars (sects). The reason for this conflict is that the same norm is interpreted in different ways. Although there are many reasons for this conflict, the source of the conflict is actually only one. At this point, we encounter the hadith "the reward of deeds depends upon the intentions". Both those who allow hiyal and those who reject it use this hadith as evidence. While some Hanafis and Shafis allow hiyal in order to avoid haram, Hanbali and Malikis claimed that these ways lead to haram. Those who oppose hila al-shar'iyya assume that people act with the idea of achieving haram by using these means; Those who allow hila al-shar'iyya, on the other hand, assume that way saves a person in a difficult situation from engaging in haram acts. As a result, both views reached different conclusions based on the same criterion (intention).

The existence of evidence for and against hiyal in Islamic jurisprudence makes it necessary to divide hiyal into two categories: legal fiction/devices (hila al-shar'iyya) and illegal fiction/devices (hila al-batila). Hila al-shar'iyya can be defined as the activity of rescuing people from the difficulty they are in by staying within the boundaries of the law when faced with a difficulty in complying with the law. In other words, the ways by which a person can get rid of the haram and reach the halal are the ways of hila al-shar'iyya. Hila al-batila, on the other hand, can be defined as "cancelling or invalidating someone else's right by using legal provisions cunningly, not doing what the law commands or doing what the law forbids". When a distinction is made between shar'i and batil hiyal, criterion for this distinction must be set forth. At the same time, this also means the expression of shar'i/batil hiyal within the general legal theory.

Accordingly: Except for matters regarding which there are special provisions, we can list the conditions of hila al-batila, which refers to the tricks that are not permissible according to Islamic law, as follows:

1. Existence of a legal transaction that complies with the law in form.
2. This legal transaction must contain the will to fiction. (The will to cheat means that the transaction is made with the intention to fiction. In other words, even if legal transactions that take place in their natural course resemble a type of fiction in form, they are not considered as fiction since there is no intention.)
3. Achieving the final goal by means of other intervening legal transaction.
4. Intention to circumvent the law or to prejudice the rights of third parties by such behaviour. (If the rights of a third party are not cancelled by a trick, it is the intention

that makes the *hīla al-batila*. However, if the rights of a third person are violated by this trick, the legal transaction is directly considered as a *hīla al-batila*, regardless of the intention.)

Except for matters regarding which there are special provisions, we can list the conditions of *hīla al-shar'iyya*, which refers to the tricks that are permissible according to Islamic law, as follows:

1. Existence of a legal transaction that complies with the law in form.
2. This legal transaction must contain the will to fiction.
3. Achieving the final goal by means of other intervening legal transaction.
4. Intention to act in accordance with the law. (This intention means that a person wants to act in accordance with the law, but is unable to fulfil it due to a difficulty in this regard. Therefore, intention is used here in a way that includes the state of necessity.)
5. No prejudice to the rights of third parties.

Islamic law is a religious legal system. Therefore, judgements have religious and judicial aspects. This point should not be overlooked here. In other words, everything that is legally legitimate may not be legitimate in religion. Therefore, the above-mentioned conditions are related to the legal (judicial) aspect of the matter. Therefore, the religious legitimacy of resorting to a legally legal trick depends on the existence of a state of necessity. In such cases, resorting to legal tricks is considered a permission (*ruhsat*). Arbitrary (without reason) *hiyal* is not considered appropriate.

It is clear that the practice of *hiyal* is a method that is susceptible to abuse. However, it is unreasonable for a legal practice to be considered impermissible for this reason alone. The state has the right to restrict or even prohibit what is permitted (*mubah*). Therefore, when necessary, the state may intervene in or even prohibit a trick. In other words, a certain trick may be judicially deemed illegitimate. There are examples of this in the history of Islamic law, and this intervention is also exemplified in this study through an example.

It can be said that *hīla al-shar'iyya* performed very important duties in the history of Islamic law. From this point of view, *hīle-i shar'iyyah* is one of the safeguard of the law (*exits, makharij*). It can be said that if this path is closed, people will have no choice but to resort to unlawful means. At this point, it should be remembered that even the sects that do not allow *hiyal* in principle allow these practices at certain points.

The study of Islamic law only on paper (works of *fiqh*/law books) is the biggest obstacle to a healthy understanding of this issue. Law cannot be evaluated independently from social conditions. This is the most important explanation of why the practice of *hīle-i shar'iyya* emerged. So, when dealing with the issue of *hiyal*, historical, social, etc. conditions must be taken into consideration for each example.

In legal systems of religious origin such as Islamic law, people want to avoid both ethereal and worldly (legal) sanctions by acting in accordance with the law. However,

sometimes life circumstances force people to do things against the law. Since one of the duties of law is to solve people's problems, at this point, the legal system opens the points where the law is blocked with various regulations and institutions and provides public order. The transformation of prohibitions into permissible in case of necessity is the most obvious example of this. One of the methods used here is hıla al-shar'iyya.

As a result, hıla al-shar'iyya appears to be a legal procedure-institution that is used for purposes such as finding a way out for those who have difficulty in obeying the law as a result of the compulsion of circumstances, reducing the practice of forbidden acts, and ensuring public order. Law is a "living and flexible" institution that aims to solve people's problems. One of the ways that provides this flexibility is hıla al-shar'iyya.

Giriş

İslam hukukunda hiyel meselesi hakkında çok şey yazılmıştır. Bununla birlikte, meselenin esası üzerinde yeterince durulmadığı ifade edilmelidir. Zira şimdiye kadar bu sahada pek çok araştırma yapılmış, ancak bunların çoğu fıkıh kitaplarında dağınık halde bulunan hiyel misallerini izah etmeye çalışmaktan öteye gidememiştir. Yani İslâm hukukunda hiyel meselesi “genel hukuk teorisi” içerisinde yeterince tetkik edilmemiştir.

Fıkıh kitaplarında hiyel meselesinin dağınık halde bulunması, misaller üzerinden gidilerek her bir mesele için görüş bildirilmesi klasik devrin ulemâsı için bir eksiklik olarak görülemez. Nitekim İslam hukuku (aslında diğer hukuk sistemleri gibi) kazuistik bir şekilde doğmuş ve gelişmiştir. Burada kazuistik ifadesi ile ne kastedildiği de açıklanmalıdır. Zira bu ifadenin “ayrıntılı” şeklinde de bir mânâsı vardır. Burada kastedilen ise bir hukuk teorisi olan kazuistik metottur. Yani kazuistik metotta, mesela genel bir akit teorisi değil her bir akdin kendine mahsus bir teorisi vardır. Bu çerçevede kira ile satım akdinin şartları kendi içinde değişiklik gösterebilmektedir. Yine her suç kendi içinde bir teoriye sahiptir¹. Kazuistik metot tafsilatlı hükümler getirmesi bakımından daha dakik çözümler sunar. Bununla birlikte öğrenmesi de daha zordur. Bu noktada, İslam hukukundaki kazuistik metodun İslam hukuk tarihinin hiçbir devir ve ekolünde, “*hukukî realizmde görülen haliyle, genel hukuk kurallarını yok sayarak olaya odaklanmak*” şeklinde karşımıza çıkmadığı ifade edilmelidir². Genel hukuk teorisinde ise akit, başlı başına bir mevzudur. Buna göre eğitim alan bir hukuk öğrencisi, öncelikle akdin ne olduğunu, nasıl kurulacağını, bozulacağını, şartlarını vb. öğrenir. Bu genel teoriyi öğrendikten sonra tüm akitleri bu şartlara göre değerlendirir. Genel hukuk teorisi, öğrenme kolaylığı sağlıyor olmasının yanı sıra her bir akdin kendine mahsus özelliklerinin bulunması itibarıyla pek çok istisnayı da ayrıca öğrenmeyi zorunlu kılmaktadır.

İslam hukuku, kazuistik metotla doğmuş ve gelişmiş olmasına rağmen, tarihi süreç içerisinde genel teorisi de teşekkül etmiş bir hukuk sistemidir. Nitekim hukuk sistemlerinin kazuistik metotla doğup gelişmesi, daha sonra ise tüm akitlerin ortak özelliklerinin göz önüne alınarak bir genel teori oluşturulması, hayatın tabii seyirinin bir gereğidir. Nitekim Kara Avrupası hukuk sisteminin atası olan Roma Hukuku da doğup geliştiği devirlerde kazuistik bir metot kullanmıştır. İşbu makale

¹ Bkz. Haluk Songur, ‘İslam Ceza Hukuku Üzerine -Genel Kısım Özel Kısım Ayrımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-’, (2003) *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 1, 187-195.

² Ayhan Ak, ‘İslam Hukuku Perspektifi ile Hukukî Realizmin Analizi’, (2022) *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 26/2, 738.

İslam hukukunda hiyelin şartlarını genel hukuk teorisi çerçevesinde ele almaya teşebbüs etmektedir. Bunu yaparken öncelikle hile mefhumu, hilenin delilleri, meşruiyeti vb. meseleler ele alınacak ardından hangi hilelerin meşru hangilerinin-se gayrimeşru olduğu hususunda bir mikyas, bir ölçü ortaya koyulacaktır.

Hukuk tatbikatının, pek çok farklı müessirin bir araya gelerek oluşturduğu bir bütünün son parçası olması ve bu tatbikatın siyasetten, sosyolojiden, iktisattan vb. müstakil ol(a)maması, hukuki müesseselerin tetkikinde bu şartları da göz önünde bulundurmaya zaruri kılmaktadır. Hem mer'i Türk hukukuna dair hem de İslam hukukuna dair çalışmaların en büyük eksiğinin, bir hukuk tatbikatını ele alırken diğer sosyal şartları göz önünde bulundurmamak olduğunu söylemenin haksız bir eleştiri olmayacağı düşünülmektedir. Çünkü hukukun amacı insanların problemlerini çözmektir. İnsanların problemleri de ihtiyaçları da yaşadıkları zamanın şartlarından bağımsız olamaz. Dolayısıyla hukuki meseleleri "bütün şartlardan bağımsız, uzaydaki A ile uzaydaki B arasında gerçekleşen bir süreç" gibi görmek, tartışmaları anlamsız ve anlaşılmaz kılacaktır. Bu sebeple konumuz çerçevesinde sosyal şartların meseleye tesiri ayrıca tetkik edilmiştir. Bu suretle İslam hukuk tarihindeki Osmanlı devrinden bir hiyel tatbikatı olan muamele-i şer'iyeye ele alınıp meselenin hukuk tatbikatında nasıl bir rol oynadığı somutlaştırılarak gösterilmeye çalışılmıştır.

İslam hukukunda hiyel meselesini sadece fıkhi cihetten tetkik etmek bile bir makalenin sınırlarını fazlasıyla aşacaktır. Hal böyleyken bu makale, meseleyi hem fıkhi cihetten hem de sosyal cihetten tartışmayı hedeflemektedir. Zira hukuki tartışmalar bir tarafa, İslam hukuk tarihinde hiyel meselesi bir vakıdır. Dolayısıyla makalede mümkün mertebe "efrâdını câmi ağyârını mâni" bir yol takip edilmeye çalışılmıştır. Nitekim fıkıh kitaplarında bu konuda geniş malumat mevcuttur. Nihayet makalenin hedefi hile-i şer'iyenin şartlarını genel hukuk teorisi içerisinde tespit etmek, sosyal şartların bu tatbikata nasıl tesir ettiğini göstermek ve hiyelin hukuk tatbikatındaki rolünü ele almaktır.

I. Hukuki Cihetten Hiyel Meselesi

İslâm hukuku dini menşeli bir hukuk sistemidir ve insanların her türlü faaliyeti hukukun şümûlüne girer³. İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk sistemi oluşu,

³ Bu çerçevede modern hukukun, hukukun sahası dışında kabul ettiği ibadet vb. gibi hususlar da İslâm hukukunun şümûlündedir. M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, (Beta 2009) 31 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, (Arı Sanat 2014), 103 vd.; Cevâzın ahkâm-ı şer'iyeden olup olmaması ile alakalı bkz. Mansûrîzâde Saîd, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şer'iyeden Olmadığına

bütün kâidelerin değişmez olduğu mânâsına da gelmemektedir⁴. Nitekim İslâm hukukundaki içtihat müessesesi, hakkında açık hüküm bulunmayan meselelerin hükmünün bulunması çabasıdır. Dolayısıyla İslâm hukukundaki pek çok meselede hüküm, hukuk ekollerinin (mezhepler) meseleyi ele alış tarzı ile irtibatlı olarak değişilmektedir. Yani İslâm hukuku bu ihtilafli hükümlerden müteşekkildir. Bu durum, hukuk doktrini açısından ciddi bir zenginliktir. Yine bu durum hukukun esnekliği cihetinden de önemlidir. Hem hukukun belirli sınırlar dahilinde esneklik kazanması hem de çeşitli durumlarda alternatifli hükümlerin mevcut olması, insanlara ve devlete hareket alanı açmıştır. Bu sebeple fikhî ihtilafların hem hukuki/dünyevi hem de uhrevî mesuliyet cihetinden *rahmet* olduğu İslâm hukuku kaynaklarında zikredilmiştir⁵. İşte bu ihtilafli meselelerden bir tanesi de hîle (hiyel) meselesidir.

Bu başlığın tasnifinde Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefî mezhebi esas alınmış, diğer mezhep görüşlerineyse ayrı bir alt başlıkta yer verilmiştir. Bunun temel sebebi, girişte de ifade edildiği üzere hîyelin hem hukuki hem de sosyal cihetten tetkikinin hedeflenmiş olmasıdır. Nitekim işbu tetkik dahilinde (yukarıda da ifade edildiği üzere) belirli bir hîle tatbikatı üzerinden somutlaştırma yapılmış ve bu misal Osmanlı hukuk tatbikatından seçilmiştir. Haliyle hukuki tetkikte de aynı usul tercih edilmiştir.

A. Hîle Mefhumu

Kelime mânâsı itibariyle hîle, çare, çıkış yolu, çözüm, kurnazlık, maksada ulaşmak için fikir değiştirmek, maharet gibi mânâlara gelmektedir⁶. Arapçada "mahlâs" ve "mehâric" kelimeleri de bunu ifade etmek için kullanılmaktadır⁷.

Dair', (1330) 1/10 İslâm Mecmuası 295, 295-303.; İzmirli İsmail Hakkı, Mansûrîzâde'nin bu makalesine reddiye olmak üzere Sebilürreşad'da bir dizi makale kaleme almıştır. Bunlardan ilki için bkz. İzmirli İsmail Hakkı, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şeriat'ten Olup Olmadığına Dair Nizâ Nizâ-ı Lafzîdir', (1330) 12/303 Sebilürreşad 296, 296-301.

⁴ Bkz. Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2016).; Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukukunda Değişimin Sınırı*, (Arı Sanat 2018).

⁵ Bunlar hakkında bir değerlendirme için bkz. İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 1, (1407(1987)) 44 vd.

⁶ Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehl'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'l-Vefâ*, (İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 1166 No: 967), v.1-b.; İlm-i hiyelin matematik, teknik, mekanik mânâda kullanımları ile alakalı bilgi için bkz. Ebu'l-İzz el-Cezerî, *Tercüme-i Hiyel Mekanik Tercümesi*, Haz. İhsan Fazlıoğlu- Mustafa Koç, (Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2014).; Cevat İzgi, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 18, (TDV 1998) 178-180.

⁷ Mustafa Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye', 2 İslami Araştırmalar 71, 71.; Hamdi Döndüren, 'Hîle-i Şer'iyye', *Şamil İslam Ansiklopedisi*, Cilt 3, (Dergah Ofset, 2000) 294.

Hîle kelimesi Kur'an'da bir yerde "çare", "kurtuluş yolu" mânâsında geçmektedir⁸. Türkçede başkalarını aldatmak mânâsında kullanılan hîle ise Arapçada "hud'a", "ğışş", "mekr" gibi kelimelerle ifade edilmektedir⁹.

İstilah mânâsı ile hîle, pek çok farklı tanıma ve tasnife tâbi tutulmuş, yapılan farklı tanımlar ise farklı hükümlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İlk olarak hîle, "kişiyi istediğine ulaştırın şey" mânâsında anlaşılmış ve hukukî muamelelerin pek çoğu bu şekilde değerlendirilmiştir. Mesela, bir kadını seven kimse "benim ona ulaşmamın hîlesi (çaresi) nedir?" dediğinde kendisine "onunla evlen" denilir¹⁰. Bu mânâda kullanılan hîlenin mevzumuzla alakası yoktur.

B. Hîle-i Şer'îyye-Hîle-i Bâtıla Tefriki ya da Meşrû ve Gayrimeşrû Hîleler

Hîle, bir hukukî neticeye farklı yollar kullanarak ulaşmak¹¹; gayrimeşru bir neticeye meşru vasıtalarla ulaşmak¹² şeklinde basitçe tarif edilebilmekte olup hîle-i şer'îyye ve hîle-i bâtila olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım deliller başlığında da görüleceği üzere hiyel konusundaki en önemli ayrımdır. Nitekim hîlenin hem lehine hem aleyhine deliller bulunması, bir tasnif yapma zorunluluğunu gündeme getirmiştir.

Hîle-i şer'îyyeyi, hukuka uymakta bir zorluk ile karşılaşıldığında, insanları içinde buldukları zor durumdan hukukun sınırları dâhilinde kalarak kurtarma faaliyeti¹³ veya bir kimsenin kendisiyle haramdan kurtulup helale ulaştığı yollar¹⁴ şeklinde; hîle-i bâtilayı ise "hukukî hükümleri kurnazca kullanarak başkası-

⁸ Bu ayet, hicret etmeye güç yetirmeyenlerin bundan muaf olduğunu bildirmektedir. "Erkekler, kadınlar ve çocuklardan zayıf sayılanlar (çaresiz kalanlar) ve hiçbir çare (kurtuluş yolu) bulamayanlar müstesnadır." Nisa Suresi (4), 98.

⁹ Hacı Zihni Efendi, *Nîmet-i İslâm*, (Matbaa-i Amire 1316), 206.; Bu kelimeler hakkında tafsilatlı bir değerlendirme için bkz. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle*, (Birleşik Yayıncılık, 1996), 94 vd.

¹⁰ Şemsü'l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Mebûsât*, Ed., Cilt 30, (Mustafa Cevat Akşit ed, Gümüşev Yayınları 2008), 272.

¹¹ Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 272 vd.

¹² İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l Muvakkîîn*, Cilt 3-4, (Pehlül Düzenli çev. Pınar Yayınları, 2017) 279 vd.; Saffet Köse, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 28, (TDV 1998) 170-171.

¹³ Mustafa Baktır, 'Hîle-i Şer'îyye', *İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Cilt 2, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2006) 796.; Ekrem Buğra Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'îyyeye Dair', (2006) (10)1-2 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 4, 4.; Ercan Eser, 'İslam Hukuku Açısından Hîlenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumlar Örneği)', (2015) 25 İHAD 225: 228.

¹⁴ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9)105.

nın hakkını iptal etmek, geçersiz kılmak, hukukun emrini yapmamak veya yasakladığını irtikâb etmek¹⁵ ya da *“hakkı batıl, batılı hak göstermek¹⁶”* şeklinde tarif etmek mümkündür.

Bu ayrımın sınırlarının tespiti çok mühimdir. Zira pek çok ihtilaf buradan kaynaklanmakta ve bir hîlenin şer’i yahut batıl olduğunun tespiti, o hukukî muamelenin hükmünü belirlemektedir.

Hîle-i bâtıla, yukarıdaki tariftten de anlaşılacağı üzere, hükümlerin arkasını dolaşarak bir başkasının hakkına tecavüz etmek veya hukukun emirlerini yerine getirmemektir. Hîle-i şer’iyye ise hukuka uygun davranmakta bir zorluk bulunduğu vakit, işbu zorluğa yine hukuka aykırı olmayan bir başka hal tarzı bulma arayışıdır. Daha müşahhas bir ifade ile hîle-i bâtılada *“kendisine itaat zarureti olan bir normla bundan kaçmaya çalışan yani bu norma itaat etmemek hem de bu itaatsizliğini gizlemek isteyen bir süje¹⁷”* vardır. Hîle-i şer’iyyede ise yine bir hüküm/norm vardır fakat bu hükme uymak, buna uyması icap eden kişiden - içinde bulunulan şartlar gereğince- beklenememektedir. Bu durumda kişinin uyması gereken hükme karşı bir isyanı yoktur, aksine bu kişi, hukukun içinde kalmak istemekte fakat bu mümkün olmamaktadır¹⁸. İşte hîle-i şer’iyye burada devreye girmekte ve bu yolla duruma münasip bir hal tarzı geliştirilmektedir.

Hîle-i şer’iyye ve hîle-i bâtıla zâhiren birbirine benzemektedir. Nitekim her ikisinde de şekli olarak hukuka uygun muamele/ler vardır. Fakat bunlar, gerçekte yasaklanmış bir muameleyi/neticeyi de gizliden gizliye bünyesinde barındırmaktadır. Bu ikisini birbirinden ayıran en mühim unursa niyettir. Hîle-i bâtıla da niyet, hukuktan kaçmak; hîle-i şer’iyyede ise hukuka uymaktır.

Hîle-i şer’iyye ile bâtılayı, benzer misaller üzerinden mukâyese etmek, aralarındaki farkı anlamaya yardımcı olacaktır. Hîle-i bâtılaya, bir kimsenin zekât vermemek için sene dolmadan önce zekât mallarını muvâzaalı bir akitle bir başkasına devredip daha sonra ondan geri alması, dolayısıyla da zekât konusu mal üzerinden bir sene geçmediği için malına zekât düşmeyecek olması misal olarak verilebilir. Böyle bir hîleye cevaz verilmemiştir¹⁹. Çünkü

¹⁵ Ekinci, ‘Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer’iyyeye Dair’ (n 13) 4.

¹⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 105.

¹⁷ Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, (Selüloz Basımevi 1950), 3.

¹⁸ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 15) 284.

¹⁹ Ebû Yusuf, *Kitâbü’l-Harâc*, (Beyrut 1302), 80.; Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 2 (n 10) 227, 275.; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 155.

burada kişi zekât mesuliyetinden kurtulmak niyetiyle bunu yapmıştır. Hîle-i şer'iyeye ise şu durum misal olarak verilebilir: İslâm devletinde zekât, devlet tarafından tahsil edilir²⁰. Zekât toplayan idarecilerin, zekâtı sarf edilmesi gereken yerlere sarf etmedikleri biliniyorsa, zekâtla mükellef olan kimse, zekâtının gitmesi gereken yere ulaşması için yukarıdaki misalde yer alan muvâzaalı muameleyi yapar ve zekât borcundan, daha doğrusu bunu devlete ödemekten kurtulur. Sonrasındaysa zekâtını verilmesi gereken yerlere bizzat verir ve ibadetini yerine getirmiş olur. Görüleceği üzere, her iki muamelede de zekât verilmesi gereken mal sene dolmadan başkasına devredilmek suretiyle zekât borcundan kurtulunmaktadır. Bu durumda, görünüşte birbiri ile aynı olan iki ayrı hukukî muamele söz konusudur. Fakat bunlardan biri hukuka uygun, diğeriye değildir. Bunlar arasındaki en mühim fark niyettir. Nitekim birinci misaldeki kişi zekât verme mesuliyetinden kurtulmak için işbu muameleyi yapmakta, ikincisi ise vazifesini gereği gibi yerine getirebilmek adına aynı usulü takip etmektedir. Yine başka bir misalde mesela on altın zekât vermesi gereken bir zengin, zekât vereceği kadar altını bir çuval buğdayın içine koyar ve bir fakire verir. Bunu alan kimse çuvalın içinde altın olduğundan habersizdir. Daha sonra buğdayı alan kimseye "Sen bu kadar buğdayı ne yapacaksın? Bunu bana sat!" der ve içinde on altın da bulunan bir çuval buğdayı ondan satın alır ve zekât mesuliyetinden kurtulduğunu zanneder. Hâlbuki böyle bir hîle bâtıldır²¹. Zira niyet, zekât vermek değil bu mesuliyetten kurtulmaktır. Bir başka örnekte ise zekât verecek kimsenin bir fakirden alacağı vardır. Zekâtın - mutlaka mevcut mal varlığından çıkması gerektiği için- bu alacak ile takası mümkün değildir. Hem zekâtını vermek isteyen hem de alacağını tahsil etmek isteyen kimsenin, zekâtını alacaklısı olduğu fakire vermesi, zekâtı alan kimseninse aldığı zekât miktarı ile borcunu ödemesi halinde, işbu muamele hîle-i şer'iyeye kapsamında değerlendirilip caiz görülmüştür²². Nitekim burada niyet, zekât mesuliyetinden kurtulmak değil hem zekâtını ödemek hem de bu vesileyle borçlusunu borcundan kurtarıp alacağına kavuşmaktır. Bu ayırım göz önüne alınmaksızın, sadece zâhire bakılarak söylenecekler eksik olacaktır²³.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Erkal, 'Zekât', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 197-207.; Celal Yeniçeri, *İslam'da Devlet Bütçesi*, (Şamil Yayınevi 1984), 175 vd.

²¹ İbn Âbidîn, *Redd'ü'l-Muhtâr*, Cilt 5 (n 5) 513 vd.

²² *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6, (Dâru'l-Fikr, 1310 (1991)), 391.

²³ Bu mevzuda kaleme alınan pek çok çalışmada hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtıla ayırımı yapılmamıştır. Bunlar için bkz. Jon E. Mandaville, 'Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması', (1998) 51 çev. Fethi Gedikli Türkiye Günlüğü, 129-144.; Colin Imber, Şeriat

Nitekim bir vâkıa hakkında değerlendirmede bulunurken, bu vâkıanın gerçekleştiği şartları ve tarafların niyetini göz önünde tutmak zaruridir.

Hîle kelimesinin Türkçede kullanılan mânâsı ile Arapça karşılığının farklı olması, modern devirde yapılmış pek çok çalışmada hîle-i şer'îye ile hîle-i bâtila ayrımının net şekilde yapılmaması ve bu ayrıma ilişkin kıstasların tam olarak tespit edilmemesi, hîle-i şer'îye mefhumunun galat olarak şer'i-bâtil bütün hîleler için ve kanuna karşı hîlenin karşılığı olarak kullanılıyor oluşu hîle-i şer'îye mefhumuna karşı bir önyargı oluşturmuştur. Bu sebeple hîle-i şer'îye ve hîle-i bâtilanın şartlarını tespit etmek gerekmektedir. Bu şartlar, hîlede şer'i ve bâtila ayrımı yapan ulemânın, bu ayrımı yaparken kullanmış olduğu ölçüler dikkate alınarak oluşturulmuştur.

tan Kanuna -Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk-, (Murteza Bedir çev. Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004), 156.; Ronald Jennings, 'Loans and Credit in Early 17th Century Ottoman Judicial Records', (1973) 16 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 168, 168-216.; Osman Nuri Ergin, *Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1936), 27 vd.; Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umur-u Belediye*, Cilt 1, (İstanbul Büyükşehir Belediyesi 1995), 283.; Neşet Çağatay, *Güncel Konular Üzerine Makaleler*, (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994), 67.; Ömer Lütfi Barkan-Ekrem Hakkı Ayverdi, *İstanbul Vakıfları Tahrir Defteri 953 (1546) Tarihli*, (1970), 32.; Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadî ve İçtimâî Tarihi*, (Yapı Kredi Yayınları 2018), 539 vd.; Şevket Pamuk, *Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi 1500-1914*, (İletişim Yayınları 2015), 76.; Şevket Pamuk, *Osmanlı Ekonomisi ve Kurumları*, (Türkiye İş Bankası Yayınları 2016), 6.; Süleyman Uludağ, *İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, (Dergâh Yayınları 2010), 152 vd.; Abdülaziz Bayındır, *Ticaret ve Faiz*, (Süleymaniye Vakfı Yayınları 2007).; Abdülaziz Bayındır, 'Osmanlılarda Nazari ve Tatbiki Olarak Faiz', *İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri Sempozyum Bildiri Kitabı*, (Ensar Neşriyat 1992).; Burada ayrıca zikri gereken bir eser, Saffet Köse tarafından hazırlanan "İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle" isimli doktora tezidir. Bu tez konuyu tafsilatlı bir şekilde anlatmış ve çok sayıda misal zikretmiştir. Yine fukahânın hîle meselesi ile ilgili görüşleri tafsilatlı bir biçimde zikredilmiştir. Müellif, meşhur hîle-i şer'îye kitaplarından olan ve Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen "el-Mehâric fi'l hiyel" isimli kitabın içeriğini ve Ebû Hanîfe'ye nisbetini tartışırken bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olmadığını fakat bazı güvenilir eserlerde Ebû Hanîfe'den nakledilen bazı hîlelerin mevcut olduğunu söylemekte, bununla birlikte bu hîlelerin hiçbirisinde "hikmet-i teşrie" aykırı bir hüküm olmadığını, bu hîlelerin bir hakkı iptal etmeksizin darlıktan kurtulmak için gösterilmiş çareler olduğunu belirtmektedir. Burada Köse, aslında hîle-i şer'îye ile hîle-i bâtila ayrımını yapmıştır. Yine eserde delillerin değerlendirildiği bölümde "İslam Hukukunun Maksatlarına Aykırı Olmayan Hiyel'in Cevazına Dair Ortaya Konan Deliller" ve "İslam Hukukunun Ruhuna Aykırı Hilenin Caiz Olmadığına Dair Deliller" başlığı altında aslında hîle-i şer'îye ve hîle-i bâtila ayrımı yapılmıştır. Fakat eserin devamında bazı yerlerde bu ayrım yapılmamış ve hîle-i şer'îye ile hîle-i bâtila bazı misallerde aynı kefeye konmuştur. Bunlar için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 118, 173, 235, 313. Ayrıca bkz. Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'îye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar', (2012) 19 İHAD 149, 161.

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olmayan hîleleri ifade eden hîle-i bâtilanın şartlarını²⁴ şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir muamelenin var olması. (Eğer yapılan muamele bizzat hukuka aykırı ise burada bir hîle değerlendirmesi yapmaya gerek yoktur. Zira hîlenin ilk şartı, şeklen de olsa hukuka uygun bir muamelenin var olmasıdır. Ortada şeklen dahi olsa hukuka uygun bir muamele yoksa bu durum bir neticeye bizatihi haram bir yoldan ulaşmak mânâsına gelir ve haliyle doğrudan haram kategorisine girer. Mesela kocasından boşanmak isteyen kadına irtidat etmesini -böylece nikâhın fesholmasını sağlaması-, ardından tekrar Müslüman olmasını tavsiye etmek bu kabildendir²⁵.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması. (Hîle iradesi, yapılan muamelenin hîle kastı ile yapılmasını ifade eder. Yani tabii seyri içinde gerçekleşen hukukî muameleler, şeklen bir hîle türüne benzese bile kasıt bulunmadığı için hîle sayılmaz.)
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.
4. Hukuktan kaçma niyeti ve/veya bu muamele ile üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmesi. (Bir hîle ile üçüncü bir şahsın hakkı haleldâr edilmiyorsa o hîle-i bâtil yapan niyettir. Fakat bu hîle ile üçüncü bir kimsenin hakkı haleldâr ediliyorsa söz konusu muamele, niyet göz önüne alınmaksızın hîle-i bâtila olarak değerlendirilir.)

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olan hîleleri ifade eden hîle-i şer'îyyenin şartlarını da şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Şeklen hukuka uygun bir hukukî muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması.
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.

²⁴ Köse, "kanuna karşı hîlenin" üç şartını şu şekilde tespit etmiştir: Şeklen kanuna uygun bir muamele, kanunun ruhuna aykırı bir netice ve hîle kastı. Köse, İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle (n 9) 112.

²⁵ Bir kısım ulemâ bu tür yolları da hîle-i bâtila kapsamında değerlendirmiştir. Buna göre hîle-i şer'îyye sayılamayacak bütün hîleler hîle-i bâtila kategorisine girer. Buradaki tasnife göre ise şeklen hukuka uygun olmayan bir muamelede hîle değerlendirmesi yapmaya dahi gerek yoktur. Bu nazari farklılık, neticeyi değiştirmemektedir ve her iki yaklaşıma göre de bu tür muameleler caiz değildir.

4. Hukukun içerisinde kalma niyetinin var olması. (Bu niyet, bir kimsenin hukuka uymak istemesini fakat bu hususta bir zorluk bulunması münasebetiyle bunu yerine getirememesini ifade eder. Dolayısıyla burada niyet, zaruret halini de hâvi bir şekilde kullanılmıştır²⁶. Yine hîle iradesi ile hukukun içerisinde kalma niyetinin beraber bulunması yani hukukun içinde kalarak hileli davranmak bir çelişki gibi görünebilir. Fakat bu yol zaten hukuk tarafından meşru görüldüğü yani ona müsaade edildiği için vardır.)
5. Üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmemesi.

Türkçede kullanılan iki tabir, hîle-i şer'iyye ve hîle-i bâtila ayrımını anlamaya yardımcı olmaktadır. "Kitabına uydurmak" hîle-i bâtilayı, "kitapta yerini bulmak" ise hîle-i şer'iyyeyi tasvir etmekte ve bunların arasındaki ayrımı veciz bir şekilde ortaya koymaktadır.

Literatürde hîle-i şer'iyyenin umumiyetle günümüz hukukundaki kanuna karşı hîle müessesesinin karşılığı olarak kullanılması, bu iki mefhum arasında bir mukayese yapılmasını zaruri kılmaktadır. Hamide Topçuoğlu'nun hazırladığı ve modern hukukta "Kanuna Karşı Hile"yi anlatan doktora tezinde bu mukayese yapılmıştır ve işbu tezdeki bazı değerlendirmeler, ehemmiyetine binaen makalemizde zikredilip açıklanmıştır. Topçuoğlu'na göre: "*Vakıa İslâmiyet'te Allah ile kul arasına giren bir ruhban sınıfı yoktur. Fakat müşkül durumda kalan fert, câiz olup olmadığında mütereddid olduğu bütün hareketlerinde ulemâya danışmak ihtiyaç ve itiyadındadır. İşte hîle-i şer'iyye dediğimiz usul bu iki zıt durumu telif zorunda kalan ferde müçtehid, müftî, kadı gibi yetkili kimselerin birtakım kurta-ricı meşru hareket tarzlarını tavsiye etmelerinden ibarettir. Görülüyor ki mefhumun esası bakımından kanuna karşı hileden çok uzaktayız. Burada bir şeriat hükmünden kaçınılmak istenmiyor ve fert böyle bir kaçınmayı emr-i vâki olarak yapmamıştır. O bütün bu şer'i hükümler dairesinde kendi husûsi hali ve içinde bulunduğu zaruretin karşılanması bakımından nasıl hareket etmesi gerektiğini, bu şer'i hükümlerin mütehassısı ve koruyucusu olan bir kimseye sormaktadır ve hattı hareketini bu yetkili kimse tayin edecektir. O da bu tavsiyeye göre hareket edecektir. Vakıa bu hareketler zamanla teâmül halini alır, fakat bu teamüllerin menşeleri daima böyle olmuştur. Görülüyor ki mefhumun esası bakımından "kanuna karşı hile" den çok uzaktayız. Bugün vazifesini müdrük bir avukatın müvekkili için göstereceği hukukî çare yani meşru hareket tarzı ne ise İslâmın*

²⁶ Hîle-i şer'iyye ile zaruret halinin münasebeti için bkz. "1. Zaruret Hali" başlığı.

*da esas itibarile hîle-i şer'îyyesi oydu²⁷.” “Hîle-i şer'îyyede tebârüz eden husûsiyet herhangi âmir hükmü bertaraf etmek arzusundan ziyade, tahaddüs etmiş olan karışık ve pürüzlü duruma en uygun hukukî hal suretini bulma vakiasıdır²⁸.” “Tetiklerimizde kanuna karşı hile ile bu mefhum arasında tebarüz ettirdiğimiz farkı tekrar hatırlatalım ki yapılan muamelelerin şekil ve maksatları bakımından değil, bu hadiseler verilen hukukî değer ve mânâ bakımındandır. Kanuna karşı hile ferdin kanun hükümlerine karşı bir isyanını saklar. Yani bir tarafta bir hukuk nizamı öbür tarafta asî ve kurnaz bir fert vardır. Mücadele bu iki taraf arasındadır. Hâlbuki hîle-i şer'îyyede fert aynı hukuk nizamının muayyen emirlerinden kurtulmak için kendisine gene aynı hukuk nizamı tarafından (onun mümessili olan kadı veya müftî vasıtasile) gösterilen bir başka hal çaresini tercih etmektedir. Ona “bu muameleyi şöyle yaparsan müeyyideye mâruz kalırsın fakat bu şekilde de yapılabilir. Eğer bu şekli tercih edersen hem istediğin olur hem müeyyideden kurtulursun” denmektedir. Tabiri caizse ve hile-i şer'îyye kanuna hileye muadil telakki edilirse kanuna hileyi burada bizzat kanun yapmaktadır. Bu itibarla kanun koyanın iradesinin ferdi zekâların kurnazlıklarına, ferdi iradenin isyanına karşı himaye edilmesi meselesi burada rol oynamamaktadır. Ferdin karşısında bir tek hukuk sistemi vardır. Harekâtında takip edeceği vasıtalı veya vasıtasız gizli veya açık yolları esasen bizzat bu hukuk sistemi göstermektedir. Bu bakımdan kendisiyle hukuk nizamı namına mücadele edilecek bir problem olan kanuna karşı hileden çok uzakta bulunuyoruz. Hile-i şer'îyye tenkili gereken ferdi bir ihlal değil, olsa olsa suistimale fazla müsait hukukî bir müessese, hukukî bir usuldür²⁹.” Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere kanuna karşı hile, bir hukuk sisteminin koyduğu kâidelerden kaçmak, bu kâideleri delerek menfaat sağlamak isteyen bir kimse ile o hukuk sistemi arasındaki bir mücadeledir. Hîle-i şer'îyyede ise hukuka uymakta zorlanan bir kimse yine aynı hukuk sisteminin gösterdiği bir başka yoldan giderek hem içinde bulunduğu zor durumdan kurtulmakta hem de hukuk sistemi ile karşı karşıya gelmemektedir. Bu münasebetle hîle-i şer'îyyeyi, kanuna karşı hilenin ikâmesi olarak kullanmak doğru değildir. Belki hîle-i bâtıla, bugünkü hukukumuzda kullanılan *kanuna karşı hile* mefhumunun karşılığı/benzeri olarak değerlendirilebilir. Nitekim kanuna karşı hilenin de hîle-i bâtılanın da temel maksadı hukuk sisteminin koymuş olduğu kâidelerden kaçarak menfaat elde etmek veya bu yolla üçüncü kimselerin haklarını haleldâr etmektir.*

²⁷ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 284.

²⁸ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 287.

²⁹ Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 292.

C. Hîlenin Delilleri

Hîlenin delilleri, Hanefîlerin temel yaklaşımı üzerine binâ edilen hîle-i şer'îyye-hîle-i bâtila ayrımı göz önüne alınarak bir değerlendirmeye tâbi tutulmuş ve deliller hakkındaki tartışmalara girilmemiştir. Nitekim hîleyi caiz görmeyen mezheplerin/ulemânın aşağıda zikredilen delilleri farklı şekilde/usulle değerlendirdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Fıkıh kitaplarında, hîle mevzuunda burada ele alınanlardan başka pek çok delil zikredilmiş ve tartışılmıştır. Fakat hem yukarıda belirtilen gerekçeler hem de mezkûr kitaplarda zikredilen delillerin bir kısmının burada ele alınan teknik mânâda hîle kapsamına girmemesi münasebeti ile makalemizde sadece bazı deliller ele alınmış ve mevzunun tafsilatı alakalı eserlere havale edilmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere tetkik edilen deliller göz önüne alındığında bu meselenin şer'î-bâtil ayrımı yapılmadan ele alınamayacağı anlaşılacaktır.

1. Hîle-i Şer'îyyenin Cevazına Dair Deliller

İslâm hukuku kaynaklarında hîle-i şer'îyyenin cevazına dair pek çok delil zikredilmiştir. Bu delillerden bir kısmı zaruret-zorluk durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği ile alakalı iken diğer bir kısmı da aynı neticeye başka yollarla ulaşmanın farklı hükümlerinin olabileceği ile alakalıdır.

a. Kitap

Kurân-ı Kerîm'de Hz. Eyyûb ile karısı arasında geçen hadise, hîle-i şer'îyyenin cevazının en mühim delili olarak gösterilmektedir³⁰. Buna göre Hz. Eyyûb hasta olduğu esnada karısına yüz değnek vurmaya yemin etmiş fakat daha sonra bu yeminden kurtulmak istemiştir. Bu durumdan kurtulması için "Ona (Eyyûb'a) eline bir demet sap al da onunla vur ve yeminini bozma"³¹ emri nâzil olmuş ve Hz. Eyyûb'un bu şekilde yeminini yerine getirmiş olacağı bildirilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu yolla hem Hz. Eyyûb'un hem karısının içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılması hem de yeminin yerine getirilmesidir. Mezkûr emir ile yeminin bu şekilde yerine getirilmesi, yemini

³⁰ Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 30 (n 10) 272.; İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 248 vd.; Saîd b. Ali Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric*, (Saffet Köse- İlyas Kaplan Haz., Dâru's-Sadr, 2011), 21.; İzmirli İsmail Hakkı, *İlm-i Hilâf*, (Hukuk Matbaası, 1330), 148.; Önceki şeriatların İslâm hukukunda delil olması ile alakalı bilgi için bkz. İzmirli, *İlm-i Hilâf*, 118-122.; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, (Arı Sanat Yayınları 2003).; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Şer'u Men Kablenâ', *DÎA*, Cilt 39, (TDV 2010) 15-19.

³¹ Sâd Suresi, 44.

bozmaya müreccah kılınmıştır. Nihayetinde maksat, Hz. Eyyûb'un yeminini bozmadan yeminin gereğini emredildiği şekliyle fakat farklı bir yolla yerine getirilmesini sağlamak ve onları içinde buldukları zor durumdan kurtarmaktır. Bu misalde Allah, bu yeminin mesuliyetini Hz. Eyyûb'den kaldırdığını da bildirebilirdi fakat ayette böyle emredilmemiştir.

b. Sünnet

Hz. Eyyûb ile karısı arasında geçen hadisenin bir benzeri de Hz. Peygamber'den nakledilmiştir. Buna göre bir kişinin zina suçu işlediği sabit olmuş ve kendisine yüz değnek vurulmasına hükmedilmiştir. Fakat bu kişi cezaya dayanamayacak kadar hasta ve zayıftır. Hz. Peygamber durumu öğrenince bu kişiye "*içinde yüz tane sap/filiz bulunan bir demet ile*" vurulmasını emretmiş ve ceza bu şekilde infaz edilmiştir³². Burada da maksat kişinin helâki değil, hükmün yerine getirilmesidir. Zira had suçlarının en mühim maksadı, ceza verilmesini temin değil amme nizâmını muhafazadır³³. Bu olayda Hz. Peygamber, hastadan cezanın kaldırılmasını da emredebilirdi fakat böyle emretmemiş ve ceza belirtilen şekilde tatbik edilmiştir.

Benzer bir başka misalde de Hz. İbrahim'in hanımları arasında bir münakaşa olmuş ve Sâra, Hacer'in bir uzvunu kesmeye yemin etmiştir. Daha sonra pişman olmuş ve bu yeminden kurtulmak istemiştir. Bunun üzerine Cebrail, Hz. İbrahim'e, Sâra'nın Hacer'in kulağını delmesini ve bu şekilde yeminini yerine getirmiş olacağını bildirmiştir³⁴. Burada da Hz. Eyyûb'un misalinde olduğu gibi yemin mesuliyeti kaldırılmak yerine, farklı bir biçimde de olsa bu mesuliyetin yerine getirilmesi istenmiştir.

³² Ebû Dâvûd, 'Hudûd', 34.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 5, 222.; İbn Mâce, Hudud, 18.

³³ Had suçlarının en mühim maksadının ceza verilmesi değil, amme nizamının muhafazası olması had suçlarının özelliklerinden de görülebilmektedir. Nitekim hadler en ufak şüphe ile düşürülür; (kul hakkı bulunmayan durumlarda) şahitlik yapmamak yapmaktan iyidir; suçu bildirmemek bildirmekten iyidir; zamanaşımı ile ceza düşer; şikâyet hakkı varislere intikal etmez; şahitlikten ve ikrârdan dönmek muteberdir. Bütün bunlardan anlaşılmalıdır ki had suçları insanları cezalandırmaktan ziyade suçun toplumda yayılıp amme nizamını tehdit etmesini önlemeye matuftur. Fakat işin içine kul hakkının girdiği kısas suçları için mezkûr ilkelerin geçerli olmadığı, hak sahibi haricinde kimsenin bu haklardan onun adına vazgeçemeyeceği ifade edilmelidir. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 3) 158 vd.; Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (n 3) 344.; Bu çerçevede modern ceza muhakemesi hukukunun temel hedefi/maksadı olan *maddi gerçeğe ulaşmak*, İslâm hukukunda had suçları için mutlak bir hedef olarak görülmez. Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, (Eren Yayıncılık 2004), 17.

³⁴ *Fetâvâ-yı Hindiyîye*, Cilt 14 (n 22) 279.; İbn Kayyım el-Cevziyye, *Tuhfetü'l-Mevdûd bi-Ahkâmî'l-Mevlûd*, (Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1403 (1983)), 147.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, (n 9) 272.

Talak ile alakalı olarak rivâyet edilen bir hîle-i şer'iyeye misali şöyledir: Bir gün birisi Hz. Peygamber'e gelmiş ve kardeşim ile konuşursam karım üç talakla boş olsun diye yemin ettim demiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber *"karını bir talakla boşa, iddet süresi bitince kardeşinle konuş ve sonra onu tekrar nikâhla"* demiştir³⁵. Bu yolla kişi karısını bir talakla boşamış olmaktadır. İddet bittikten sonra onunla tekrar bir nikâh kıyması da mümkündür.

Aynı neticenin farklı hukukî muameleler ile elde edilmesinin, farklı hükümleri olabileceğine dair bir rivâyet ise şöyledir: Hz. Peygamber, Hayber'e bir kişiyi zekâtları toplamak üzere âmil olarak vazifelendirmiş, bu kişi dönüşte güzel bir cins hurma getirmiştir. Hz. Peygamber, Hayber hurmalarının hepsinin böyle mi olduğunu sual edince bu kişi, kendisindeki başka bir cins hurmadan iki ölçek verip bundan bir ölçek aldığını söylemiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber, *"Böyle yapma! Elindeki hurmayı para ile sat. Sonra da bu parayla istediğin hurmayı al"* demiştir³⁶. Zira (ribevî mallardan)³⁷ aynı cins malların değişiminde, mallardan birisi fazla olursa (malların kalitesi farklı bile olsa) bu fazlalık faiz olur. Misalde hurmaların el değiştirmesinin bir trampa akdi ile gerçekleştirilmesinden, hurmaların miktarlarının farklı oluşundan ve hurmanın da ribevî mallardan olmasından mütevellit, farklı miktarlarda hurmalar üzerine yapılan bu trampa akdi caiz değildir³⁸. Hz. Peygamber ise bunun iki satım akdi ile gerçekleştirilmesini emretmiştir. Buradan anlaşılmaktadır ki aynı neticenin, araya satım akdi sokularak yapılması caizdir. Mezkûr vâkiadaki durum "Burada hedef, aynı kişiye bir miktar hurma verilip karşılığında bu kişiden bir miktar hurma alınmasıdır. Bu muamelenin neticesi, hurmalar farklı miktarlarda değişirse de farklı fiyatla karşılıklı olarak satılsa da aynıdır" şeklinde de düşünülebilirdi ama böylesi bir görüş meşru sayılmamıştır. Dolayısıyla iki mesele arasındaki hukukî fark, temel fark olarak karşımıza çıkmaktadır³⁹. Buradan, aynı neticenin farklı

³⁵ Serahsî, *Mebûât*, Cilt 30 (n 10) 273.

³⁶ Buhârî, 'Büyû', 89.; Müslim 'Müsâkât', 95.

³⁷ Ribevî mal, faize tâbi mal olarak basitçe tarif edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, (Tekin Kitabevi 2014), 223 vd.; Beşir Gözübenli, 'Keylî', DİA, Cilt 25, (TDV 2002) 361-362.; Hasan Hacak, 'Vezni', DİA, Cilt 43, (TDV 2013) 95-98.; İsmail Özsoy, 'Faiz', DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 110-126.

³⁸ Serahsî, *Mebûât*, Cilt 12 (n 10) 205 vd.; Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm* (n 30) 21.; Mehmed Hilmi el-Akhisârî, *Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid*, (Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1), v.2-a vd.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'iyeye Dair' (n 13) 7.

³⁹ Bayındır, *Ticaret ve Faiz* (n 23) 144.; Modern hukukta da hukukî farkın temel fark olduğunu gösteren pek çok misal vardır. Nitekim neticesi aynı iki hukukî mesele arasında mevcut olan

yollardan elde edilmesinin, o şeyin hükmünü değiştirebileceği anlaşılmaktadır ki bu durum hîle-i şer'îyye ve muamele-i şer'îyye açısından da mühimdir. Zira tafsilatı ileride açıklanacağı üzere hîle-i şer'îyyede de muamele-i şer'îyyede de aynı neticeye farklı yollarla ulaşma hali mevzubahistir.

Bir başka rivâyete göreyse Sahâbîlerden Berire, kendisine sadaka olarak verilen etin bir miktarını Hz. Âişe'ye hediye etmiştir. Hz. Peygamber bu etten yemek isteyince Hz. Âişe, etin tasadduk olduğunu hâlbuki kendisinin sadaka almasının haram kılındığını hatırlatmış, Hz. Peygamber ise *"Bu, Berire'ye sadaka, bizeyse hediyedir"*⁴⁰ diyerek etin vasfının değiştiğini vurgulayarak etten

ve basit olarak görülebilecek farklar bu muamelelerin hukukî vasfını değiştirir. Mesela mer'î hukukumuzda, bir kişinin menkul bir eşyasının mülkiyetinden vazgeçip o eşyayı terk etmesi, ardından da birisinin gelip malı ihraz etmesi halinde mülkiyeti kazanır. Aynı netice bağışlama akdi ile de elde edilebilir. Fakat bu iki muamele hem kuruluşu hem hükümleri bakımından birbirinden çok farklıdır. Bağışlama bir akittir, ihraz ise bir hukukî tasarruftur. Dolayısıyla sadece sözleşme ehliyeti hususunda bile bu iki muamele arasında çok sayıda fark vardır. Nitekim ihraz bir eşya hukuku, bağışlama ise bir borçlar hukuku bahsidir. Bkz. TBK, m.285.; TMK, m.767.; Bu meseleyi vuzuha kavuşturmak niyetiyle somut bir misal üzerinden izahat yaparak meseleyi değerlendiren Bayındır'ın ifadelerine aynen yer vereceğiz: *"Aynı marka ve aynı model birer otomobil almak için Ahmet ile Mehmet birlikte bir oto galerisine giderler. Otomobilin peşin fiyatı 15.000 lira. Ahmet onu, bir yıl vadeli 18.000 liraya alır. O sırada Hasan gelir; Mehmet'e "15.000 lira vereyim, otomobili peşin al, bana bir yıl içinde 16.000 lira öde" der; Mehmet de kabul eder ve otomobili peşin 15.000 liraya alır. Bunun faizli borç olduğu açıktır. Ama otomobili Hasan alıp Mehmet'e satsaydı faiz olmazdı. Deniyor ki: "Asıl mesele finansman sağlamak değil midir? Hasan otomobili kendi adına alıp satsa bile onun niyeti otomobil almak değil, finansman sağlamaktır. Esas burayı aydınlatmak gerekir. Evet, burada şeklen bir farklılık var, ama işin aslı itibarıyla faizli işlemle bunun arasında bir fark yokmuş gibi gözüküyor. İki şahıstan biri otomobili, ticarî yoldan daha pahalıya, diğeri faizli dediğimiz yoldan daha ucuza almış oluyor. İşin aslı bir araba almaktır. Bu bir hukukî fark gibi gözüküyor; ikisi arasında temel bir fark var mıdır?" **Hukukî fark, temel farktır. O fark bu iki şeyi ayırmakta, birine alım satım, diğere de faizli işlem denmesine sebep olmaktadır. Bu basit bir fark olmadığı için bankalar taşıt kredisi verme yerine taşıt satışı yapamazlar. Çünkü o zaman kredi kurumu değil, ticarî kurum olurlar. Bu onların ne yapısına ne de işleyişine uyar. "İşin aslı bir araba almaktır." deniyor. Doğru, ama biri faizli yoldan, diğeri de faizsiz yoldan almaktır. Meselâ bir elma ağacının yanına iki kişi gelse, biri kabını doldurup gitse, diğeri ağacın sahibinden izin aldıktan sonra kabını doldursa, birincisi hırsız sayılıp cezalandırılır, ama ikincisine bir şey denemez. Bu hırsızlık olayı, "İşin aslı elma yemektir." denerek savunulamaz.***" Bayındır, *Ticaret ve Faiz* (n 23) 144. Müellif bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra eserinin ilerleyen bölümlerinde bu kanaatin aksine ifadeler zikretmiştir. Burada *"Ama otomobili Hasan alıp Mehmet'e satsaydı faiz olmazdı"* değerlendirmesinden sonra, eserinin 241. sayfasında *"Muamele-i şer'îyyede mal, doğrudan veya dolaylı olarak satıcısına tekrar satılmak üzere alınır. Bunu alanların alım satım yapmayı amaçlamadıkları açıktır"* demiş ve muamele-i şer'îyyeyi faizli muameleler kategorisine sokmuştur. Hâlbuki her iki muamelede de maksat aynıdır.

⁴⁰ Buhârî, 'Zekât', 62.; Müslim, 'Zekât', 170-172.; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Cilt 6, 180. Buna benzer başka bir hadis ve değerlendirmesi için bkz. Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 113.

yemiştir. Burada da görüldüğü üzere araya başka bir hukukî muamelenin girmesi, eşyanın vasfını ve dolayısıyla onun hükmünü değiştirebilir. Hîle-i şer'iyenin temel usulü de araya başkaca hukukî muamele/ler sokarak vasıf ve dolayısıyla hüküm değişikliği yaptırmaktır. Dolayısıyla bu misal ile hîle-i şer'iyeye birbirine benzemektedir. Bir başka veçheden bakıldığında ise bu misalde etin vasfı, bundan istifade edecek kimsenin herhangi bir malumatı ve dahli olmaksızın kendiliğinden değişmiştir. Yani araya girip eşyanın vasfını değiştiren hukukî muamele ile bundan istifade eden kimse arasında herhangi bir irtibat, dolayısıyla da hîle iradesi mevcut değildir. Fakat hîle-i şer'iyede vasıf değişikliği, bundan istifade edecek kimsenin malumatı ve/veya dahli ile gerçekleştirilmekte, yani hîle iradesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu misalin hîle-i şer'iyenin meşrûiyetine delil olarak zikredilemeyeceği de söylenebilir.

c. Diğer Deliller

Hîle-i şer'iyenin caiz olduğuna dair yukarıda zikredilen delillerden yola çıkan bazı müctehidler, kıyas yaparak pek çok diğer meseleyi de bunlara benzetmiş ve hîle-i şer'iyeyi caiz görmüştür.

2. Hîle-i Bâtılanın Caiz Olmadığına Dair Deliller

İslâm hukuku kaynaklarında hîle-i bâtila'nın caiz olmadığına dair pek çok delil zikredilmiştir. Bu delillerden bir kısmı gayrimeşru bir neticeye ulaşmak niyetiyle meşru vasıtalardan kullanmanın caiz olmadığını ifade ederken, diğer bir kısmı da mükellefiyetlerin hîle ile düşürülmesinin caiz olmadığını ifade etmektedir.

a. Kitap

Hîle-i bâtilanın caiz olmadığına dair zikredilen delillerden birisi, Yahudilerin sebt (cumartesi) yasağını nasıl çiğnediklerinin anlatıldığı ayetlerdir. Yahudilikte cumartesi günü mukaddes kabul edilir ve o gün iş yapmak onlara yasaktır ki avlanma yasağı da buna dâhildir. Cumartesi günü bolca gelen balıkları avlamak isteyen Yahudiler ise balıkları o gün havuzlara alıp ertesi gün avlamışlardır. Bu durum Kur'an'da "*İçinizden cumartesi günü hakkındaki hükmü çiğneyenleri elbette biliyorsunuz. Bu yüzden onlara "aşağılık maymunlar olun!" demiştik. Biz bunu hem çağdaşlarına hem de sonradan geleceklere ibret veren bir ceza, mütakiler için bir öğüt kıldık*⁴¹" şeklinde ifade edilmiştir. Bu meselede Hz. Peygamber de "*Yahudilerin yaptıklarını yapmayın. Onlar Allah'ın haram kıldığı şeyleri*

⁴¹ Bakara Suresi (2), 65-66.; Ayrıca bkz. A'râf Suresi (7), 163-166.

*en bayağı hîlelerle helal kılmaya yeltenmişlerdir*⁴² demiştir. Burada bu yasağı çiğneyenlerin niyeti yasağı delerek menfaat elde etmektir ve bunu meşru vasıtalar kullanarak gayrimeşru neticeyi elde etmek suretiyle yapmışlardır⁴³.

b. Sünnet

Yahudilerin sebt yasağını ihlal etmesi hakkında Hz. Peygamber *“Yahudilerin yaptıklarını yapmayın. Onlar Allah'ın haram kıldığı şeyleri en bayağı hîlelerle helal kılmaya yeltenmişlerdir”* buyurmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere burada, gayrimeşru bir neticeye meşru vasıtalarla ulaşma ve bundan menfaat elde etme niyeti mevzubahistir.

Bey'u'l-ıyne ile alakalı hadis de hîle-i bâtilanın caiz olmadığını göstermektedir. Borç isteyen birine bir malı vadeli ve yüksek fiyatlı satıp peşin ve daha ucuza geri almak olarak tarif edilebilecek⁴⁴ bey'u'l-ıyne hakkında Hz. Peygamber *“İyne satışı yaparsanız ve ziraatle uğraşıp cihadı terk ederseniz düşman size galip gelir”*⁴⁵ buyurmuştur. İyne satışının mahiyeti ve hükmü hususunda ihtilaf- lar bulunduğu⁴⁶ için burada sadece hadiste tarif edilen iyne türünün caiz olma- dığının ve bâtil bir hîle olarak tavsif edildiğinin zikri ile yetinilmiştir.

Zekâtı düşürmek için yapılan hilelerin de caiz olmadığı hadislerde bildiril- miştir. Bunu ifade eden bir hadis şöyledir: *“Zekât korkusuyla ayrı olan mallar bir araya toplanmaz, toplu bulunanlar da dağıtılmaz”*⁴⁷. Bu hadisin ifade ettiği mânâ hususunda ihtilaf bulunmakla birlikte, mevzumuz açısından bu ihtilafın bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Zira ulemânın görüşlerinin her birisi, bir başka veçheden hîle-i bâtilanın caiz olmadığını göstermektedir. Hadiste geçen malların bir araya toplanması veya dağıtılması, hayvan zekâtı ile alakalıdır. İslâm hukukuna göre hayvan zekâtı 40-120 arası koyun-keçi için 1, 121-200 arası için 2, 201-399 arası için 3... koyun-keçidir⁴⁸. Buna göre mesela üç farklı

⁴² Köse, 'Hiyel' (n 12) 173.

⁴³ Yahudilerin sebt yasağını hîle ile çiğnemesi ile hîle-i şer'îyye arasındaki irtibat hususunda bkz. “c. Zaruret Hali ve Hîle-i Şer'îyye Münasebeti” başlığı.

⁴⁴ Apaydın, 'İne', 284.

⁴⁵ Ebû Dâvud, 'Büyû', 54.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 2, 84. Bu hadis diğer pek çok hadis kitabında da zikredilmiştir.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îyye (XVII. Asır)* (n 1) 11 vd.

⁴⁷ Buhârî, 'Zekât', 34.; Ahmed b. Hanbel, Müsned, Cilt 2, 183.

⁴⁸ Buhârî, 'Zekât', 38.; Serahsî, Mebsût, Cilt 2 (n 10) 220 vd.; Ahmed b. Muhammed El-Kudûrî, *Kitabü'l-Kudûrî*, (Dârü'l-Burc 2018), 46 vd.

kişiye ait 40'ar koyun için her bir mal sahibinin birer koyun zekât vermesi gerekiyorken, zekât memuruna 120 koyunun hepsinin bir kişiye ait olduğu söylenirse, üç yerine bir koyun zekât verilmiş olur. Yine bir karı kocanın 20'şer koyununun olduğu varsayımında, sayı nisab miktarına ulaşmadığı için çiftin mallarına zekât düşmeyecektir. Fakat zekât almak isteyen zekât memuru, bunları tek kişinin mülkiyetinde sayarsa nisap miktarına ulaşılır ve bir koyun zekât vermek gerekir. İşte bu hadis, daha az zekât verebilmek için veya daha fazla zekât alabilmek için sürüleri bir araya toplamayı veya ayırmayı yasaklamaktadır. Esasın da burada teknik mânâdaki hîle değil bir aldatma mevzubahistir. Bununla birlikte aynı neticeye teknik mânâdaki hîle suretiyle de ulaşılabilir. Fakat her iki halde de netice değişmemekte ve böyle bir muamele caiz görülmemektedir. Zekâtı düşürmek hususundaki hîlelerin bâtil olduğu başka kaynaklarda da zikredilmiştir⁴⁹.

c. Diğer Deliller

Hîle-i bâtilanın caiz olmadığına dair yukarıda zikredilen delillerden yola çıkan müçtehitler, kıyas yaparak pek çok diğer meseleyi de bunlara benzetmiş ve hîle-i bâtilaya cevaz vermemişlerdir.

Hîle-i bâtilanın caiz olmaması ile alakalı olarak zikredilmesi gereken başka bir delil de harama sebep olması kuvvetle muhtemel olan mübah fiillerin yasaklanması manasına gelen sedd-i zerâidir⁵⁰. Sedd-i zerâiyi dört mezhep de delil olarak kabul etmekle birlikte, her birisinin ona yüklediği mânâda farklılıklar görünmektedir. Buna göre sedd-i zerâi üçe ayrılarak incelenebilir⁵¹. Sedd-i zerâinin birinci türü, zarara vesîle olması mutlak olan hususlardır ki bunların yasaklanması ittifakla caizdir. İkinci tür sedd-i zerâi ise zarara vesîle olma ihtimaline binâen yasaklanması caiz olmayanlardır. Bunlarda da zarar ihtimali mevcuttur fakat bu ihtimal zann-ı gâlip teşkil etmez. Nitekim şarap yapılabilir diye bağcılık, haksız yere birisi öldürülebilir diye bıçak imalatı yasaklanamaz. Üzerinde ihtilaf bulunan üçüncü tür sedd-i zerâi ise kötülüğe vesîle olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayanlardır. Şarap yapan kimseye

⁴⁹ Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc* (n 19) 80.; Serahsî, *Mebûât*, Cilt 2 (n 10) 227, 275.; *Fetavâ-yı Hindiyye*, Cilt 6 (n 49) 391.; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 155.

⁵⁰ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 173.; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2, 309 vd., 362 vd.; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Sedd-i Zerâi', *DiA*, Cilt 36, (TDV 2019) 277.; Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)*, (İbrahim Kâfi Dönmez çev, TDV 2019), 269.

⁵¹ Bu hususta, çalışmada kullanılan tasniften daha farklı tasniflerin de olduğu hatırlatılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, 'Sedd-i Zerâi' (n 50) 277.

üzüm satmak veya ribâyâ sebep olabilecek vâdeli satışlar yapmak bu kabildendir⁵². Buna göre sedd-i zerâi delilini sıkça kullanan Mâlikîler ve Hanbelîler bu üçüncü türü, yani kötülüğe vesile olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayan muameleleri caiz görmezken Hanefî ve Şafîiler umumiyetle caiz görür⁵³. Bu mevzuunun hîle ile de yakından alakası vardır. Nitekim hîle-i bâtilada zarara vesile olunması mutlak iken, hîle-i şer'îyyede mutlak değil muhtemeldir. Dolayısıyla bir kısım ulemâ sedd-i zerâiyi şer'î ve bâtil tüm hîleler için nazara alıp hiçbir hîleyle caiz görmez. Bir kısmı da sedd-i zerâinin ihtilafli türü olan üçüncü görüş itibarıyla hîleleri bâtil ve şer'î diye ikiye ayırmış ve sedd-i zerâiyi hîle-i şer'îyyede nazara almamışlardır. Zira sedd-i zerâi ile hîle-i şer'îyye ekseriyetle birbirine zıttır⁵⁴.

D. Hîlenin Mezheplerdeki Yeri

Hîle hükmü hususunda ulemâ ihtilaf etmiştir. Bu ihtilafın pek çok sebebi bulunmakla birlikte, esasında ihtilafın kaynağı tektir ve bu noktada karşımıza "ameller niyetlere göredir" hadisi çıkmaktadır⁵⁵. Hîleye cevaz verenler de reddedenler de bu hadisi delil getirmişler, bazı Hanefîler ve Şafîiler hîleye haramdan kaçınmak maksadıyla cevaz verirken, Hanbelî ve Mâlikîler bu yolların harama götürdüğünü iddia etmek suretiyle hîleye cevaz vermemişlerdir⁵⁶. Hîleye karşı çıkanlar, insanların bu yolları kullanarak harama ulaşmak niyetiyle hareket ettiğini varsaymakta; hîleye cevaz verenler ise hîlenin, zor durumda kalan kişiyi haram irtikâb etmekten kurtardığını, dolayısıyla bu kişinin haramdan kaçınmak niyetiyle bu hîleye başvurduğunu varsaymaktadır. Netice itibarıyla her iki görüş de aynı ölçüyü (niyet) esas alarak farklı hükümlere ulaşmıştır⁵⁷.

⁵² Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 270.

⁵³ İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 171 vd.; Dönmez, 'Sedd-i Zerâi' (n 50) 280.; Ekrem Buğra Ekinci, *İslam Hukuku*, (Arı Sanat Yayınevi 2006), 135.

⁵⁴ İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 198.

⁵⁵ Hadisin tam metni şöyledir: "Ameller ancak niyetlere göredir ve herkese ancak niyet ettiği şey vardır. Kimin hicreti Allah'a ve Resûlü'ne ise onun hicreti Allah'a ve Resûlü'nedir. Kimin de hicreti elde edeceği bir dünyalık yahut nikâhlayacağı bir kadın için ise, onun hicreti de hicret ettiği şeydir." Müslim, 'İmâret', 155.; Buhâri, 'Nikah', 5. Bu hadis, diğer pek çok muteber hadis kitabında da zikredilmiştir.

⁵⁶ İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 173.

⁵⁷ Şafîî bir âlim olan Kastalâni bu durumu "niyete dair hadisi hem hîlenin lehinde hem de aleyhinde olanlar kullandılar. Çünkü her ikisinde de esas olan kişinin niyetidir. Şayet niyet bir mazlumun kurtulması ise bu matlubdur. Fakat bununla bir hak zayı oluyorsa o da yerilmiştir." şeklinde ifade etmiştir. Kastalâni, *İrşâdu's-Sârî li Şerhî Sahihî'l-Buhârî*, 10, (Bulak: 1305), 103.;

1. Hanefiler

Hanefiler hîlede, şer'î ve bâtil ayrımı yapmış ve meselelerin hükümlerini buna göre belirlemişlerdir. Müşahhas bir hîle üzerinde mezhep içindeki ulemâ arasında ihtilaf bulunabilmekle birlikte bu ihtilaf hîlelerin şer'î ve bâtil olarak ikiye ayrılmasına dair değil, o hîlenin hangi tür hîle grubuna dâhil edilmesi ile alakalıdır.

Hanefî mezhebinin hîleye diğer mezheplerden daha ılımlı baktığı söylenebilir. Fakat bu, her hîleye cevaz verildiği veya hîlenin teşvik edildiği şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁸. Nitekim Hanefiler, hîlelerin bir kısmını bâtil görmüşler ve bunlara cevaz vermemişlerdir. Şer'î hîleleri ise zaruret durumlarında, insanları darlıktan kurtarma hedefine matuf olarak kabul etmişlerdir. Bu minvalde Hanefiler'e göre kişinin, haramdan kaçıp helale ulaşmak, zulümden kurtulmak, mevzubahis güçlüğü kendisinden veya başkasından kaldırmak için hîleye başvurmasında bir mahzur bulunmadığı; üçüncü şahısların haklarını haleldâr eden veya bâtili hak gösteren hîlelerin ise gayrimeşru olduğu ifade edilmektedir⁵⁹. Mısırlı Hanefî âlimi İbn Nüceym (v.970/1563), bu durumu "hîle ile kastedilen, sıkıntıya düşen bir kimse için dine uygun bir çıkış/kurtuluş yoludur⁶⁰" şeklinde

Köse de bu konuyu şöyle izah etmektedir: "Hiyele karşı çıkanların onlarla yasak olan şeylere ulaşılacak istendiği için hîlelere izin vermezlerken, hiyel taraftarları da yasak olanı işlemekten kurtardığı ve meşru neticelere ulaştırdığı için hîleleri kabul etmektedirler." Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 239.; Beşir Gözübenli, 'Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Malların Fazlı İşletilmesi Hakkında Tahlili Bir Değerlendirme', XI. Vakıf Haftası Kitabı, (1994) 51 vd.

⁵⁸ Fetavâ-yı Hindiyeye, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; İkinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'îyyeye Dair' (n 13) 5.

⁵⁹ Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 282.; Fetavâ-yı Hindiyeye, Cilt 6 (n 49) 390.; Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'î Ahkâm-ı Bey'î'l-Vefâ* (n 6) v.1-b, v.5-a.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'îyye', 72 (n 7) 74.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 271.; Bu hususta Serahsî, kendisiyle bir kimsenin haramdan kurtulduğu veya helali elde ettiği hîle güzeldir. Başkasının hakkına tecavüz niteliğinde olan ve bâtili hak gösterenler ise tahrîmen mekruhtur demektedir. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; Aynı husus 17. asır ulemâsından Kazerûnî tarafından da ifade edilmiştir. Buna göre kişinin haramdan, zarardan sakınmak amacıyla yaptığı hîlelerde bir mahzur yoktur. Fakat bu hîle bir başkasının hakkını haleldâr etmek için yapılıyorsa caiz değildir. Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'î Ahkâm-ı Bey'î'l-Vefâ* (n 6) v.1-b.; 17. asır ulemâsından Kâtip Çelebi hîle-i şer'îyyeyi, insanları talep ettikleri şeylere ulaştıran ve duruma göre haram, mekruh ve mübah olabilen bir ilim olarak tavsif etmiştir. Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-Zünûn*, 1, (MEB 1971), 695.; Ayrıca bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 184.; Muhammed Ebû Zehra, *Ebû Hanife*, (Osman Keskiöğlü çev, DİB 1997), 436 vd.; Süleyman Kaya, '17. Yüzyıl Sonlarında Muhâlif Bir Metin: Muhammed b. Hamza el-Aydî'nin Bey'u'l-İne Risalesi', (2009) 1 Divan 97, 111.

⁶⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (y.y 1968), 477.

ifade etmiştir. Bununla birlikte Hanefîler, şer'i hîlelerden bazılarını, şüpheli noktalar barındırması sebebiyle kerâhetle caiz görmüşlerdir. Bu çerçevede, ihtiyaç ve darlık olmaksızın, keyfi olarak hîleye başvurmanın uygun olmadığı ve mü'minlerin bundan kaçınması gerektiği temel Hanefî fıkıh kitaplarında ifade edilmiştir⁶¹. Hîle konusuna hasrettiği doktora tezinde Satoe Horii Hanefîlerin pratik hukukçu taraflarına işaretlerle, hîleler arasında şer'i-bâtıl ayrımı yaptıklarını ve bu yolla İslâm hukukunun esasa bağlı kalarak gelişimine katkıda bulduklarını ifade etmektedir⁶².

Hanefî mezhebinin kurucusu Ebû Hanîfe, hîle hususunda ismi en çok zikredilen kişidir. Hîleyle dair tartışmalarda kendisine nisbet edilen⁶³ "el-Mehâric fi'l-Hiyel" isimli kitap sebebiyle ismi çokça zikredilmiş, hatta bu hususta bazı âlimlerce tenkit edilmiştir⁶⁴. Bu kitapta pek çok şer'i ve bâtıl hîle misali zikredilmekle birlikte kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbeti şüphelidir. Zira bu kitaptaki bazı hîleler (kocasından boşanmak isteyen kadına irtidat tavsiye edilmesi gibi), Hanefîlerce hîle-i bâtıla kategorisinde sayılıp caiz görülmemiştir. Hatta Hanefîler, insanlara bu şekilde yanlış fetvâ veren müftîlerin (müftî-i mâcin) hacredilip tâzir ile tedip edilmesi gerektiğine kâildirler⁶⁵. Bu kitapta zikredilen bazı hîle örneklerine Ebû Hanîfe'nin isminin sonradan eklenmiş olması ve bunun kitapta "Ebu Hanîfe'nin görüşüne göre", "Ebu Yusuf dedi ki: Ebu Hanîfe'ye... mevzuundaki hîle konusunda sordum", "Ebu Hanîfe ve diğer müçtehidler bunu mekruh görüyordu" vb. şeklinde ifade edilmesi bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olmadığını ve içindeki fetvâların kâhir ekseriyetinin de yine Ebû Hanîfe'ye ait olamayacağı

⁶¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Benzer ifadeler için bkz. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 22) 390 vd.

⁶² Satoe Horii, 'Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exist" (Makharij)', (2002) (9)3 *Islamic Law and Society* 312, 312 vd. Bu makale müellifin "Die gesetzlichen Umgehungen im islamischen Recht (hiyal) unter besonderer Berücksichtigung des hanafiten Sa'îd b. Ali as-Samarqandi (gest. 12. Jhdt." (Berlin, Klaus Schwarz Verlag 2001) isimli doktora tezine istinad etmektedir.

⁶³ Bu kitabın Ebû Hanîfe'ye nisbetinin mümkün olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 433 vd.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'iyye' (n 7) 79 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 29 vd.; Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'iyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar' (n 23) 149-162.

⁶⁴ Saffet Köse, 'Hîle-i Şer'iyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar' (n 23) 149-162.

⁶⁵ Bu görüşlerin hîle-i şer'iyyeye cevaz veren temel Hanefî fıkıh kitaplarında yazması da ayrıca mânâlıdır. Bkz. İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 92.; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 281.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 3, (yy. 1330), 1789.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 234.

ifade edilmektedir⁶⁶. Ebû Hanîfe'ye nisbeti mümkün olan hîlelerin de yukarıda belirtilen hîle-i şer'iyye kabilinden olduğu söylenebilir⁶⁷.

Hanefî mezhebi içinde hîle mevzuunda Ebû Yusuf'un da adı sıkça zikredilmektedir. Ebû Yusuf'un her türlü hîleye, hatta zekâtın hîle ile düşürülmesine bile cevaz verdiği bazı kaynaklarda zikredilmiş ve bu sebeple Ebû Yusuf tenkîd edilmiştir⁶⁸. Fakat Ebû Yusuf'a nisbet edilen hîlelerin ekseriyetinin aslının olmadığı söylemek yanlış olmayacaktır⁶⁹. Nitekim Ebû Yusuf'un Kitâbü'l-Harâc isimli eserinde zekâtı düşürmeyi hedefleyen hîlelerin caiz olmadığı açıkça ifade edilmektedir⁷⁰. Ebû Yusuf'un hîleye bakışı, yukarıda da zikredildiği üzere zaruret durumlarında, insanları darlıktan kurtarma hedefine matuf hîlelere cevaz vermek mânâsında anlaşılmalıdır. Cevaz verdiği bazı hîlelerde ise bunu kerâhetle caiz görmüştür⁷¹.

İmam Muhammed ise hîle mevzuunda daha ihtiyatlı davranmaktadır. Nitekim bey'u'l-ıneye sıcak bakmaması ve bu hususta *"bu satım kalbimde dağlar ağırlığında bir yük gibi durmaktadır, onu faiz yiyiciler icâd etmişlerdir"* demesi buna işaret etmektedir⁷². Fakat bu durum, onun hiçbir hîleye cevaz vermediği manasına gelmemektedir. Nitekim bir kimsenin haramdan kurtulmak, zararı/zulmü kendisinden def etmek için hîle-i şer'iyye yapması İmam Muhammed'e göre de caizdir. Fakat üçüncü kişilerin haklarını haleldâr eden, haksızlığı haklı çıkarmaya yönelik hîleler bâtıldır⁷³.

2. Şâfiîler

Şâfiîlerin, akitlerde objektif nazariyeyi esas aldıkları, bu münasebetle de zâhire bakarak hüküm verdikleri bilinmektedir. İmam Şâfiî'nin şekil şartlarını

⁶⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 29 vd.

⁶⁷ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 438.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 35.

⁶⁸ Gazzâlî, *İhyâ-yı Ulûmi'd-Dîn*, Cilt 1, (yy. 1403), 18.; Ayrıca bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 4 (n 50) 202.

⁶⁹ Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye' (n 7) 79 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 237 vd.; Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, 438 vd.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair' (n 13) 5.

⁷⁰ Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc* (n 19) 80.

⁷¹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, Cit 6, (Bilmen Yayınevi ty.), 100.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair' (n 13) 5.

⁷² İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, Cilt 4 (n 5) 279.; Zahidü'l-Kevserî, *Hüsnu't-Tekâdi*, 70 vd.

⁷³ Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm* (n 30) 22, 26.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 238.

taşıyan muameleleri hukuken geçerli addetmek temâyülünde olduğu malumdur⁷⁴. Buna göre İmam Şafîî, hîleli muameleleri hukuken geçerli saymakla birlikte, bunlardan bazılarını cevaz vermemektedir⁷⁵.

İmam Şafîî'den sonra gelen pek çok Şafîî âlim, hîleli çeşitli şekillerde tasnif etmişler ve hükmün hîlenin türüne göre değişeceğini ifade ederek Hanefîlerin görüşüne yaklaşmışlardır⁷⁶. Hîlenin tasnifi mezheb ulemâsı arasında ihtilafı olmakla birlikte, hîle türüne göre haram, mekruh, mübah, müstehab veya vacip olabilir.

3. Mâlikî ve Hanbelîler

Mâlikîler ve Hanbelîlerin sedd-i zerâi delilini benimsemeleri ve akitlerde sübjektif nazariyeyi esas almaları, onların hîleye en katı yaklaşan mezhepler olarak karşımıza çıkmasına sebep olmuştur. Bu mezhepler, kötülüğe vesile olması kuvvetle muhtemel olmakla birlikte kat'î olmayan muameleleri, sedd-i zerâiye dayanarak caiz görmezler. Yine bu mezheplerin akitlerde sübjektif nazariyeyi esas almaları, zâhiren meşru muameleleri bile belirli sebeplerle hem dinen hem hukuken gayrimeşru kategorisine sokmalarına sebep olmuştur. Buna göre tarafların gerçek niyetinin gayrimeşru olması, akdi hem dinen hem hukuken gayrimeşru hale getirecektir.

Mâlikî ve Hanbelî ulemâdan pek çok kimse hîleli tetkik ve tasnif etmişlerdir⁷⁷. Fakat bu tasnifler yukarıda ele alınan hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtila ayrımından farklıdır. Nitekim Hanefîlere göre hîle-i şer'iyeye olarak değerlendirilip kerahetle de olsa cevaz verilen pek çok mesele, Mâlikî ve Hanbelîlere göre caiz değildir.

Hîle-i şer'iyeyi tetkik eden Hanbelî âlimlerden İbn Kayyim (v.751/1350) maksat mübahsa hîlenin de mübah, değilse haram olduğunu belirtmiştir⁷⁸.

⁷⁴ İmam Şafîî, *el-Ümm*, Cilt 3, (Daru'l-Fikr 1410 (1990)), 33.; Apaydın, 'İne' (n 44) 284.

⁷⁵ İmam Şafîî, *el-Ümm*, Cilt 3 (n 74) 78 vd.

⁷⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (n 9) 242.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyeye' (n 7) 75.; Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyeye Dair' (n 13) 10.

⁷⁷ Hanbelî ulemâsından Abdurrahman b. İbrahim b. Osman'ın hîle-i şer'iyeye ve hususen faizli muameleleri gizlemek için yapılan hîleler hususunda yazdığı risâle için bkz. Saffet Köse, 'Hile-i Şer'iyeye Konusunda İlginç Bir Risâle', (2003) 1 İHAD 231, 231-255.

⁷⁸ İbn Kayyim, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 234.; Baktır, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyeye' (n 7) 77 vd.

Mâlikî âlim Şâtîbî (v.790/1388) ise bir hukukî muamelenin hîle olarak kabul edilmesini, bu tasarrufun şer'î bir hükmü iptal kastıyla yapılmasına bağlamaktadır. Buna göre hîle, bâtil olduğu kesin olanlar, caiz olduğu kesin olanlar ve birinci ve ikinci gruptan hangisine girdiği hususunda ihtilaf bulunanlar şeklinde üçe ayrılmaktadır⁷⁹.

E. Hîlenin Hükmüne Tesir Eden Bazı Haller

İslâm hukukundaki bazı hukukî mefhumlar/haller, hîle ve hükmü ile alakadardır. Dolayısıyla hîlenin anlaşılabilmesi, bunların hîle ile münasebetinin göz önünde tutulmasını gerektirmektedir. Bu münasebetle bu haller ve hîle ile münasebetleri alt başlıklar halinde izah edilmiştir.

1. Zaruret Hali

Mecelle'de "*Zaruretler memnu şeyleri mübah kılar*⁸⁰" şeklinde ifade edilen zaruret hali, pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi İslâm hukuk sisteminde de bir *hukuka uygunluk sebebi* olarak kabul edilmiştir.

Zaruretin memnu şeyleri mübah kılacağı hususunda ulemâ müttetik iken, hangi hallerin zaruret olduğu ve hangi zaruretin hangi fiili mübah kılacağı hususları ihtilafıdır. İslâm hukukunda zaruret temelde iki mânâda kullanılmaktadır. Öncelikle zaruret, dar mânâsıyla cana, mala, akla, namusa ve dine yönelmiş bir tehlike karşısında, bu tehlikeyi başka türlü bertaraf etme imkânı olmaması ve bu tehlikenin mezkûr değerleri tamamıyla ya da telafisi mümkün olmayacak derecede tehdit etmesi durumunu ifade etmektedir⁸¹. Geniş mânâda zaruret ise şartları birinci tanımdaki kadar ağır olmayan fakat karşılanmadığı zaman zorluk, sıkıntı, meşakkat doğuracak haldir ki "ihtiyaç/hâcet" olarak adlandırılır⁸². Dar mânâdaki zaruret halinde tehlike, mezkûr beş değerden biri veya birkaçını tamamıyla ya da telafisi mümkün olmayacak derecede tehdit ederken; geniş

⁷⁹ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 390. Ayrıca bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 4 (n 50) 201 vd.

⁸⁰ MAA, m.21.; Mer'i hukukta da zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olarak zikredilmiştir. TBK, m.63/2.

⁸¹ Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 24 (n 10) 42 vd.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 79.; Atif Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Mahmud Beg Matbaası 1327), 27.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Halit Çalış, 'Zaruret', *DİA*, Cilt 44, (TDV 2013) 142.; Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, (Akçağ Yayınları 1981) 11 vd.

⁸² Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 10.; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 79-89.; Atif Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, 28.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Rahmi Yaran, 'İhtiyaç', *DİA*, Cilt 21, (TDV 2000) 573-574.; Çalış, 'Zaruret' (n 81) 142.

mânâdaki zaruret halinde (hâcet), ihtiyacın giderilmemesi bir zorluk ve meşakate sebep olur. Dolayısıyla bu iki tarifi kullanım sahaları da birbirinden farklıdır ve zaruret haline yüklenen bu iki mânâ farklı neticeleri beraberinde getirmiştir⁸³. Dolayısıyla bu mesele aşağıdaki alt başlıklarda ayrıca ele alınmıştır.

a. Azimet ve Ruhsat

Zaruret halinin yasaklar ile irtibatına geçmeden evvel, zaruret hali ile yakın münasebeti bulunan azimet ve ruhsat mefhumlarının izahı gerekmektedir.

Azimet, insanların içinde bulunduğu zaruret, hâcet, meşakkat vb. ârizî hâlere bağlı olmaksızın, normal şartlar altında herkesin uymakla mükellef bulunduğu, başta konan aslî hükümdür⁸⁴. Azimet hükümlerinin üç temel hususiyeti vardır. Birincisi, azimet hükümleri aslî hükümdür. Dolayısıyla bir meselenin birincil ve temel hükmü azimet hükmüdür. İkincisi, azimet hükümleri herkes için geçerlidir. Üçüncüsü, bu hükümler normal şartlar altında, bir öze dayanmaksızın tatbik edilmek üzere vazedilmiştir⁸⁵.

Azimetin karşısında yer alan ruhsat⁸⁶ ise insanların içinde bulunduğu zaruret, hâcet, meşakkat vb. ârizî hâllere bağlı olarak, aslî hükme uymamayı meşru hale getiren, azimet hükümlerinin istisnasını teşkil eden hükümdür⁸⁷. Ruhsatlar, azimet hükümlerine getirilmiş istisnalar olduğu için azimet hükümlerinin zıddı olan birtakım hususiyetler taşır. Bu minvalde ruhsat hükümlerinin de üç temel

⁸³ Zaruretin dar ve geniş mânâdaki ayırımına dair pek çok farklı görüş bulunmakla birlikte mevzuu dağıtmamak adına bunlara temas edilmemiştir. Bilgi için bkz. Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 2 (n 50) 7 vd.; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 94 vd.; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 78 vd.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 265.; Temel Kacı, 'Bir Kaidenin Serencamı: Hâcet Umumi Olsun Hususi Olsun Zaruret Menzilesine Tenzil Olunur', (2016) 2 Cumhuriyet İlahiyat Dergisi 137, 137-173.

⁸⁴ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, (Dâru'l-Mağrife t.y.) 117.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 301.; Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Cilt 2, (Baha Arıkan çev, Yeni Matbaa 1956) 251 vd.; Mustafa Baktır, 'Azimet', DİA, Cilt 4, (TDV 1991) 330.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 336.; Abdülkerim Zeydân, 'İslâm Hukukunda Zaruret Hali', ty. (13)3 Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi, Hayreddin Karaman çev. 162, 163.

⁸⁵ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 116 vd.; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 301 vd.; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (n 81) 196 vd.

⁸⁶ Ruhsat, fıkıh usulünde pek çok farklı sahada kullanılmakla, farklı şekillerde tasnif edilmekle birlikte, mevzumuz açısından, bunlardan sadece aslî hükümden istisna edilerek kolaylık gösterilen durumlar ele alınmıştır.

⁸⁷ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118.; Şâtibî, *el-Muvâfakât* (n 50) Cilt 1, 302.; Sava Paşa, *İslâm Hukuku*, Cilt 2, 249.; İbrahim Kâfi Dönmez, 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 207. Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 336.

hususiyeti vardır. Birincisi, ruhsat hükmü önceden vazedilmiş olan aslî hükümden istisna olmak üzere ikinci kez vazedilmiş bir hükümdür. İkincisi, ruhsat hükümleri herkes için değil, bu hükümden istifadeye hakkı olanlar için geçerlidir. Üçüncüsü, ruhsat istisnai bir hüküm olduğu ve buna dayanarak aslî hüküm hafifletileceği için ruhsatın bir özre dayanması gereklidir⁸⁸. Lüzumlu şartların gerçekleştiği varsayıldığında, ruhsatın umumi hükmü mübahlıktır. Bununla birlikte, bazen belirli ruhsatlar vücûb da ifade etmektedir⁸⁹.

Azimete uymanın ve ruhsattan istifade etmenin mühim ve müşahhas örneklerinden biri şudur: Sahte peygamber Müseyleme, sahâbîden iki kişiyi kaçırıp onları kendisinin peygamber olduğunu söylemeye zorlamıştır. Bunun neticesinde bir sahâbî bunu yapmamış ve şehit edilmiş, diğeryise kalbi ile tasdik etmeksizin bu sözü söylemiştir. Hz. Peygamber, şehit edilen sahâbînin iki kat sevap aldığını, diğeryinse mezkûr sözü zaruret hali içinde ve meşru bir ruhsata binaen söylediği için sözün muktezasından mesul olmayacağını ifade etmiştir. Buna göre şehit edilen sahâbînin davranışı azimete, ikincisinin davranışı ise ruhsata uymaya misaldir⁹⁰.

b. Zaruret Halinin Yasaklar ile İrtibatı

Ruhsatın istisnaî hüküm olması münasebetiyle bir özre dayanması gerekmektedir. Bu özür ise zaruret halidir. Zaruret halinin dar ve geniş mânâda iki türü vardır ve bunların yasaklar ile irtibatı da birbirinden farklıdır. Bu münasebetle dar mânâdaki zaruret halinde kullanılabilecek ruhsatların niteliği ile geniş mânâdaki zaruret halinde istifade edilebilecek ruhsatlar farklılık arz etmektedir.

Zaruret halinin aslî ve hakiki mânâsı, dar mânâdaki zaruret halidir. *Zaruretler memnu şeyleri mübah kılar* kâidesinde zikredilen zaruret budur. Bu kâideden de anlaşılacağı üzere bu mânâdaki zaruret, yasak şeyleri prensip itibariyle mübah hale getirir. Bununla birlikte zaruret halinde bile yapılması caiz olmayan şeyler vardır.

Zaruretlerin yasakları kaldırmasında üç ihtimal mevzubahistir. Birinci ihtimalde, zaruret yasağı kaldırılmaz ve zaruret hali içinde dahi olsa bazı fiillerin işlenmesi caiz olmaz. Nitekim bir kimsenin kendi hayatını kurtarmak için bir başka-

⁸⁸ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118 vd.; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 303 vd.; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali* (n 81) 196 vd.

⁸⁹ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, 118 vd.; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 320 vd.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 210.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)* (n 50) 339.

⁹⁰ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, Cilt 1 (n 50) 328.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 208.

sını öldürmesi caiz değildir. Zira burada iki hayat hakkı çatışmaktadır ve bunların birbirine üstünlüğü yoktur. İkinci ihtimalde, zaruret yasağı kaldırır ve bu durumda haram olan fiillerin irtikâbına zaruret miktarınca izin verilir. Fakat bu izin, o fiilin yapılmasını mecbur kılmaz. Ölüm tehdidi altında küfür kelimesi söylemek bunun misallerindedir. Bu ihtimalde tehdit altında dahi olsa küfür kelimesi söylemek azimet, kalben tasdik etmemekle birlikte dili ile bunu söylemekse ruhsattır. Üçüncü ihtimalde ise zaruret, zaruret yasağın işlenmesini vacip hale getirir. Açlıktan ölmek için ölmeyecek kadar leş yemek, susuzluktan ölmek için ölmeyecek kadar şarap içmek de bu durumun misallerindedir⁹¹. Zaruret hali içinde bir haramın irtikâbı mübah veya vacip hale gelse bile bu, zaruret miktarı ile sınırlıdır. Bu durum Mecelle'de "*zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur*" şeklinde ifade edilmektedir⁹². Yine zaruret hali içerisinde haramın irtikâbı mübah hale gelse bile, bu durum üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Nitekim, bu hal içinde üçüncü kimselere verilen zarar tazmin edilmelidir. Bu da Mecelle'de "*ıztırar gayrın hakkını iptal etmez*" şeklinde ifade edilmiştir⁹³. Zaruret hali ârizî ve istisnâî bir hal olduğu için zaruret durumu ortadan kalkınca mübahlık da ortadan kalkacak ve haramlık geri dönecektir. Bu da Mecellede "*bir özür için caiz olan şey, o özürün zevâliyle bâtil olur*" şeklinde ifade edilmektedir⁹⁴.

Geniş mânâdaki zaruret, yani hâcet sebebiyle haramları irtikâb etmek caiz hale gelmez. Nitekim hâcet, hakiki mânâda bir zaruret hali değildir. Bununla birlikte burada, karşılanmadığı zaman meşakkat doğuracak bir hal de mevcuttur. Dolayısıyla bu gibi hallerde, hâcet sebebiyle aslî hüküm terk edilip kolaylık prensibi kullanılarak istisna yapılabilir, durumun şartlarına göre kıyasa aykırı bazı ruhsatlardan istifade edilebilir⁹⁵. Bir kısım ulemâ, şahsi olmayıp bir bölgeyi, meslek grubunu, ülkeyi vb. alakadar eden geniş mânâdaki zaruret (hâcet) halini, -haramı irtikâb etme hususunda- dar mânâdaki zaruret gibi değerlendirilmektedir. Buna göre umumi bir hal alan hâcet, dar mânâdaki zarurete inkılâb edecektir⁹⁶. Hâcet halinin, ruhsatlardan istifadeyi mümkün kılması Mecelle'de

⁹¹ Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fikh)* (n 50) 335 vd.

⁹² MAA, m.22.

⁹³ MAA, m.33.

⁹⁴ MAA, m.23.

⁹⁵ Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ* (n 6) v.3-a.; Döndüren, 'Hile-i Şer'iyye' (n 7) 294.; Yaran, 'İhtiyaç' (n 82) 574.

⁹⁶ İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir* (n 60) 95 vd.; Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, Cilt 1, 88.; Çalış, 'Zaruret' (n 81) 142.; Yaran, 'İhtiyaç' (n 82) 574.

“*hâcet umûmi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*” temel kâidesi ile ifadesini bulmuştur⁹⁷.

Hâcet halinde başvurulabilecek ruhsat hükümleri, çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilir ve hangi durumlarda hangi ruhsatlardan istifade edilebileceği hususu ihtilaflıdır. Mesele, bu ihtilaflara girmeksizin birkaç misal üzerinden izah edilmeye çalışılacaktır. Bir meselede farklı mezheplerin veya bir mezhep içindeki ulemânın farklı kanaatleri olabilir ve bu hükümlerin çeşitliliğine yol açar. Belirli bir mezhep içinde, belirli bir meselede birden fazla görüş varsa bunlardan tercih edilen, daha güçlü görülen görüş/fetvâ, müftâbih olarak adlandırılır ve bu meselede o fetvâ esas alınır. Fakat hâcet durumunda, müftâbih olan görüş terk edilip daha zayıf kaville amel edilebilir⁹⁸. Eğer tâbi olunan mezhep içindeki görüşler ihtiyaca kâfi gelmez ise diğer mezheplerin meşakkati ortadan kaldıracak görüşlerinden istifade edilip fetvâ/hüküm buna göre verilebilir. Osmanlı hukukunda da bunların misallerini bulmak mümkündür⁹⁹. Nitekim para vakfı, Osmanlı Devleti’nin de resmî mezhebi olan Hanefî mezhebinin kuvvetli kavillerinden hiçbirine göre caiz değilken ilgili uygulama, hâcet sebebiyle mezhep içindeki zayıf görüş olan İmam Züfer’in kavline istinaden meşru kabul edilmiştir. Yine Hanefî mezhebinde kocası mefkûd olan kadının, evliliğini mahkeme kararı ile sona erdirebilmesi için mefkûdün akranlarının ölmesi veya belirli bir yaşı tamamlaması beklenir. Bu yaşın ne olduğu hususunda ihtilaflar bulunmakla birlikte umumiyetle 90 yaş kabul edilmiştir. Fakat hususen Birinci Cihan Harbinde, çok sayıda erkeğin cepheye gidip geri dönmemesi gibi hallerde ortaya çıkan içtimâi sıkıntıyı çözebilmek adına ilgili bekleme süresi, Mâlikî mezhebinin hükümlerinden istifade edilmek suretiyle duruma göre bir ve dört yıla sınırlandırılmış ve bu kanunlaştırılmıştır¹⁰⁰.

Hâcet halinde başvurulabilecek ruhsat misallerini çoğaltmak mümkündür. Her bir misal için mezheplerin ve ulemânın farklı görüşlerinin farklılık arz edebilmesi münasebetiyle bu misaller kendi içinde bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Dolayısıyla hîle ile zaruret halinin münasebeti ayrıca ele alınmıştır.

⁹⁷ MAA, m.32.

⁹⁸ Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyîye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; Süleyman Kaya, ‘Akifzâde’nin Mecelletü’l-Mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim’, (2011) (40)1 MÜİFD 93, 98.

⁹⁹ Mesela, muamele-i şer’iyye, bey bi’l-vefâ, bey bi’l-istiğlâl, icarateyn, mukataa, para vakfı vb.; Osmanlı Devletinin İslam hukukuna yaptığı katkılar hakkında bkz. Ahmet Kılınc, ‘The Influence of the Ottoman State on Islamic Law’, (2022) (7)2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 547, 547-580.

¹⁰⁰ Bkz. Hukuk-i Aile Kararnamesi, Takvîm-i Vakayî, No: 3046, 1336, m.127.

c. Zaruret Hali ve Hîle-i Şer'îyye Münasebeti

İslâm dini, şüphelilere yaklaşmamayı tavsiye etmiş¹⁰¹ ve normal şartlar altında herkes için geçerli olan azimet hükümleri koymuştur. Bu çerçevede, hâcet bulunsa bile ruhsatlardan istifade etmemek, şüphelilere yaklaşmamak kişinin dininin güzelliğinden, takvasındandır¹⁰². Fakat her durumda, herkesten bu şekilde davranmasını beklemek de mümkün görünmemektedir. Nitekim hayatta insanın karşısına çeşit çeşit zorluklar, meşakkatler, zorunluluklar çıkabilmekte ve bunlar dinin emirlerini gereği gibi yerine getirmeye engel teşkil edebilmektedir. İşte bu sebeple İslâm kolaylık prensibini benimsemiş, “bir şey bütün bütün yapılamazsa bütün bütün terk edilmez” kâidesi gereğince zaruret veya hâcet/zorluk durumunda, ruhsatlardan istifade etmek, şüpheli yollara başvurmak İslâm'ın haricinde görülmemiştir¹⁰³. Nitekim bu husus Mecelle'de “*Meşakkat teysiri celbeder. Ya'ni suûbet sebeb-i teysir olur ve darlık vaktinde vüs'at gösterilmek lazım gelir... fukâhanın ahkâm-ı şer'îyyede gösterdikleri ruhas ve tahfifât hep bu kâideden istihraç olunmuştur*¹⁰⁴” ve “*bir iş zıyk olduktâ müttesi' olur (yani bir işte meşakkat görülünce ruhsat ve vüs'at gösterilir)*¹⁰⁵.” şeklinde ifade edilmiştir.

Hîle-i şer'îyye de hâcet halinde¹⁰⁶ başvurulabilecek ruhsatlardan birisi olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷. Nitekim hîle-i şer'îyyede bir kimse, içinde bulunduğu şartlar gereği hukuka uygun hareket etmek hususunda zorlanmakta ve hukuku çiğnemek de istememektedir. Hîle-i şer'îyye ile müşkül durumda kalan kimseye başka hukukî yollar gösterilmekte ve böylece ihtiyacını karşılaması sağlanmaktadır¹⁰⁸. Zararlı olan iki ihtimalden birisini seçmek durumunda kalan kimsenin, daha az zararlısını seçmesi gerektiği ile alakalı “*zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale*

¹⁰¹ Buhâri, 'İmân', 39, 'Büyü', 2.; Müslim, 'Müsâkat', 107-108.

¹⁰² Bu çerçevede tasavvufun, bir azimet yolu olup ruhsat yolu olmadığı ve burada azimetin “şüpheli şeylerden uzak durmak” şeklinde de anlaşıldığı ifade edilmelidir. Bkz. Süleyman Ulu- dağ, 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 210.; Dönmez, 'Ruhsat' (n 87) 210.

¹⁰³ Serahsî, *Mebûsût*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.

¹⁰⁴ MAA, m.17.

¹⁰⁵ MAA, m.18.

¹⁰⁶ Hâcet halinde kullanılabilir ruhsatlardan biri olarak telakki edilen hîle-i şer'îyyeye, dar mânâdaki zaruret halinde başvurmak evleviyetle mümkündür. Nitekim bu halde haramı irtikâb etmek bile mübahken, şüphelilerden istifade etmek evleviyetle böyledir.

¹⁰⁷ Bu hususun mezhepler ve ulemâ arasında ihtilafı olduğu yukarıda ifade edilmişti.

¹⁰⁸ “Müşkül” tabiri, bundan sonra geniş mânâdaki zaruret (hâcet) halini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

*olunur*¹⁰⁹,” “iki fesağ teâruz ettikde ehaffı irtikâb ile a’zâmın çaresine bakılır¹¹⁰” ve “ehven-i şerreyn ihtiyar olunur¹¹¹” kâideleri de uyarınca, bu kimsenin meşrûiyeti ihtilâflı olan hîle-i şer’iyyeye başvurması, haramlığı kat’i olan bir yola müreccah görülmüştür. Bu sebeple müşkül durumda kalan kimsenin ihtiyacını, -içinde şüpheli noktalar bulunması hasebiyle- aslında tavsiye edilmeyen bir yolla karşılaması bir ruhsat olarak telakki edilmiştir¹¹². Nitekim hîle-i şer’iyye, zaruret sebebiyle haramların irtikâbını azaltıp kâidelerin açıkça çiğnenmesini engelleyebilme niyetini taşır¹¹³.

Hîlenin zaruret haline inhisar ettirilmesinin sebebi, tarafların veya taraflardan birinin gayrimeşru bir neticeyi hedeflemiş olma ihtimalidir. Bu, kat’i olmasa da kuvvetle muhtemeldir. Bundan dolayı zaruret olmaksızın bu yola başvurmaya cevaz verilmemiştir. Hîlenin delillerinden de bunu anlamak mümkündür. Yukarıda ele alındığı üzere Hz. Peygamber bir ölçek hurmanın iki ölçek hurma ile trampasına izin vermemiş, aynı neticenin hurmaların karşılıklı satılarak elde edilmesini ise tasvip etmiştir. Bununla birlikte Yahudilerin sebt yasaklarını hîle ile düşürmeleri yerilmiştir. Bu iki hadise arasında şöyle bir fark mevcuttur. Hurma değişimi ile alakalı hadise, trampa akdiyle de satım akdiyle de hedeflenen şey, malların karşılıklı olarak el değiştirmesini sağlamaktır. Fakat olayda bunu trampa ile yapmak caiz olmadığı için aynı netice satışla elde edilmiştir. Nihayetinde burada hedef meşrudur. Yahudilerin sebt yasağını hîle ile düşürmesinde ise hedef gayrimeşrudur. Yani birincide niyet hukuka uymak, ikincisinde ise hukuktan kaçmak, yasağı delmektir. Bu hadiselerde zikredilen usuller, hîlede kullanılan usuller ile şeklen aynıdır. Dolayısıyla bir hîlenin hükmü, birinci misale kıyasen meşru, ikincisine kıyasen gayrimeşru olabilir. Yani yukarıda da ifade edildiği üzere bir hîleyi şer’i ya da bâtil yapan şey niyettir. Tarafların niyetinin objektif olarak tespiti ise mümkün değildir. İşte bu noktada zaruret hali devreye girmektedir. Eğer bir kimse zaruret hali içinde hîleye başvurmuşsa, haramı irtikab etmemek için bunu yaptığı; böyle bir hal olmaksızın, keyfi olarak bunu yapmışsa hukuktan kaçma niyeti ile hareket ettiği varsayılmış ve hüküm buna göre verilmiştir. Dolayısıyla zaruret halinde hîle-i şer’iyyeye müracaat etmenin bir ruhsat olarak telakki edilmesi bu yaklaşımın bir neticesidir.

¹⁰⁹ MAA, m.27.

¹¹⁰ MAA, m.28.

¹¹¹ MAA, m.29.

¹¹² *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtar*, Cilt 5 (n 5) 120 vd.; Ekrem Buğra Ekinci, ‘Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer’iyyeye Dair’ (n 13) 1.

¹¹³ Döndüren, ‘Hîle-i Şer’iyye’ (n 7) 294 vd.

Fıkhî bir meselenin hükmünün, bunu talep eden kişilerin içinde buldukları duruma göre değişebilmesi de bununla alakalıdır. Bu meselede Hz. Peygamber'den şöyle bir rivâyet nakledilmiştir: “*Bir adam, Resulullah’a (sav) oruçlunun hanımı ile mübaşeretinden¹¹⁴ sordu. Resulullah (sav) müsaade etti. Arkadan bir başkası geldi, o da aynı şeyi sordu. Buna mübaşereti yasakladı. Resulullah’ın (sav) müsaade ettiği kimse yaşlı birisiydi, yasakladığı kimse ise gençti¹¹⁵.*” Görüldüğü üzere birbirinin aynı iki soru farklı şekilde cevaplanmış ve hüküm değişmiştir. Çünkü taraflar ve tarafların içinde buldukları şartlar değişmiştir. Hatta aynı olay içinde, taraflardan birisi için caiz olan şey karşı taraf için caiz olmayabilir¹¹⁶. Hîlede de tarafların içinde buldukları şartlara göre taraflardan birisi için zaruret olan şey, diğeri için olmayabilir ve bu muamelenin dini hükmü taraflar için farklılık arz edebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, hîle-i şer’iyeye cevaz veren ulemâ bu hususları göz önüne alarak ihtiyaç ve darlık olmaksızın, keyfi olarak hîleye başvurmayı uygun bulmamış ve mü’minlerin bundan kaçınmaları gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu da hükmün şartlara göre değişebilmesi ile alakadardır¹¹⁷.

2. Maslahat-ı Mürsele

Faydalı olanı elde edip zararlı olanı savuşturmak şeklinde tarif edilebilecek maslahat, kelime olarak iyi, faydalı, iyiye ulaştırıcı gibi mânâlara gelmektedir¹¹⁸. Maslahatın tarifi, çeşitleri ve delil değeri üzerinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar çalışmanın kapsamı dışındadır¹¹⁹. Maslahat “*şer’i delillerin içerdiği tümevarım yöntemine göre incelenmesi sonucunda ulaşılan ve bütün bu hükümlerde kulların dünya ve âhiretteki yararlarının gözetilmiş olduğu şekilde özetlenebilecek olan kapsamlı düşünceyi ifade eden bir üst kavram¹²⁰*” olsa bile,

¹¹⁴ Burada mübaşeret cinsel ilişki olmaksızın dokunmak, öpmek, sarılmak mânâlarında kullanılmıştır.

¹¹⁵ Ebû Dâvud, ‘Savm’, 35.

¹¹⁶ Mesela müşkül bir durumda kalıp, zulümden kurtulmak için rüşvet vermek zorunda kalan kişi ile rüşveti alan kişinin hükmü farklıdır. İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 303 vd.

¹¹⁷ Serahsî, *Mebûât*, Cilt 30 (n 10) 274.; *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6 (n 49) 391 vd.; İbn Âbidîn, *Reddû’l-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Fetvâ’nın şartlara göre değişebilmesi hakkında bkz. İbn Kayyım, *İ’lâmü’l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 36, 84 vd.

¹¹⁸ İbrahim Kâfi Dönmez, ‘Maslahat’, *DİA*, Cilt 28, (TDV 2003) 79.; Ekinci, *İslâm Hukuku* (n 4) 116.

¹¹⁹ Maslahatın farklı mânâları, türleri, delil değeri vb. ile alakalı tartışmalar için bkz. Dönmez, ‘Maslahat’, 79-94.; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh)* (n 50) 221 vd.; Şükrü Özen, ‘İstislâh’, *DİA*, Cilt 23, (TDV 2001) 383-388.

¹²⁰ Dönmez, ‘Maslahat’, 89.

çalışmada, bugün kullanılan mânâsıyla amme menfaatinin (kamu yararı) karşılığı olarak kullanılan maslahat mefhumu üzerinden açıklamalar yapılacaktır.

Maslahat-ı mürsele “*hükümün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi, insanlara bir fayda sağlayan veya onlardan bir zararı gideren, fakat muteber veya geçersiz sayıldığına dair belirli bir delil bulunmayan mânâlar*” olarak tarif edilmiştir¹²¹. Buna göre hakkında kitap, sünnet, icmâ ve kıyasta hükümü bulunmayan meselelerde maslahata dayanarak hüküm verilebilir. Maslahata dayanarak hüküm verme usulüne ise “*istislâh*” denir¹²².

Mecelle’de “*Ra’iyye, yani teb’a üzerine tasarruf maslahata menuttur*”¹²³ şeklinde ifadesini bulan maslahat, devletin tasarruflarında amme menfaatinin esas alması gerektiğini ifade etmektedir. Bu tasarrufların, zaruri maslahatlar olarak kabul edilen dinin, canın, aklın, neslin ve malın muhafazası hedeflerinden en az birine istinâd etmesi gerekmektedir¹²⁴.

Maslahat, insanlara fayda temin etmeyi ve zararları da gidermeyi hedeflediği için amme menfaatinin ihlâl eden fiillerin engellenmesi ve ihlâl sebepleri olan şartların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Dolayısıyla bir meşakkatin umumi bir hal aldığı ve içtimâî nizamı tehdit ettiği durumlarda, o meşakkatin giderilmesi amme menfaati gereğidir. İşte bu gibi darlık durumlarında, amme menfaati gereği kullanılan yollardan bir tanesi de hîle-i şer’iyedir. Nitekim müşkül durumda kalan kimseler, hîle-i şer’iye ile hukuka uygun bir çıkış yolu bulabilmektedir. Bu yol insanların ihtiyaçlarının karşılanmasına, umumi darlık halinin ortadan kaldırılmasına ve içtimâî nizamın temin edilmesine yardımcı olmaktadır. Bu münasebetle meşakkati giderebilecek nitelikteki hîle-i şer’iyelerin umumi darlık zamanlarında kullanılması maslahat icâbidir.

3. Hükümlerdeki Dini ve Kazâî Cihet Ayrımı

İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk olmasından mütevellit, her hukukî muamelenin bir dinî, bir de kazâî (hukukî) boyutu vardır¹²⁵. Bu özellik iki açıdan değerlendirilebilir. Birincisi, hukukun ihlalinin aynı zamanda dini bir ihlal de

¹²¹ Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh)* (n 50) 224.

¹²² Özen, ‘*İstislâh*’ (n 119) 383.

¹²³ MAA, m.58.

¹²⁴ MAA, m.58.

¹²⁵ İbrâhim Kâfi Dönmez, ‘*Amel*’, *DİA*, Cilt 3, (TDV 1991) 17 vd.; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (n 3) 95.; Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (n 3) 104. Bu çerçevede fetvâ/kazâ münasebeti de aynı ayrımın neticesidir. Bkz. Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 246 vd.

olması (haram), yani müeyyidenin hem dünyevi hem uhrevî olmasıdır. Bu sebeple de Müslümanların bu kâidelere gönüllü ve titizlikle uyması beklenmektedir. İkincisi ise bir meselenin hükmünün, dinen ve kazâen farklı olabilmesidir. Şöyle ki B'nin A'dan borç alması, sonrasında mahkemede borcunu inkâr etmesi, A'nın alacaklı olduğunu ispat edememesi halinde mahkeme B lehine karar verecek, yani "borç yoktur" diyecektir. Aslında böylesi bir durumda borç dinen vardır. Yani borçlunun mesuliyeti uhrevî olarak devam etmektedir. Ancak bu borç, mahkemede ispat edilemediği için kazâen yoktur. Bu durumun tersi de mümkündür¹²⁶.

Aynı meselenin hükmünün dinen ve kazâen farklı olması, hüküm verenlerin ve bunların hüküm verirken kullandıkları usullerin farklı olmasının tabii bir neticesidir. Nitekim fetvâ ve kazâ arasında bazı farklılıklar mevcuttur. Bunları kısaca zikretmek gerekirse:

1. Fetvâ bağlayıcı değildir. Kazâî hüküm ise mahkeme kararı olması hasebiyle bağlayıcıdır.
2. Fetvâ umumidir. Bir fetvânın hükmü, aynı şartları taşıyan herkes için geçerlidir. Kazâî hüküm ise hususidir. Yani sadece hakkında hüküm verilen kimseleri bağlar.
3. Fetvâ verecek olan müftî sorulan suale sorulduğu şekliyle cevap verir. Bunların doğru olup olmadığı ile alakalı bir araştırma yapmaz. Kazâda ise kadı, tarafların iddialarını anlattıkları şekli ile kabul etmez ve bunların doğruluğu hususunda araştırma yapar, taraflardan delil ister.
4. Fetvâ bir meselenin uhrevî hükmünü açıklar. Bu sebeple soruyu soran şahsın niyeti mühimdir. Bu şahsın niyetinin ne olduğu, onun beyanından anlaşılır. Kazâ ise meselenin dünyevî hükmünün açıklanmasıdır. Niyet burada da mühimdir. Fakat bunun tespiti sadece o kimsenin beyanı ile değil, hareketleri ve delillerini de kapsayan bir tetkik neticesinde yapılır.
5. Fetvâ, ehil olan herkesçe verilebilir. Kazâ ise devlet tarafından bu hususta vazifelendirilmiş bir kadı tarafından yürütülür¹²⁷.

¹²⁶ Mesela, hata ile talak için kullanılan kelimelerden birini karısına söyleyenin nikâhı kazâen yok, dinen vardır. Bilmen, *Kamus*, Cilt 2 (n 81) 196.; H. İbrahim Acar, 'Talâk', *DİA*, Cilt 39, (TDV 2010) 497.

¹²⁷ *Fetavâ-yı Hindiyeye*, Cilt 3 (n 49) 309 vd.; Bilmen, *Kamus*, Cilt 1 (n 81) 253 vd.; Fahrettin Atar, 'Fetva', *DİA*, Cilt 12, (TDV 1995) 487 vd.

Fetvâ ile kazâ arasında burada zikredilenlerden başka farklar da mevcuttur. Fakat mevzumuz ile alakası bakımından mezkûr hususlarla iktifâ edilmiştir.

Bir işin hukuken meşru (sahih) olmasının dinen de caiz olacağı mânâsına gelmemesi, hîle-i şer'iyede ve dolayısıyla bir hîle tatbikatı olan muamele-i şer'iyede anahtar rol oynar. Nitekim bir hîlenin şer'i mi bâtil mı olduğunun tespitindeki en önemli kıstaslardan birisi niyettir. Dolayısıyla bir hîlenin dini hükümü, bunu kullanacak şahısların niyetine ve içinde buldukları şartlara göre değişebilmektedir. Müşkûl durumda kalmış bir kimsenin haramı irtikâb etmek için hîle-i şer'iyeden istifade edip içinde bulunduğu durumdan kurtulmasına verilecek hüküm ile buna keyfi olarak müracaat eden kimseye verilecek dini hüküm elbette farklıdır. Bu misalde müşkûl durumda kalıp da ruhsatlardan istifade ederek bu durumdan kurtulan kimsenin davranışı dinen caiz iken, aynı muameleyi keyfi olarak yapan kimsenin davranışı dinen caiz değildir. Fakat görünüşte bu iki hukukî muamele birbirinin aynısıdır. Kazâi hükmün de zâhire göre bina edilmesi münasebetiyle bu iki muameleye verilecek hüküm aynı olacaktır¹²⁸. Buradan da anlaşıldığı üzere, kazâen “meşru (sahih)” olan şey, dinen “mekruh” ve hatta “haram” olabilir¹²⁹. Nihayetinde esas olan niyettir fakat olay mahkemeye intikal ettiğinde delile ve zâhire itibâr edilir¹³⁰. Dolayısıyla İslâm, bazı hususlarda kazâen o muameleyi meşru sayarak müşkûl durumda kalan insanlara bir çıkış yolu göstermiş, bir taraftan da “*müftî sana fetvâ verse de sen kalbinden fetvâ sor*¹³¹” hadis-i şerifinde olduğu gibi insanları daha dikkatli ve takvaya uygun yaşamaya teşvik etmiştir¹³².

¹²⁸ Hükmün zâhirdeki delillere göre verileceğinin delili olarak şu hadis gösterilmektedir. “*Şüphesiz ben de sizin gibi bir insanım. Sizin aranızda bir ihtilaf çıktığında, sizden bazınız delilinizi bazınızdan daha güzel anlatır. Ben de onun doğru söylediğini zanneder ve onun lehine hükmederim. O halde kimin lehine kardeşinin hakkından bir şey hükmedersem, onu almasın. Bu durumda ona ateşten bir parça kesmişimdir.*” Tirmizî, ‘Ahkâm’, 11.; Buhârî, ‘Hiyel’, 10.

¹²⁹ Bilmen, *Kamus*, Cilt 2 (n 81) 176, 204.; İslâm hukukunda bunun pek çok misalini bulmak mümkündür. Mesela Hanefî mezhebine göre bid’i talak (bir defada verilen üç talak) hukuken sahîh ama dinen tahrîmen mekruhtur.

¹³⁰ Mustafa Baktır, ‘Buhârî’nin Sahihindeki “Kitâbü’l-Hiyel”i Hakkında Bazı Mülâhazalar’, (1991) 10 EAÜİFD 59, 72.

¹³¹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Cilt 4, 208.; Suyûti, *Câmi’u’s-Sağîr*, 1/40.

¹³² Bu çerçevede, Osmanlı ulemâsından bazılarının muamele-i şer’iyeye hukuken meşru hükmünü vermekle birlikte bu gibi işlere tevessül edilmemesi gerektiğine dair tavsiyeleri dikkate şayandır. Bu tavsiyeler için bkz. Süleyman Kaya, ‘XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri’, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007, 16 vd.; Bu durum bu tavsiyeyi verenlerin muamele-i şer’iyeyi kazâen meşru görmesi ile tenâküz teşkil etmez. Çünkü kazâen meşru olan her şey dinen tavsiye edilmemektedir.

Bu durumu hîle ile alakalı fetvâları değerlendirirken göz önünde tutmak gerekmektedir. Jean Baz'ın hîlenin menşeyini, İslâm hukukunun kazuistik metoduna ve somut vâkıaları şer'î şekillere uydurma zaruretine bağlaması da bununla alakadardır¹³³. Nitekim hîle-i şer'îyyenin ilk şartı, şeklen hukuka uygun bir muamelenin bulunmasıdır. Yani bir kimsenin müşkül durumun varlığı halinde ruhsatlardan istifade etmesi mümkün olmakla birlikte, bunun şeklen hukuka uygun muameleler ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Burada somut vâkıa, geniş mânâda zaruret halinin (hâcet) bulunması ile ruhsatlara başvurması caiz hale gelmiş bir kimsenin içinde bulunduğu durumu, bunun hukuka uygun mu-

dur. Nitekim İslâm hukukunda, kazâi hükümlerde meşru-gayrimeşru (legal-illegal) gibi bir ayrıma gidilirken ve ikili mantık (binary logic) kullanılırken; meselelerin dini hükmü açıklanırken çok değerli/saçaklı/bulanık mantık sisteminin (fuzzy logic) kullanılması ve burada meşru-gayrimeşrudan daha geniş bir değerler sisteminin (farz, vacip, sünnet, müstehab, mübah, mekruh, haram) mevcut olması da bununla alakadardır. İkili mantık, hükümleri, yasal-yasal olmayan veya meşru-gayrimeşru şeklinde ikili bir tasnife tâbi tutar. Çok değerli mantık sisteminde ise bu ikisi arasında gri alanlar vardır. Modern hukuk mantığında bulunmayan bu tasnif, İslâm hukukunun dini menşeli bir hukuk sistemi olmasının neticesidir. İslâm'ın, insanları "insan-ı kâmil" mertebesine getirmek gibi bir hedefi vardır. Bunun için sadece emir ve yasak değil, diğer ara normları da belirtir. "Yapmak zorunda değilsin ama yaparsan iyi olur" veya "yapman yasak değil ama yapmasan iyi olur gibi" değerler İslâm'da tatbik sahası bulur. Bu durumun bir sebebi de İslâm Dininin "hukuku aşmak/geçmek" olarak adlandırılacak ve hukuk düzeni sana bir hak verse dahi üçüncü kişiler, zor durumda kalanlar lehine o haktan feragât edebilmek, hatta hakkını gasbeden kişiye iyilikle mukabelede bulunabilmek erdemi olarak da tarif edilebilecek bir hedefinin olmasıdır. Bu çerçevede hukuk, mübâdele ve mukâbele üzerine kurulmuştur ki bu şeriattır. Yani, hak sahibinin hakkını her zaman talep edebilmesini ve bunun meşrûyetini ifade etmektedir. Fakat İslâm için hak sahibinin hakkını alması nihâi hedef değildir. Bu, şeriat-tarikat-hakikat veya şeriat-tarikat-marifet-hakikat seviyeleri olarak meşhurdur. Mesela şeriat kısıtı, tarikat (veya marifet) affetmeyi, hakikat kötülüğe iyilikle mukabeleyi emreder. Bu da mübadele ve mukâbele ilişkisinin şahsi planda aşılması, yerine sevgi ve fedâkarlık ilişkisinin hâkim olması manasına gelmektedir. Recep Şentürk, 'Açık Medeniyet: Bir Fıkıh Medeniyeti Olarak İslam', (2007) 82/83/84 Ay Vakti 31, 31-51.; Alev Alatlı, *Akılın Yolu da Bir Değildir*, (İstanbul: Destek Yayınları, 2003), 1-21.; Süleyman Dönmez, 'Saçaklı ya da Puslu Mantığın Eşiğinde Akıl Kavramı', *Bilim, Ahlak ve Sanat Bağlamında Çağdaş İslam Algıları*, (2011) 139-150.; Şentürk, 'Fıkıh Medeniyeti', 40.; Çok değerli mantık sisteminin kullanılması ile de bağlantılı olarak müftî bir fetvâ verirken bunun yanında bir de tavsiye verebilir. Mesela müftî önüne gelen bir meselede, sulh olmak hayırlıdır der, fakat mahkeme bu tavsiyeye istinaden insanları buna uymaya zorlayamaz. Bunun gibi takvayı önceleyen bir âlim, muamele-i şer'îyyeye cevaz vermekle birlikte bunu tavsiye etmeyip "Böyle kazanılmış bir paranın bereketi olmaz, yapmayın" diyebilir. Ancak bu tavsiye hukuken bir mânâ ifade etmez. Hukuken herhangi bir mânâ ifade etmemesi ise bunun İslâm hukuk sistematığı içinde olmadığını göstermez. Bu mânâda hîle-i şer'îyyenin kullanılıp kullanılmaması, kişinin dini hassasiyeti (takvası) ile ilgilidir sonucuna varılabilir. Bütün bu hususlar İslâm hukukunun esnekliğini göstermesi bakımından da mühimdir.

¹³³ Jean Baz, *Essai sur la fraude a la loi en Droit Musulman*, Paris, 1938'den aktaran Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile* (n 17) 281.

ameleler ile gerçekleştirilmesi ise vâkıları şer'î şekillere uydurma zaruretinin ifade etmektedir. Yani hâcet bulunması dinen hîleyi caiz hale getirmekte, bunu şeklen hukuka uygun muameleler ile yaparsa kazâî meşrûiyeti temin etmektedir. Joseph Schacht'ın, hîle-i şer'iyenin İslâm hukukunda *teori-pratik* uyumunu sağladığına işaret etmesi de bu şekilde anlaşılmalıdır¹³⁴.

Hîlenin kazâî meşrûiyeti hukuka uygun muameleler ile sağlanmaktadır. Ayrıca gerekli şartlar bulunduğu hîle-i şer'iyeye bir ruhsat olarak kabul edilmekte ve bununla amel etmek mübah hale gelmektedir. Mübah sahada da devletin düzenleme yapma imkânı bulunması, devletin hîleye müdahalesinin mümkün olduğunu göstermektedir. Nitekim maslahat varsa devlet mübah bir fiili yasaklayabilir veya emredebilir. Bu çerçevede devlet, belirli bir hîleyi yasaklayabilecek veya sınırlandırabilecektir¹³⁵. Dolayısıyla belirli bir hîlenin dini hükmü tarafların niyetlerine ve içinde buldukları şartlara, bu hîlenin kazâî hükmü ise devletin o hîle karşısındaki tutumuna bağlıdır.

F. Hîle Hakkında Umumi Değerlendirme

İslâm hukuku gibi dini menşeli hukuk sistemlerinde insanlar, hukuka uyarak hem işlerini dinen meşru dairede kalarak halledip uhrevî müeyyideden kurtulmak hem de bu yolla dünyevî bir müeyyide ile karşılaşmamak ister. Fakat bazen hayat şartları insanları hukuka aykırı işler yapmaya zorlar. Hukukun bir vazifesi de insanların problemlerini çözmek olduğu için bu noktada hukuk sistemi çeşitli düzenlemeler ve müesseseler ile hukukun tıkanıp noktaları açmak suretiyle amme nizâmını sağlar. Nitekim zaruret halinde yasakların mübah hale dönüşmesi bunun en bariz misalidir. Bu noktada kullanılan yollardan bir tanesi de hîle-i şer'iyedir.

¹³⁴ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford University Press 1982), 210.; Joseph Schacht, 'al-Hiyal', Eİ2, Cilt 3, 512.

¹³⁵ Meşrûiyeti dinen ihtilafı bir hîle örneğinde devlet, bu hîlenin hukuktan kaçmak veya hukuka uymak için mi yapıldığını birkaç şekilde değerlendirebilir. Öncelikle mahkemeye tarafların niyetini tespit edip muamelenin akıbeti hakkında hüküm verme mükellefiyeti yüklemeksizin, bu hîlenin hukuktan kaçmak için yapıldığını varsayıp bunu yasaklayabilir veya bu hîleyi hukuka uymak amacıyla yapıldığını varsayarak meşrû görebilir veya yapılan hîlenin şer'î mi bâtil mi olduğunun takdirini, olayın şartlarını göz önüne alması kaydıyla hâkime bırakabilir. Tarafların niyetinin nasıl tespit olunacağı, objektif/sübjektif nazariyenin niyete yaklaşımı vb. meseleler, hâkime bu hususta takdir yetkisi verilmesi ihtimalinde karşımıza çıkar. Osmanlı tatbikatında böyle bir durumla karşılaşılması ve esas mevzumuzun bu olmaması hasebiyle bu hususta bir değerlendirme yapmaya gerek görülmemiştir. Hukukta niyet hakkında bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, 'Niyet', DİA, Cilt 33, (TDV 2007) 169-172.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, (Filiz Kitabevi 2017).

İslâm hukukunda hîleler, şer'î ve bâtil olmak üzere ikiye ayrılmış olup bâtil hîleler caiz görülmezken şer'î hîleler belirli şartlar altında caiz görülmüş ve tarihte de tatbik imkânı bulmuştur. Yukarıda da ifade edildiği üzere hîle-i şer'îyenin meşrûiyeti zarurete dayanmaktadır. Nitekim zaruret varsa hîle caiz olmaktadır. Burada zaruret ile kastedilen hem dar mânâsıyla zaruret hali hem de geniş mânâdaki zaruret, yani hâcet halidir. Bununla birlikte hâcet halinin umumi bir hal alması sebebiyle amme nizamının bozulması durumunda, bu hâcetin bir hîle-i şer'îye ile giderilme imkanı varsa buna başvurmak maslahat icâbı olur. Böylesi durumlarda, bu gibi sebeplerle şer'î hîlelere başvurmak bir ruhsat olarak telakki edilmiş, keyfi olarak hîleye başvurmaksa uygun görülmemiştir¹³⁶.

Hîle hususunda her ne kadar Hanefî ve Şafiîler öne çıksa da, her mezhepten hukukçu az veya çok hîleye müracaat etmiştir. Ulemâ arasındaki görüş farkı ise tatbikatta ortaya çıkmaktadır¹³⁷. Nitekim Hanbelî âlim İbn Kayyım, hîleyle

¹³⁶ İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtar*, Cilt 4 (n 5) 339.; Benzer ifadeler için bkz. *Fetavâ-yı Hindîyye*, Cilt 6 (n 49) 390 vd.; Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 274.

¹³⁷ İsmail Hakkı İzmîrli, *İlm-i Hilâf*, 148 vd.; Burada, Hanefî mezhebince ortaya konulan, diğer mezheplerde de beğenilip tasvip edilen bazı hîle örnekleri esas mevzumuzla alakası göz önüne alınmaksızın zikredilmiştir. Nitekim bu misaller her mezhebin farklı yoğunlukta da olsa hîle-i şer'îyeye cevaz verdiği delil teşkil etmektedir. "*Birisini hanımına "sen benden hul" [muhâlea/anlaşmalı boşanma] istediğinde, ben de seni hul' etmez isem, benden üç talakla boşsun dedi ve kadın da hul' istedi. Daha sonra her ikisi de pişman bir vaziyette Ebu Hanîfe'ye geldiler. Ebu Hanîfe kadına kocasından hul' istemesini söyledi kadın da bunu istedi. Kocasını da "bana vereceğin 1000 dirhem karşılığında seni hul' ettim" dedi. Karısı da "hayır, kabul etmiyorum" dedi. Ebû Hanîfe onlara "Şimdi kalkıp gidiniz, her ikiniz de yemininizi yerine getirdiniz" dedi.*" Görüldüğü üzere bu misalde söyledikleri sözlerden pişman olan ve zor durumda kalan bir çift için her ikisinin de sözlerini yerine getirdiği fakat boşanmanın gerçekleşmediği bir çözüm bulunmuştur. Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 318.; Bir başka misal şöyledir: Bir grup hırsız bir kimsenin evine girip eşyalarını alıyorlar ve ev sahibini de tehdit ederek adlarını ebediyen hiç kimseye söylemeyeceğine, söylerse hanımının boş olmasına dair yemin ettiriyorlar. Durum Ebû Hanîfe'ye aktarıncaya o bölgedeki herkesin bir mescide veya eve doldurulmasını, sırayla herkesin dışarı çıkarılmasını ve ev sahibine "bu onlardan mıydı?" şeklinde sorulmasını, ev sahibinin onlardan değilse "onlardan değil" demesini, şayet hırsızlardan birisi ise sükût etmesini, böylece isimlerini kimseye söylemediği için talakın vâki olmayacağını hem de hırsızların aldıkları malların iade olabileceğini bildirmiştir. Görüldüğü üzere burada da haksız yere zor durumda bırakılan ve hakkına kavuşması engellenen bir kimsenin içinde bulunduğu zor durumdan kurtarılması ve hakkına kavuşması mevzubahistir. İmam Muhammed, el-Mehâric, 43-44'den aktaran Baktır, 'İslâm Hukukunda Hîle-i Şer'îyye' (n 7) 85. Benzer bir misal için bkz. İbn Kayyım, *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4 (n 12) 380.; Zulümden kurtulmak için hîle-i şer'îyye yapılabileceğine dair bir misal de şöyledir: Bir kimse, haksız ve zâlim bir başkasının şerrinden emîn olmak için gizlenir ve kendisi ile görüşmeye gelenlere şöyle söyler: "Size beni sorarlar ve yemin teklif ederlerse, nerede olduğumu bilmediğinize dair yemin ediniz. Bununla benim nerede oturduğumu veya nerede durduğumu bilmediğinizi kastediniz (çünkü siz benim [o anda] nerede oturduğumu, nerede uyduğumu veya nerede durduğumu gerçekten bilmiyorsunuz). Böylece doğru söylemiş olursunuz." Serahsî, *Mebûsât*, Cilt 30 (n 10) 281.

tafsilatıyla tetkik ettikten sonra “maksat mübah ise hîlenin mübah, değilse haram olduğu” neticesine ulaşmıştır¹³⁸. Yine Mâlikî âlim Şâtîbî bir hukukî muamelelenin hîle olarak kabul edilmesini, bu tasarrufun şer’i bir hükmü iptal kastıyla yapılmasına bağlamaktadır¹³⁹. Dolayısıyla aslında her mezhep bu hususta niyeti esas almış, fakat niyete yüklenen farklı mânâlar sebebiyle farklı hükümlere ulaşmışlardır. Nitekim zulümden/haramdan kurtulmak maksadıyla hîleye her mezhep cevaz vermiştir. 12. asırda yaşadığı düşünölen Hanefî âlim Saîd b. Ali es-Semerkindî bu durumu “vesikaların te’kidi, haramlardan ve ribâdan kaçınmak, zararı ve zulmü def etmek hususunda Hz. Peygamber’den günümüze kadar hîleye başvurulmuştur ve bu hususta (ne haleften ne de seleften) bir ihtilaf ortaya çıkmamıştır¹⁴⁰” şeklinde ifade etmiştir¹⁴¹. Fakat mezhepler arasındaki fark, bir muamelelenin haramdan kurtulmak maksadıyla mı yoksa harama ulaşmak maksadıyla mı yapıldığının tespitindeki farktan kaynaklanmaktadır. Bunda ulemânın şahsi temâyüllerinin tesiri olduğu gibi, devrin şartlarının ve mezheplerin akitlerde esas aldıkları objektif/sübjektif nazariyenin de tesiri vardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir hîleye bazı âlimler/mezhepler haramdan kurtulmayı sağladığını düşündükleri için cevaz vermekte, bazılarıysa bu yolun harama ulaştırdığını düşündükleri için cevaz vermemektedir.

Nihayetinde hîle-i şer’iyye, şartların zorlaması sonucu hukuka uymakta zorlanan kimselere bir çıkış yolu bulabilmek, haramların irtikâbını azaltmak, amme nizâmını temin etmek gibi maksatlarla kullanılan, hukukî bir usul-müessese görünümü arz etmektedir.

¹³⁸ İbn Kayyim, *’l-lâmü’l Muvakkîn*, Cilt 3-4 (n 12) 234.; İbn Kayyim’ın bu görüşü serdetmekle birlikte hîle-i şer’iyyeye muhâlif çok sayıda görüşü de bulunduğu bilinmektedir. İbn Kayyim’ın bir taraftan Hanefî mezhebinin hîle anlayışına toptan karşı çıktığını ifade ederken, Hanefîlerin pek çok hîle misalini, kitabının konuya hasrettiği bölümünde, meşru hîleler başlığı altında ele aldığı ve bu sebeple kendi içerisinde çelişkiye düştüğü iddiası için bkz. Bakır, ‘İslâm Hukukunda Hîle-i Şer’iyye’ (n 7) 77 vd.

¹³⁹ Şâtîbî, *el-Muvâfakât* (n 50) 391.

¹⁴⁰ Semerkindî, *Cennetü’l-Ahkâm* (n 30) 22.

¹⁴¹ Saîd b. Ali es-Semerkindî’nin hîle-i şer’iyyeye dair Arapça kaleme aldığı “*Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric*” isimli önemli bir risâlesi bulunmaktadır. Bu risâlenin arşivde çok sayıda yazma nüshası mevcuttur. Bu nüshalar Saffet Köse ve İlyas Kaplan tarafından karşılaştırılmalı olarak Arapça neşredilmiştir. Bu esere yapılan atıflarda bu nüsha kullanılmıştır. Saîd b. Ali es-Semerkindî hakkında bilgi için bkz. Saîd b. Ali Semerkindî, *Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric*, 9 vd.; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 51.; Necmettin Kızılkaya, ‘Saîd b. Ali es-Semerkindî’nin (v.500/1106 Civarı) “Cennetü’l-Ahkâm ve Cünnetü’l-Hisâm fî’l-Hiyel ve’l-Mehâric” İsimli Eseriyle “Hiyel”i Yeniden Düşünmek’, (2007) 9 İHAD 443, 443-450.

II. Sosyal Şartların Meseleye Tesiri

Bu başlık altında öncelikle Osmanlı devletinde sıkça karşılaşılan bir hîle tatbikatı üzerinden mesele somutlaştırılmış, ardından hiyel meselesinin “hukuku dolanmanın” bir yolu olup olmadığı hususu ele alınmış ve hîle-i şer'îyyenin İslam hukuk tatbikatındaki rolü alt başlıklar halinde tetkik edilmiştir.

A. Bir Hîle Tatbikatı Olarak Muamele-i Şer'îyye

Muamele-i şer'îyye, birden fazla akit yapılarak borçlanmayı sağlayan bir kredi temin usulü ve bir karz/borç münasebetinde faiz yasağından kurtulmak maksadıyla müracaat edilen bir çare olarak tarif edilebilir. Aslında kelime mânâsı itibarıyla hukuka uygun bütün hukukî muameleler, muamele-i şer'îyyedir. Fakat bu mefhum, zamanla sadece malum bir hîle (hiyel) çeşidi olan ve birden fazla akit yapılarak borçlanmayı sağlayan bir kredi temin usulü olarak kullanılan hukukî muameleler için kullanılmış¹⁴², muamele-i şer'îyyenin kurulması için yapılan hukukî muamele ise *devr-i şer'i* olarak adlandırılmıştır.

Bu muamele, tarihte bey'u'l-iyne olarak bilinen akdin geliştirilmiş halidir¹⁴³. Bu mevzuda Osmanlı ulemâsınca kaleme alınan eserlerde muamele-i şer'îyye, bey'u'l-iyne yerine kullanılmıştır¹⁴⁴. Muamele-i şer'îyyeye dair müstakil bir risâlesi bulunan Hamza Efendi'nin risâlesinin şerhlerinde, bey'u'l-iynenin ve muamele-i şer'îyyenin aynı şey olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁴⁵.

Muamele-i şer'îyyenin pek çok farklı usulde yapılması mümkün olmakla birlikte¹⁴⁶, Osmanlı tatbikatında sıkça karşılaşılan usul şöyledir: Muamele-i şer'îyye ile borç verecek olan kimse, borç isteyen kimseye misalen karz olarak 100 akçe verir. Ardından 1 akçe kıymetindeki bir mal, borç isteyene 10 akçeye vadeli olarak satılır. Dolayısıyla aslında 101 akçe kıymetinde borç+mal için 110

¹⁴² Halil Sahillioğlu, 'Muamele-i Şer'îyye', (1978) 164 İktisat Dergisi 10, 11.

¹⁴³ Süleyman Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

¹⁴⁴ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 79; Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

¹⁴⁵ Tarikatçı Emîr Mustafa, *Tebyînü'l-Merâm*, (Süleymaniye Kütüphanesi, H. Abdullah Efendi 186), v.74a-2 ve Mahmud Seydişehrî, *Şerh-i Bey' ve Şira'*, (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Kütüphanesi Yazmalar 129), v.136b'den aktaran Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 15.

¹⁴⁶ Bunlar için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îyye (XVII. Asır)* (n 1) 81 vd.

akçe borçlanılmış olmakta, bu da bir karz ve bir bey' (satım) akdi ile sağlanmaktadır. Mevzuu hakkındaki temel ihtilaf da aradaki (9 akçelik) kısmın yasak olan ribâ (faiz) olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bu muamelenin faiz yasağını dolanmak için üretilmiş bir usul olup olmadığıdır.

Muamele-i şer'iyenin bir hîle çeşidi olması, hîlenin hükmününse niyete ve şartlara göre değişebilmesi münasebetiyle muamele-i şer'iyenin hükmü niyete ve şartlara göre değişebilecektir. Zaruret halinde hîleye başvurmaya cevaz verilmesi, bu durumda muamele-i şer'iyeye de cevaz verileceği anlamına gelmektedir.

Muamele-i şer'iyenin dini hükmünün, tarafların niyetlerine ve şartlara göre değişebilmesi münasebetiyle, hükme varabilmek için tarafların bunu faizden kaçınmak için mi, yoksa faize ulaşabilmek için mi yaptığını tespit etmek gerekmektedir. Bu tespit yapılmadığı müddetçe bütün vâkıalar için umumi ve tek bir hüküm verilemez. Bu çerçevede, muamele-i şer'iyeye ile borç veren açısından bir değerlendirme yapıldığında karşımıza pek çok ihtimal çıkmaktadır. Mesela bir kimse, ihtiyacı olanlara bu yolla borç vermeyi meslek haline getirmiş olabilir. Diğer taraftan bir kimse, vâsisi olduğu yetimin malını muhafaza etmek için veya mütevellisi olduğu hayır maksatlı bir vakıf için muamele-i şer'iyeye ile borç veriyor olabilir. Muamele-i şer'iyeye ile borç alan kimse açısından bir değerlendirme yapıldığında da pek çok ihtimal mevcuttur. Bununla birlikte bunlardan en kuvvetlisi bir kimsenin müşkül durumda kalıp, karz-ı hasen de bulamaması ve bu şartlar altında muamele-i şer'iyeye ile borçlanmış olmasıdır. Şüphesiz hiç kimse karz-ı hasen bulabilecekken, borç aldığı miktardan fazlasını ödeyeceğini bilerek muamele-i şer'iyeye yapmaz. Dolayısıyla misallerde zikredilen herkesin faiz yasağını delip haramı elde etmek maksadıyla hareket ettiği söylenemez. Niyetin insanın iç dünyasına ait oluşu ve bunun tespitinin mümkün olmayışı da devrin şartlarını göz önüne alarak bir değerlendirme yapmayı zaruri kılmaktadır.

Günümüz literatüründe muamele-i şer'iyeye ekseriyetle, faiz alabilmek için uydurulmuş bir kılıftan ibaret görülmektedir¹⁴⁷. Ancak bu meselede öncelikle hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtıla ayrımı yapılmamakta; muamele-i şer'iyeye değerlendirilirken tarafların niyeti ve bu niyetin tespiti için gerekli olan, muamelenin hangi durum ve şartlar altında yapıldığı ile alakalı bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Tarafların niyetini, vâkıanın hangi durum ve şartlar altında gerçekleştiği göz önüne almadan bir değerlendirme yapılması halinde, bu değerlendirme işin esasına girmeden yapıldığından ötürü şekli bir değerlendirme-

¹⁴⁷ Bkz. "A. Hîle Mefhumu" başlığı.

nin ötesine geçemez ve yukarıdaki misallerin tamamına tek bir hüküm verilir. Hâlbuki bu misallerdeki kimselerin niyetleri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla bunlara verilecek hüküm de farklı olmalıdır.

Belirli bir devir ve yerdeki muamele-i şer'îye tatbikatını ve muameleyi yapanların bunu hangi niyetle yaptıklarını anlamak, başta zamanın ulemâsının görüşlerine başvurmak ve devrin şartlarını göz önüne almakla mümkündür. Burada hedef, bu muameleyi yapanların bunu ne niyetle yaptıklarını devrin şartlarını göz önüne alarak anlamaya çalışmaktır. Bunlar yapılmaksızın muamele-i şer'îye tatbikatı hakkında söylenecekler eksik olacaktır. Bu minvalde Kaya'nın şu ifadeleri de zikre değerdir: *"Bir şeyin meşrûiyetinin tespiti noktasında içinde bulunulan şartların etkili olduğu düşünüldüğünde; o dönemde yaşamış ve ilmî kudretinde şüphe olmayan ulemânın kendi dönemleri için meşru gördükleri bir muamelenin, o dönem için meşru olmadığını söylemek imkân dâhilinde görülmemektedir. Yine o dönem hile-i şer'îyelere başvurmak yerine kredi ihtiyacını karşılamak üzere nelerin yapılabileceğine dair günümüzde teklifler sunulduğu görülür. Hâlbuki bu tekliflerin, o dönemin şartlarında uygulanabilirliği ve dönemin ihtiyaçlarına cevap verebilirliğini test etme imkânı mevcut değildir. Üstelik bu tekliflerin o dönemde yaşayan insanlar tarafından düşünülmeyeceği varsayılmaz¹⁴⁸."* Bu çerçevede hilenin, dolayısıyla da muamele-i şer'îyenin hükmünün tarafların niyetine göre değişebileceği 18. asır Osmanlı ulemâsından Mahmud Seydişehrî tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"Bu muamele, mal biriktirmek, servet yığmak için yapılırsa mekruhtur diyenlerin görüşü tercih olunur. Yetim ve vakıf mallarında olduğu gibi iktiza hasebiyle yapılırsa caiz diyenlerin görüşü tercih olunur¹⁴⁹."* Buna göre muamele-i şer'îyenin mal biriktirmek için yapılması caiz görülmezken yetim ve vakıf mallarında olduğu gibi bunların mallarının muhafaza edilmesi gibi "gereklilik" durumlarında yapılması caiz görülmüştür. Bu görüş Osmanlı ulemâsının genel kanaatidir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 12.

¹⁴⁹ Seydişehrî, *Şerh-i Bey' ve Şirâ*, v.137-a'dan aktaran Kaya, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri' (n 132) 19.; Aynı husus Kazerûnî tarafından "Zarardan, zorluktan, haramdan kurtulmak için hileye başvurmak caizdir. Bey' bi'l-vefâ da ribâdan kurtulmak için başvuru bir hiledir. Zamanımızda insanların çoğu buna ihtiyaç duymaktadır ve insanları ribâdan kurtardığı için hile yasaklanamaz. Fakat bir hile üçüncü kimselerin hakkını ihlâl ediyorsa o zaman bu câiz olmaz" ifadeleri ile vurgulanmıştır. Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ* (n 6) v.1-b.

¹⁵⁰ Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îye (XVII. Asır)* (n 1) 80 vd.

Meselenin bir diğer veçhesi de ulemâyı bu tercihe zorlayan sebeplerin ne olduğunun tespitidir. Devrin ulemâsı Hanefî mezhebi içerisindeki daha zayıf bir kavle dayanarak söz konusu görüşü serdetmiştir. Dolayısıyla onları bu tercihe iten bir sebep olmalıdır. Osmanlı Devleti'nin 17. asrına baktığımızda karşımızda üç temel problem vardır. Bunlardan birincisi, para darlığı; ikincisi, zirâi kriz; üçüncüsü ise devlet harcamalarının (hususen askeri alanda) fazlaşması neticesinde halka yüklenen vergi yükünün artmasıdır. İşte muamele-i şer'iyeye tasarrufları ve bu tasarrufları sıkça kullanan para vakıfları, tatbikatta bu sıkıntıları bertaraf edebilmek gayesine hizmet etmiştir. Nitekim bu, zenginlerin kontrollü ekonomi ve risk sebebiyle ticari hayata dâhil etmediği *yastıkaltı* parasını bir şekilde ticari hayata dâhil etmiş ve birinci problemin bertarafına yardımcı olmuştur¹⁵¹.

Para vakıflarının meşru kabul edilmesi de temelde iki vazifeyi icra etmiştir. Birincisi, amme hizmetlerinin bu vakıflar eliyle görülmesi ve devlet hazinesinden bu kalemler için para çıkmaması; ikincisi, ticari ve zirâi hayatta krediye ihtiyaç duyan kimselere bu vakıflar vasıtasıyla borç verilerek, bunların "tefecî" vb. gibi kimselerin eline düşmekten kurtarılmasıdır. Bu da yukarıda zikredilen birinci ve ikinci problemin bertarafına yardımcı olmuştur¹⁵².

Para vakıflarının meşru kabul edilmesi ile hususen Anadolu'da çok sayıda avarız vakfının kurulduğu bilinmektedir. Avarız vakıfları da paralarını ekseriyetle muamele-i şer'iyeye tasarrufları ile işletmiştir. Bu da yukarıda zikredilen birinci ve hususen üçüncü problemin bertaraf edilmesine hizmet etmiştir. Zira bu yolla hem piyasaya kredi sağlanmış hem de beklenmedik zamanlarda gelen ek ve ağır vergilerin yükü hafifletilmiştir¹⁵³.

Devrin ulemâsı da bazı fetvâlarında muamele-i şer'iyeyi izah ederken zarurete ve şiddetli ihtiyaca vurgu yapmıştır. Bununla alakalı mühim ve uzunca bir fetvânın¹⁵⁴ ilgili bölümleri, tarihî arka planı göstermesi hasebiyle burada zikredilmiştir. Fetvânın sual bölümünün ilgili kısmı şöyledir:

"Bu mes'ele beyânında Eimme-i Hanefîyeden cevâb ne veçhiledir ki, fî zamanına nâs beyninde bir muamele vardır. Meselâ Zeyd, Amr'a karz bir

¹⁵¹ Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 116.

¹⁵² Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 116.

¹⁵³ Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyeye (XVII. Asır)* (n 1) 117.

¹⁵⁴ *Mecmû'atü'l-letâif*, v.143a-144b.

mikdar akçe vermek murâd edinüb, onu on birden ziyadece ribh hâsıl olmak için, on bin akçe karz ve bin akçe bahalı bir dâbbeyi altı yedi ay vâde ile altı bin akçeye verüb ol ribhi helaldir deyû zannederler. Bu makûle mübâyâ'ât ise, karza munzam olmağın fâside olub hîn-i edâda Amr on bin akçe ve dâbbe durursa dâbbeyi ve ilâ değer bahâsını vermek eylese şer'an kâdir olduğuna meşâyih-ı islâmdan müte'addid fetâvây-ı şer'iyye olucak, ashâb-ı mal fâide olmayacak erbâb-ı hâcâta imdâd ve ikrâzdan imtina etmekle ihtiyaç ve zarûrât-ı dünyeviyye sebebiyle muhtâcîn her niceye olursa râzı olub beşeriyet muktezasıyla yine lâzım olmak ihtimaliyle inzimâm-ı karz da'vâsına mutasaddi olmakdan ibâ etmekle mev'ûd olan akçeyi bi't-tamam edâ eyleseler, lakin Sultân-ı Enbiya (sav) Hazretlerinden mervî olan hadis-i şerifinde âkil-i ribâyâ ve mu'tiye ve şâhide ve kâtibine la'net olunsun deyü buyurulucak erbâb-ı hâcat vesile-i murâdat olan meblağa eşedd-i ihtiyaç ile muhtâc oldukda, erbâb-ı mal ribh-i kalîl ile kanâ'at etmeyüb bi'zzarure muradına müsaadeye cevaz göstermek icâb edicek, tarafeyn hadîs-i şerifte olan la'nete mazhâr olmayub dâfi' malından müntefi' olub muhtâc def'i zarûrât etmekle ne minvâl üzere muamele olunmak lâzımdır? Alet-tafsîl beyân buyurulub müsâb oluna.

Görüldüğü üzere burada, insanların ihtiyaç ve zaruret sebebiyle, muamele ile borç verecek kimsenin istediği ribhe razı olmak zorunda kaldığı ve ihtiyaç sahiplerinin bu paraya “eşedd-i ihtiyaç ile muhtaç” olduğu vurgulanmakta, bu durumda kalarak bu muameleyi yapan kimsenin de faizli muamele yapanlara lanet edilen hadisin şümûlüne girip girmediği sorulmaktadır. Buna cevap olarak ise şöyle fetvâ verilmiştir: “El-Cevâb: Allah-u Teâlâ A'lemu Bi Hakikatihî. Bu bâbda müçtehidin-i e'âzım birkaç vecih yazmışlar ve mahall-i zarûretde amel olunmasına zâhib olmuşlar...” dedikten sonra bu meselede görüş bildiren ulemânın söylediklerine yer verilmiş¹⁵⁵, ardından “haramdan firâr için ihtiyât

¹⁵⁵ “Allah-u Teâlâ A'lemu Bi Hakikatihî. Bu bâbda müçtehidin-i e'âzım birkaç vecih yazmışlar ve mahall-i zarûretde amel olunmasına zâhib olmuşlar... Filhakika bu zamanda tâife-i tüccar bey' ve şirâlarında ribâdan salim oldukları müselleme değildir... Binâen alâzâlik Meşâyih-i Belh'in akvâli müstahsendir. Mühşî-i sadrüşşeri'a Ahi Çelebi merhum müellifi olan kitâbında “bey'u'l-ıyne” dediği mahalde Sâhibü'l-Hidâye, İyenenin kerahetine zâhib olduğun ve illetinde ashâb-ı mal erbâb-ı hâcâta mutâvâ'aten karzdan i'râz ederler. Ol takdirce buhl lâzım gelür. Buhl ise mezmûmdur deyû buyurub Şârih-i Hidâye Şeyh Ekmel Hazretleri, İyneyi tasvîr eyledükdən sonra “Mezmûmdur, anınla ribâ ihtirâ'dır. Sultân-ı Enbiyâ zem eylemişlerdir” deyû Kadîhan sâhibi gibi celîlü's-şânın hilâfına zâhib olmuşdur. Lakin Bahr-i Kurumi'r-Rûm Müftiis-Sekaleyn Kemal Paşazâde merhum Tabakât Risâlesinde İmâm-ı Kadîhan Hazretlerini tabaka-i sâlisede müçtehid fi'l-mezheb kaydları zâhir olucak tarafeynin akvâli daha bâhir olur. Ahi Çe-

mendûbdur” denilmiş ve zaruret hali içinde kalan kimselerin bu muameleyi yapmalarının “mercûh” olduğu ifade edilerek cevaz verilmiştir. Görüldüğü üzere hususen sual kısmındaki şiddetli ihtiyaç ve zaruret vurgusu, tarihî şartları göstermesi bakımından mühimdir. Bu şartlar, devrin şer’iyye sicilleri üzerinden de takip edilebilmektedir. Nitekim tetkik edilen şer’iyye sicillerinde bu muamelelerin para vakıflarının, şahısların, avarız vakıflarının, yeniçeri ortalarının, yetim mallarının işletilmesinde sıklıkla (hatta bazıları için “yegâne” denebilecek sıklıkla) kullanıldığı müşahede edilmiştir.¹⁵⁶

Neticede, muamele-i şer’iyyenin meşrûiyeti hususundaki fıkhi ihtilaflara, mezhep imamlarının ekseriyetinin olumsuz kanaatine rağmen, bu müesseseye Osmanlı ulemâsınca geniş bir hüsnü kabul gösterilmesinin ve bunun tatbikatta yoğun bir biçimde kullanılmasının en mühim sebebinin tarihî şartlar olduğu müşâhede edilmiştir.

Osmanlı Devleti’nde, halkın yanı sıra askeri ve ilmiye sınıfından çok sayıda kimsenin de muamele-i şer’iyye yaptığı, dahası pek çok şeyhülislâmın bizzat para vakfettiği bilinmektedir. Eğer bu müesseseler gerçek bir ihtiyacın/zaruretin neticesi olmasaydı, en azından hayır işi olarak telakki edilmez ve ulemâ bizzat para vakfetmezdi. Nitekim devrin iktisâdî şartları bu yorumları haklı kılmaktadır. Eğer bu muameleye cevaz verilmese idi para darlığı sebebiyle pek çok kişinin tefecilerin eline düşeceği, zenginlerin elindeki paranın yastık altında kalıp ekonomiye dâhil olmayacağı, var olan zirâi krizin daha da derinleşeceği, beklenmedik zamanlarda gelen ek vergiler halkın sırtına fazladan bir yük

lebi merhum, İmam Ebu Yusuf Hazretlerinden İyne câize ve me’cûre olmasın nakleder. Ve şârih-i Kudurî İmam Zâhidî, Muhî’ten nakleder ki, haramdan firâr için ihtiyât mendûbdur. Ahi Çelebi merhum bu mikdâr fuzalâ-i kümmelînin akvâlini tetebbu’ edüb kitâbdab nakl eyledükden sonra semt-i takvaya sâlik olub buyururlar ki; şol kimesne ki, Rabbü’l-izzet’den havf eyleye, bu makule mübâyaa ve mu’âmelerin yanına uğramaz, hillü hürmetine hükmeylemez ve mübâşeret etmez, edeni dahi nehyeyemez ve tahrid ve tenfir ettirmez. Mehmâ-ımkân mün’akid olduğu meclise hâzır olmaz, fiilen ve kavlen taarruz dahi eylemez deyu buyurmuşlardır. Mahsûl-ı kelâm budur ki, fi zemânına ribâ-horlar karz inzimamıyla etdikleri mübâyaa’ât-ı fâsidedir. Edenler sâ’î bi’l-fesâd zümresine lâhık olmak ile nefy an’il-beled olmalarına merhum Ebüssuud Efendi Hazretleri fetvâ vermişdir. Bi’l-iztirâr muhtaç olacak bâlâda zikrolunan akvâl-i kümmelîne mütâlâa olunsun. Ba’de-iz’ân tarafeyne enfa’ olan ile amel olursun, ashâb-ı mal müntefi’ ve erbâb-ı hâcât makdiyyü’l-merâm olmağla dâfi’ me’cûr olmak dahi mercûhdur. Ketebehu el-Fakîr Muhammed Eş-Şehîr Bi Bostanzâde.” Mecmû’atü’l-letâif (n 154) v.143a-144b.

¹⁵⁶ Bu gruplardan her birinin yapmış olduğu muamele sayısı, bunların toplam sayıya oranları, bunların bu muameleyi hangi amaçla yaptığının tespiti vb. için bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer’iyye (XVII. Asır)* (n 1) 140 vd.

bindireceği söylenebilir. Ayrıca toplumun bir ihtiyacı meşru yollarla giderilemediği için gayrimeşru yollara tevessül edilip yeraltına inileceği, dahası devletin müdâhil olması mümkün alanın dışına çıkacağı da ifade edilmelidir. Meşru imkân ve hadlere rağmen devletin, *kanun dışı murabahacılık* yapanlarla zaman zaman mücadele etmek durumunda kaldığı göz önüne alındığında, aksi bir vaziyetin daha büyük problemlere yol açacağını tahmin etmenin spekülasyon olmayacağı söylenebilir. Osmanlı ulemâsı, bu ve bunun gibi mahzurları bertaraf edebilmek gayesine matuf olarak, fikhın esnekliğinden istifade etmek suretiyle bu muameleyle hüsn-ü kabul göstermiştir.

Neticede muamele-i şer'îyyenin dini meşrûiyeti niyete bağlıdır. Kişilerin gerçek niyetinin bilinmesindeki güçlükler münasebeti ile kazâi hükmü bu niyetin dış dünyaya aksetme şekli olan hukukî muamelelere bakarak verme zarureti vardır. Bu sebeple Osmanlı Devleti, muamele-i şer'îyyenin (devr-i şer'i) yapılmasını, faizli muameleden kaçma iradesine bir karine olarak kabul etmiş ve kazâen bu muamelenin meşrûiyetini tanımıştır.

B. Hîle-i Şer'îyye Hukuku Dolanmanın Bir Yolu Olabilir mi?

Hîle-i şer'îyyeye yönelmiş önemli eleştirilerden bir tanesi de bunun hukuku dolanmanın, kanuna karşı hîlenin bir yolu olabileceği eleştirisidir. Gerçekten bu müessese, yapısı gereği hukuku dolanmak isteyenler için elverişlidir. Fakat hukukta pek çok mesele kötüye kullanmaya elverişlidir. Bir müessesenin kötüye kullanılma ihtimali başka şey meşruiyeti başka şeydir. Yine hukuki olan pek çok şeyin ahlaki görülmemesi hukuk için yabancı bir fenomen değildir. Nitekim bir kimsenin, dostunun hacedilen mallarını açık artırmada satın alıp kullanmasında hukukten hiçbir sakınca yoktur. Fakat bunun ahlakiliği üzerine söz söylenebilir veya en azından toplumsal olarak bu gibi şeylere hoş bakılmayacağı aşikardır.

Çalışmada şimdiye kadar meselelerin sadece kitaplar/metinler üzerinden okunamayacağına vurgu yapılmıştı. Bu başlıkta da aynı yere vurgu yapılmalıdır. Hîle-i şer'îyyenin hukuku dolanmanın bir yolu olduğunu ve engellenmesi gerektiğini kabul ettiğimiz zaman, karşımıza çözmemiz gereken başka problemler çıkmaktadır. Mesela muamele-i şer'îyyenin dinen ruhsat kategorisine girmesi¹⁵⁷, bu ruhsatın umumiyetle mübahlık ifade etmesi, devletinse mübahları sınır-

¹⁵⁷ Bu çerçevede yukarıda zikredilen bu ifadelerin burada tekraren ifadesi elzemdir. “*Maamafih bu muamelede kerahetten hâli değildir. Hatta bazı zevata göre bu muamele haramdır, bir ri-*

lama hatta yasaklama hakkının bulunması münasebetiyle devlet, gerektiğinde belirli bir hîleye müdahale edebilecek hatta bu hileyi yasaklayabilecektir. Yani belirli bir hîle kazâen gayrimeşru addedilebilecektir. Fakat devletin belirli bir hîleyi yasaklaması, onu her zaman ortadan kaldıracabileceği mânâsına gelmemektedir. Nitekim bu yasağın, karşımıza çözümlenmesi gereken pek çok başka meseleyi çıkarması da pek tabii mümkündür. Muamele-i şer'iyeye üzerinden misal vermek gerekirse; mesela iki kişinin muamele-i şer'iyeye yapması, bunu da bir satış ve bir karz-ı hasen yaparak formüle etmesi halinde, devlet bu muameleler hakkında neden ve nasıl bir hukukî bir süreç başlatacaktır? Taraflar iki farklı hukukî muamele yaptığını iddia ediyorken mahkemenin, bu muamelelerin faizi gizlemek için yapılmış olduğunu ispata yeltenmesi hayatın tabii seyrine aykırıdır. Nitekim bunu yapmak, aynı kimselerin aynı esnada veya yakın zaman aralığı ile yaptığı bütün satım ve karz akitlerinin mahkemece incelenmesi mânâsına gelir ki bunun mümkün olmadığı açıktır. Ayrıca aynı kimselerin, aynı vakitte yapmış oldukları satım ve karz akitleri her zaman muamele-i şer'iyeye yapıldığını da göstermez. Taraflar muamele-i şer'iyeye yapma niyeti olmaksızın birbirinden bağımsız birer satım ve karz akdi yapmış olabilir. Bu durumda, bunların da hîle kapsamında değerlendirilmesi hukukî güvenliği tehdit eder. Ayrıca muamele-i şer'iyeyde, üçüncü kişilerin hakkı haleldâr edilmemektedir. Dolayısıyla böyle bir muamele ancak taraflarca mahkeme önüne getirilebilecektir. Taraflar da bunu bilerek ve isteyerek yaptıkları için böyle bir ihtilafın dava konusu olması düşük bir ihtimaldir. Bu ihtimalin gerçekleşmesi durumunda da gerçek durumun ispatına dair yeni problemlerle karşılaşılacaktır. Bir müesseseye işlerlik kazandıran şey, ona duyulan ihtiyaçtır. Bu ihtiyaç devam ettiği müddetçe tatbikat da bir şekilde devam edecektir. Bütün bunlar göz önüne alındığında, devletin bu muameleyi kazâen gayrimeşru görmesi ve yasaklaması, nazari olarak mümkün olmakla birlikte şartlar bunu zorunlu kıldığı müddetçe tatbikatta mümkün görünmemektedir.

Durum böyle olmakla birlikte, ihtiyaç halinde devletin burada meseleye müdahale hakkı her zaman mevcuttur. Bir hîle tatbikatı, hukuk düzeni ve/veya toplum için bir tehdit halini alırsa devletin buraya müdahalesi kaçınılmaz olur.

ba meselesidir. Fakat bu muameleler Ebu Yusuf'a göre caizdir. Ve bunlar bir emri hayra hizmet için yapıldığı ve ayrıca bir bey' ve şira' mahiyetinde bulunduğu cihetle memduhtur. Ribadan kurtulmak için bir mahlas-ı şer'i dir... Vakıa karz-ı hasen... pek müstahsendir. Fakat her zaman bu yüksek insani vazifeyi ifa edecek zâtlar bulunamaz. Artık nâssın ihtiyacını tehvin için böyle bir mahlas-ı şer'iyeye müracaat, azimet tarikine münâfi olsa da ruhsat tarikine muhalif olmaz." Bilmen, Kamus, Cilt 6 (n 81) 100.

Nitekim muamale-i şer'îyyenin bir yetimin mallarını muhafaza için yapılması mümkün olmakla birlikte tefeciliğe kılıf olarak kullanılması da mümkündür. Osmanlı Devleti bu şekilde servet edinen “ribahorlara” belirli bir vakte kadar müdahale etmemiş fakat şartlar olgunlaştığında onları İstanbul’a kasap olarak vazifelendirmiştir. Tatbikatın tafsilatı alakalı eserlere havale edilmekle birlikte İstanbul’a kasap yazılmak demek (narh tatbikatı vb. sebeplerle) mutlak surette zarar etmek ve maliyetin altına et satışı yapmak demektir. Bahsi geçen devirde bu iş, büyük servetleri eritebilecek bir görünüm arz etmektedir. İşte bu yolla devlet hem “kanun dışı murabahacılık” mücadele etmiş hem de bu şekilde kazanılmış “şâibeli” paranın bir şekilde halka döndürülmesini sağlamıştır¹⁵⁸. Bu çerçevede bu tatbikat, ribâhorluk/tefecilik yapanların kasap olarak vazifelendirilip edindikleri gayri meşru/şâibeli servetlerinin, bir şekilde halka ve/veya devlet hazinesine döndürülmesi şeklinde özetlenebilir ve Osmanlı’nın kendine has çözümlerinin/sosyal adalet anlayışının bir misali olarak zikredilebilir¹⁵⁹.

Yukarıda zikredilen misalden de anlaşılacağı üzere devletin hîle-i şer'îyye meselesine müdahalesi her zaman mümkündür ve tarihi süreçte ihtiyaç halinde bu yapılmıştır. Neticede kötüye kullanmaya müsait bir müessesenin kötüye kullanılmasını engellemek devlete düşen bir vazife olarak telakki edilmelidir.

C. Hîle-i Şer'îyyenin Hukuk Tatbikatındaki Rolü: “Hukukun Emniyet Sibobu”

Hîle-i şer'îyyenin, şartların zorlaması sonucu hukuka uymakta zorlanan kimselere bir çıkış yolu bulabilmek, haramların irtikâbını azaltmak, amme nizâmını temin etmek gibi maksatlarla kullanılan, hukukî bir usul-müessese olduğu defaatle ifade edilmişti. Mesele hem teorik hem tatbiki olarak tetkik edildiğinde hîle-i şer'îyyenin İslam hukuk tarihinde çok önemli vazifeler icra ettiği rahatlıkla ifade edilebilir. Bu cihetten hîle-i şer'îyyenin hukukun emniyet siboplarından birisi olduğu söylenebilir. Çünkü bu yol kapalı olsaydı insanların harama düşmekten, hukuka aykırı yollara tevessül etmekten başka çaresi kalmayacaktı. Nihayet prensip itibarıyla hileye cevaz vermeyen mezheplerin bile belirli noktalarda bu tatbikatları caiz gördüğü hatırlanmalıdır. İslam hukuku-

¹⁵⁸ Bkz. Korkmaz, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'îyye (XVII. Asır)* (n 1) 194 vd.

¹⁵⁹ Kasap yazılma meselesi ile alakalı olarak yapılmış tafsilatlı bir akademik çalışma yoktur. Bu sebeple sadece kendi mevzumuzla alakalı olan kısma değinilmiş, konunun diğer boyutlarına işaret etmekle iktifa edilmiştir.

nun sadece kâğıt üzerinden (metinler üzerinden) tetkiki, bu meseleyi sağlıklı anlamamanın önündeki en büyük engel olarak görünmektedir. Zira hukuk, insanların problemlerini çözmeyi hedefleyen “canlı ve esnek” bir müessesedir. Tarihi süreçte de su akmış yatağını bulmuştur¹⁶⁰.

Sonuç

Netameli ve çok farklı cihetlerden tetkiki gereken bir meseleyi ele alan bir çalışmada kısa bir sonuç yazmak zor bir iştir. Nitekim meseleyi anlamak hem hukuki hem sosyal pek çok farklı müessiri beraber düşünmeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla burada çalışma ile ulaşılan sonuçlar kısaca ifade edilmiş, bu sonuçlara nasıl ve neden ulaşıldığı ile alakalı soruların cevabı makalenin içerisindeki ilgili başlıklara havale edilmiştir.

Çalışmada İslam ve Osmanlı hukukunda hiyel tatbikatı hem nazari hem de tatbiki cihetten tetkik edilmiştir. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere, hîlenin hükmünün ulema arasında ihtilafli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hîlenin hükmü hususunda ulemanın ihtilaf etmesi, aynı normun farklı şekillerde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu ihtilafın pek çok sebebi bulunmakla birlikte, esasında kaynağı tektir ve bu noktada karşımıza “*ameller niyetlere göredir*” hadisi çıkmaktadır. Hîleye cevaz verenler de reddedenler de bu hadisi delil getirmişler, Hanefîler ve Şâfîler hîleye haramdan kaçınmak maksadıyla cevaz verirken, Hanbelî ve Mâlikîler bu yolların harama götürdüğünü iddia etmek suretiyle hîleye cevaz vermemişlerdir. Hîleye karşı çıkanlar, insanların bu yolları kullanarak harama ulaşmak niyetiyle hareket ettiğini varsaymakta; hîleye cevaz verenler ise hîlenin, zor durumda kalan kişiyi haram irtikâb etmekten kurtardığını, dolayısıyla bu kişinin haramdan kaçınmak niyetiyle bunu yaptığını varsaymaktadır. Netice itibarıyla her iki görüş de aynı ölçüyü (niyet) esas alarak farklı hükümlere ulaşmıştır.

İslam hukukunda hiyelin lehinde-aleyhinde hukuki görüşler ve deliller bulunması hiyelin, şer’i ve bâtil şeklinde ikiye ayrılarak tetkikini zaruri kılmaktadır. Hîle-i şer’iyye, hukuka uymakta bir zorluk ile karşılaşıldığında, insanları içinde buldukları zorluktan hukukun sınırları dâhilinde kalarak kurtarma faaliyeti veya bir kimsenin kendisiyle haramdan kurtulup helale ulaştığı yollar şeklinde, hîle-i bâtila ise “*hukukî hükümleri kurnazca kullanarak başkasının hakkını iptal etmek,*

¹⁶⁰ Bu noktada pek çok farklı misal zikredilebilir. Fakat bu, makalenin zaten geniş olan hacmini daha da artıracaktır. Meselenin somutlaşması bakımından bir misal yukarıda ayrı bir başlık altında ele alındığı için burada bu kısa hüküm cümlesi ile iktifa edilmiştir.

geçersiz kılmak, hukukun emrini yapmamak veya yasakladığını irtikâb etmek¹⁶¹ ya da *“hakkı batıl, batılı hak göstermek¹⁶²”* şeklinde tarif edilebilecektir.

Şer'î ve bâtil hîle ayrımı yapıldığında buna dair bir mikyasa, bir ölçü ortaya koyulması gerekmektedir. Bu, aynı zamanda şer'î/bâtil hîlenin genel hukuk teorisi içerisinde ifade edilmesi mânâsına gelmektedir. Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olmayan hîleleri ifade eden hîle-i bâtilanın şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması. (Hîle iradesi, yapılan muamelenin hîle kastı ile yapılmasını ifade eder. Yani tabii seyri içinde gerçekleşen hukukî muameleler şeklen bir hîle türüne benzese bile, kasıt bulunmadığı için hîle sayılmaz.)
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.
4. Hukuktan kaçma niyeti ve/veya bu muamele ile üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmesi. (Bir hîle ile üçüncü bir şahsın hakkı haleldâr ediliyorsa o hîleyle bâtil yapan etken niyettir. Fakat bu hîle ile üçüncü bir kimse hakkı haleldâr ediliyorsa niyet göz önüne alınmaz, muamele doğrudan hîle-i bâtila olarak değerlendirilir.)

Hakkında özel hüküm bulunan meseleler hariç olmak üzere, İslâm hukukuna göre caiz olan hîleleri ifade eden hîle-i şer'îyyenin şartlarını da şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeklen hukuka uygun bir hukukî muamelenin var olması.
2. Bu muamelenin içerisinde hîle iradesinin bulunması.
3. Nihai hedefe, araya başkaca hukukî muameleler sokularak ulaşılması.
4. Hukukun içerisinde kalma niyetinin bulunması. (Bu niyet, bir kimsenin hukuka uymak istemesini fakat bu hususta bir zorluk bulunması münasebetiyle bunu yerine getirememesini ifade eder. Dolayısıyla burada niyet, zaruret halini de hâvi bir şekilde kullanılmıştır.)
5. Üçüncü şahısların haklarının haleldâr edilmemesi.

¹⁶¹ Ekinci, 'Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'îyyeye Dair' (n 13) 4.

¹⁶² Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle* (n 9) 105.

Türkçede kullanılan iki tabir, hîle-i şer'iyeye ve hîle-i bâtila ayrımını anlamaya yardımcı olmaktadır. "Kitabına uydurmak" hîle-i bâtilayı, "kitapta yerini bulmak" ise hîle-i şer'iyeyi tasvir etmekte ve bunların arasındaki ayrımı veciz bir şekilde ortaya koymaktadır.

İslam hukukunun dini bir hukuk sistemi olması münasebetiyle hükümlerin dini ve kazaî cihetlerinin bulunuyor olması da gözden uzak tutulmamalıdır. Buna göre hukuken meşru sayılan her şey, dinen de meşru olacak diye bir kaide yoktur. Dolayısıyla yukarıdaki şartlar, hiyel meselesinin hukuki/kazaî cihetine dairdir. Bu itibarla hukuken sahih olan bir hîleye müracaatın dinen de meşru olabilmesi, zaruret/hacet halinin bulunmasına bağlıdır. Böyle durumlarda şer'i hîlelere başvurmak bir ruhsat olarak telakki edilmiş, keyfi olarak hîleye başvurmak ise uygun görülmemiştir.

Hukukun sosyal şartlardan müstakil değerlendirilememesi keyfiyeti, hiyel tatbikatının neden ortaya çıktığının en önemli izahıdır. Bu sebeple şer'i hîleler "hukukun emniyet sibobu" olarak isimlendirilmiştir. Hiyel tatbikatının kötüye kullanılmaya müsait bir usul olduğu açık olmakla birlikte, sırf bu sebeple caiz görülmemesi makul değildir. Nitekim devletin mübahları sınırlama hatta yasaklama yetkisi vardır. Bu itibarla gerektiği takdirde belirli bir hîleye müdahale edebilecek hatta bazı hîleleri yasaklayabilecektir. Daha açık bir ifadeyle belirli bir hîle, kazâen gayrimeşru addedilebilecektir. Nitekim İslam hukuku tarihinde bunun misallerine rastlanmış olup çalışmada bir misal üzerinden işbu müdahale örneklenmiştir.

Son olarak hîle-i şer'iyenin İslam hukuk tarihinde çok önemli vazifeler icra ettiği, bu cihetten hîle-i şer'iyenin hukukun emniyet siboplarından birisi olduğu, bu yolun kapalı olması halinde insanların harama düşmekten, hukuka aykırı yollara tevessül etmekten başka çaresi kalmayacağı, prensip olarak hîleye cevaz vermeyen mezheplerin bile belirli noktalarda bu tatbikatlara cevaz verdiği hatırlanmalıdır. Yine İslam hukukunun sadece kâğıt üzerinde (metinler üzerinden) tetkikinin bu meseleyi sağlıklı anlamının önündeki en büyük engel olarak görüldüğü, hîle meselesini ele alınırken her bir misal için muhakkak surette tarihi, sosyal vb. şartların göz önüne alınması gerektiği, zira hukukun insanların problemlerini çözmeyi hedefleyen "canlı ve esnek" bir müessese olduğu ve tarihi süreçte suyun akıp yatağını bulduğu tekraren ifade edilmelidir. Nihayet hîle-i şer'iyeye de suyun yollarından birisi olmuştur.

Kaynakça

- Abdullah b. Hasan Kazerûnî, *İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ*, (İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi 1166 No: 967).
- Acar Hİ, 'Talak', DİA, Cilt 39, (TDV 2010) 496-500.
- Ahmed b. Muhammed El-Kudûrî, *Kitabü'l-Kudûrî*, (Dârü'l-Burc 2018).
- Akdağ M, *Türkiye'nin İktisadî ve İçtimaî Tarihi*, (Yapı Kredi Yayınları 2018).
- Atar, Fahrettin. 'Fetva'. DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 486-496.
- Akman M, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, (Eren Yayıncılık 2004).
- Alatlı A, *Akılın Yolu da Bir Değildir*, (İstanbul: Destek Yayınları, 2003), 1-21.
- Ali Haydar, *Dürerü'l-Hükkâm*, (yy. 1330).
- Atıf Bey, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den Kavâid-i Külliye Şerhi*, (Mahmud Beg Matbaası 1327).
- Aydın MA, *Türk Hukuk Tarihi*, (Beta 2009).
- Ayhan A, 'İslam Hukuku Perspektifi ile Hukukî Realizmin Analizi', (2022) Cumhuriyet İlahiyat Dergisi 26/2, 717-741.
- Baktır M, 'İslâm Hukukunda Hile-i Şer'iyye', 2 İslami Araştırmalar 71-89.
- , *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, (Akçağ Yayınları 1981).
- , 'Azimet', DİA, Cilt 4, (TDV 1991) 330.
- , 'Buhârî'nin Sahihindeki "Kitâbü'l-Hiyel"i Hakkında Bazı Mülâhazalar', (1991) 10 EAÜİFD 59-79.
- , 'Hile-i Şer'iyye', İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, Cilt 2, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2006) 796.
- Barkan ÖL- Ayverdi EH, *İstanbul Vakıfları Tahrir Defteri 953 (1546) Tarihli*, (1970).
- Bayındır A, 'Osmanlılarda Nazari ve Tatbiki Olarak Faiz', İslam Ekonomisinde Finansman Meseleleri Sempozyum Bildiri Kitabı, (Ensar Neşriyat 1992).
- , *Ticaret ve Faiz*, (Süleymaniye Vakfı Yayınları 2007).
- Bilmen ÖN, *Hukuk-i İslâmiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kâmusu*, (Bilmen Yayınevi ty.).
- Çağatay N, *Güncel Konular Üzerine Makaleler*, (Türk Tarih Kurumu Basımevi 1994).
- Çalış H, 'Zaruret', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 141-144.
- Çeker O, *İslâm Hukukunda Akidler*, (Tekin Kitabevi 2014).
- Döndüren H, 'Hile-i Şer'iyye', Şamil İslam Ansiklopedisi, Cilt 3, (Dergah Ofset, 2000) 294-295.
- İbrâhim Kâfi Dönmez, 'Amel', DİA, Cilt 3, (TDV 1991) 16-20.
- , 'Maslahat', DİA, Cilt 28, (TDV 2003) 79-94.

- , 'Niyet', DİA, Cilt 33, (TDV 2007) 169-172.
- , 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 207-210.
- , 'Şer'u Men Kablenâ', DİA, Cilt 39, (TDV 2010) 15-19.
- , 'Sedd-i Zerâi', DİA, Cilt 36, (TDV 2019) 277-282.
- Dönmez S, 'Saçaklı ya da Puslu Mantiğin Eşiğinde Akıl Kavramı', Bilim, Ahlak ve Sanat Bağlamında Çağdaş İslam Algıları, (2011) 139-150.
- Ebu'l-İzz el-Cezerî, *Tercüme-i Hiyel Mekanik Tercümesi*, (İhsan Fazlıoğlu- Mustafa Koç haz. Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı Yayınları 2014).
- Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, (Beyrut 1302).
- Ebû Zehra M, *Ebû Hanife*, (Osman Keskiöğlü çev, DİB 1997).
- Ekinçi EB, *İslam Hukuku ve Önceki Şeriatler*, (Arı Sanat Yayınları 2003).
- , 'Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyeye Dair', (2006) (10)1-2 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 4-16.
- , *İslam Hukuku*, (Arı Sanat Yayınevi 2006).
- , *Osmanlı Hukuku*, (Arı Sanat 2014).
- , *İslâm Hukukunda Değişimin Sınırı*, (Arı Sanat 2018).
- Erdöğän M, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları 2016).
- Ergin ON, *Türkiye'de Şehirciliğin Tarihi İnkişafı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1936).
- , *Mecelle-i Umur-u Belediye*, Cit 1, (İstanbul Büyükşehir Belediyesi 1995).
- Erkal M, 'Zekât', DİA, Cilt 44, (TDV 2013) 197-207.
- Eser E, 'İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslami Finans Kurumlar Örneği)', (2015) 25 İHAD 225-250.
- Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Cilt 6, (Dâru'l-Fikr, 1310 (1991)).
- Gazzâlî, *İhyâ-yı Ulûmi'd-Dîn*, Cilt 1, (yy. 1403).
- Gözübenli B, 'Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Malların Faizli İşletilmesi Hakkında Tahlîli Bir Değerlendirme', XI. Vakıf Haftası Kitabı, (1994) 51-72.
- , 'Keylî', DİA, Cilt 25, (TDV 2002) 361-362.
- Hacak H, 'Vezni', DİA, Cilt 43, (TDV 2013) 95-98.
- Hacı Zihni Efendi, *Nîmet-i İslâm*, (Matbaa-i Amire 1316).
- Horri S, 'Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exist" (Makharij)', (2002) (9)3 Islamic Law and Society 312-357.
- Özen Ş, 'İstislâh', DİA, Cilt 23, (TDV 2001) 383-388.
- Özsoy İ, 'Faiz', DİA, Cilt 12, (TDV 1995) 110-126.

- Imber C, Şeriattan Kanuna -Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk-, (Murteza Bedir çev. Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004).
- İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtar*, Cilt 1, (1407(1987)).
- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Tuhfetü'l-Mevdûd bi-Ahkâmî'l-Mevlûd*, (Daru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1403 (1983)).
- , *İ'lâmü'l Muvakkîin*, Cilt 3-4, (Pehlül Düzenli çev. Pınar Yayınları, 2017).
- İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, (y.y 1968).
- İmam Şâfiî, *el-Ümm*, Cilt 3, (Daru'l-Fikr 1410 (1990)).
- İzgi C, 'Hiyel', *DİA*, Cilt 18, (TDV 1998) 178-180.
- İzmirli İsmail Hakkı, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şeriat'ten Olup Olmadığına Dair Nizâ Nizâ-l Lafzîdir', (1330) 12/303 *Sebilürreşâd* 296-301.
- , *İlm-i Hilâf*, (Hukuk Matbaası, 1330).
- Jennings R, 'Loans and Credit in Early 17th Century Ottoman Judicial Records', (1973) 16 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 168-216.
- Kacı T, 'Bir Kaidenin Serencamı: Hâcet Umumi Olsun Hususi Olsun Zaruret Menzilesine Tenzil Olunur', (2016) 2 *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 137-173.
- Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-Zünûn*, 1, (MEB 1971).
- Kaya S, 'XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri', Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2007.
- , '17. Yüzyıl Sonlarında Muhelif Bir Metin: Muhammed b. Hamza el-Aydî'nin Bey'u'l-İne Risalesi', (2009) 1 *Divan* 97-112.
- , 'Akifzâde'nin Mecelletü'l-Mehâkim İsimli Eseri Çerçevesinde Osmanlı Fetvasında Değişim', (2011) (40)1 *MÜİFD* 93-108.
- Kılınç A, 'The Influence of the Ottoman State on Islamic Law', (2022) (7)2 *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 547-580.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, (Filiz Kitabevi 2017).
- Korkmaz S, *Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)*, (On İki Levha Yayınları 2021).
- Köse S, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, (Birleşik Yayıncılık, 1996).
- , 'Hiyel', *DİA*, Cilt 28, (TDV 1998) 170-178.
- , 'Hile-i Şer'iyye Konusunda İlginç Bir Risâle', (2003) 1 *İHAD* 231, 231-255.
- , 'Hile-i Şer'iyye Konusunda Ebû Hanîfe'ye Yöneltilen İthamlar', (2012) 19 *İHAD* 149-162.
- Kızılkaya N, 'Saîd b. Ali es-Semerkandî'nin (v.500/1106 Civarı) "Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric" İsimli Eseriyle "Hiyel"i Yeniden Düşünmek', (2007) 9 *İHAD* 443-450.

- Mandaville JE, 'Faizli Dindarlık: Osmanlı İmparatorluğunda Para Vakfı Tartışması', (1998) 51 çev. Fethi Gedikli Türkiye Günlüğü, 129-144.
- Mansûrîzâde Saîd, 'Cevâzın Ahkâm-ı Şer'iyeden Olmadığına Dair', (1330) 1/10 İslâm Mecmuası 295, 295-303.
- Mehmed Hilmi el-Akhisârî, *Risâle fî Beyâni'r-Ribâ ve'l-Bey'i'l-Fâsid*, (Manisa İl Halk Kütüphanesi, Manisa Akhisar Zeynelzade Koleksiyon, Arşiv No: 45 Ak Ze 5844/1).
- Pamuk Ş, *Osmanlı-Türkiye İktisadî Tarihi 1500-1914*, (İletişim Yayınları 2015).
- , *Osmanlı Ekonomisi ve Kurumları*, (Türkiye İş Bankası Yayınları 2016).
- Saîd b. Ali Semerkandî, *Cennetü'l-Ahkâm ve Cünnetü'l-Hisâm fî'l-Hiyel ve'l-Mehâric*, (Saffet Köse- İlyas Kaplan Haz., Dâru's-Sadr, 2011).
- Sahillioğlu H, 'Muamele-i Şer'iyye', (1978) 164 İktisat Dergisi 10-16.
- Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Cilt 2, (Baha Arıkan çev, Yeni Matbaa 1956).
- Schacht J, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford University Press 1982).
- , 'al-Hiyal', EI2, Cilt 3, 510-513.
- Serahsî, *Mebûsât*, Ed., Cilt 30, (Mustafa Cevat Akşit ed, Gümüşev Yayınları 2008).
- , *Usûlü's-Serahsî*, Cilt 1, (Dâru'l-Mağrife t.y.).
- Songur H, 'İslam Ceza Hukuku Üzerine -Genel Kısım Özel Kısım Ayrımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-', (2003) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 1, 187-195.
- Şâban Z, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, (İbrahim Kâfi Dönmez çev, TDV 2019).
- Şâtıbbî, *el-Muvâfakât*, (Mehmet Erdoğan çev. İz Yayıncılık 2003).
- Şentürk R, 'Açık Medeniyet: Bir Fıkıh Medeniyeti Olarak İslam', (2007) 82/83/84 Ay Vakti 31-51.
- Tarikatçı Emîr Mustafa, *Tebyînü'l-Merâm*, (Süleymaniye Kütüphanesi, H. Abdullah Efendi 186).
- Topçuoğlu H, *Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)*, (Selüloz Basımevi 1950).
- Uludağ S, 'Ruhsat', DİA, Cilt 35, (TDV 2008) 210.
- , *İslâm'da Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, (Dergâh Yayınları 2010).
- Yaran R, 'İhtiyaç', DİA, Cilt 21, (TDV 2000) 573-574.
- Yeniçeri C, *İslam'da Devlet Bütçesi*, (Şamil Yayınevi 1984).
- Zahidü'l-Kevserî, *Hüsnü't-Tekâdi fî Sîreti'l-İmâm Ebû Yûsuf el-Kâdî*, (y.y, t.y.).
- Zeydân A, 'İslâm Hukukunda Zaruret Hali', ty. (13)3 Diyanet İşleri Başkanlığı Dergisi, Hayreddin Karaman çev. 162-175.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

Türk Marka Hukukunun AB Hukuku ile Olan İlişkisi^(*)

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK^(**)
Yakup MACİT^(***)

Öz

Türkiye ile AB arasındaki üyelik süreci Ortaklık Anlaşması ile başlamış ve zaman içinde önemli aşamalar kat edilmiştir. Bu ilişki sonraki süreçte tam üyeliği de kapsayacak şekilde devam etmiştir. Siyasi nedenlerle inişli ve çıkışlı bir seyir izlese de bu ilişki genel olarak olumlu yönde ilerlemiştir. Bu kapsamda Türkiye'nin AB'ye üye olma hedefi doğrultusunda birçok farklı alanda düzenleme yapılmıştır. Marka hukuku alanında yapılan düzenlemeler de bu kapsamdadır. Böylece Türkiye için küresel ticarete rekabet edecek bir marka hukuku sisteminin oluşturulması amaçlanmıştır. Çalışmamızda öncelikle AB marka hukukunun gelişim süreci, ardından Türkiye'de marka hukuku alanında yaşanan gelişmeler ele alınacaktır. İlerleyen bölümde AB ve bazı Avrupa ülkelerinin marka hukuku alanındaki gelişmeler ile bunların Türk Marka hukuku üzerindeki yasal ve yargısal uygulamalar üzerindeki etkileri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Marka, AB Hukuku, Türkiye-AB ilişkileri.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.12.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 20.01.2024.

Atıf Şekli: Hayri Bozgeyik ve Yakup Macit, 'Türk Marka Hukukunun AB Hukuku ile Olan İlişkisi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 573, 601.

DOI: 10.52273/sduhfd..1401385.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: hbozgeyik@aybu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9974-7459>.

^(***) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara, Türkiye.

E-posta: yakup.macit@anayasa.gov.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8836-5738>.

The Relationship between Turkish Trademark Law and EU Law

Abstract

The accession process between Turkey and the EU started with the Association Agreement and has made significant progress over time. This relationship has continued to include full membership in the following period. Although it has had its ups and downs due to political reasons, this relationship has generally progressed in a positive direction. In this context, regulations have been made in many different areas in line with Turkey's goal of becoming a member of the EU. The regulations made in the field of trademark law are also within this scope. Thus, it is aimed to create a trademark law system for Turkey that will compete in global trade. In our study, firstly, the development process of the EU trademark law, and then the developments in the field of trademark law in Turkey will be discussed. In the following section, the developments in the field of trademark law in the EU and some European countries and their effects on the legal and judicial practices on Turkish trademark law will be analyzed.

Keywords

Trademark, EU Law, Türkiye-EU Relations.

Extended Summary

A trademark can be defined as a sign that distinguishes the goods or services of one undertaking from the goods or services of other undertakings. In this respect, a trademark may consist of words, shapes, letters, numbers, or packaging forms.

A registered trademark right provides its owners with significant market advantages on a national and international scale. Trademarks constitute the most important capital power of businesses in modern commercial life and represent the most important value of businesses in terms of prestige, income, reputation and labor force.

Today, it is seen that regulations are made both by different countries in their domestic laws and by international institutions and organizations for the use of trademarks, which are the most important tool of competitiveness, and that the rules emerging in this way are subject to international conventions and the minimum limits for the protection of rights are determined. The international dimension of trade, which is becoming more and more complex day by day, has revealed the need for regulations beyond domestic law in this field.

The membership process between Turkey and the EU started with the Association Agreement that entered into force in 1964, reached a different dimension over time, and this relationship has continued since 1987, including the full membership process. Although this relationship has undoubtedly had its ups and downs due to political and conjunctural reasons, Turkey-EU relations have generally progressed in a positive direction. Turkey's harmonization process with the EU and its eventual goal of membership necessitated regulations in many different areas.

In this process, Turkey has made and continues to make many regulations to eliminate the differences between its domestic law and EU law. This harmonization process has had many repercussions in Turkey and has had serious effects and consequences in the political, economic, cultural, and especially judicial spheres.

Due to its geographical location, Turkey interacts with many countries of the world, especially European countries and global organizations and unions, and wants to play an active role in this field by designing its domestic law according to the written rules established by global unions within the framework of international trade rules.

Trademark law, which constitutes one of the main subjects of intellectual property rights as part of the harmonization process in the field of trade, has also been affected by this process, and Turkey has made various regulations in this field by being influenced by the EU and European country laws. These influences have directly shaped judicial practices as well as legal regulations in domestic law.

The main objective of Turkey's relationship with the EU, which started with association status, is to achieve a union in the economic field. As a requirement of this, Turkey has intensified its harmonization efforts in the field of law with increasing momentum, especially with the application for full membership in the process starting from the Customs Union agreement.

In this context, in the regulations made in the field of trademark law, reference was made to the EU acquis and the laws of European countries, thus aiming to establish a trademark law system that will compete in global trade.

Another part of Turkey's legislative harmonization process is the adoption of a method of evaluation and interpretation to resolve legal disputes in line with the EU acquis and the decisions of the Court of Justice of the EU. In this context, it is seen that judicial decisions are sometimes interpreted within the framework of the reference sources. The establishment of a trademark law system beyond the achievements of the EU or European countries in the field of trademark law can only be possible through qualified jurists who can understand the source regulations in question and develop interpretations and ideas on them.

Since the developments in the field of EU trademark law will continue to be shaped in the future in parallel with political developments, it is necessary to aim for a decisive role in the interaction with the EU and European countries in the field of trademark law and to determine the appropriate strategy.

One of the stages of this strategy may be the legislative arrangements that ensure the direct applicability of the regulations, which are important elements of EU trademark law, in domestic law. In this way, it will be possible to play an effective role in international trade by establishing a trademark law system compatible with EU legislation.

Giriş

Marka, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmeti, benzerlerinden ayırt etmeyi sağlayan işaret olarak tanımlanabilir. Bu işaretler sözcükler, şekiller, harfler, sayılar veya ambalaj biçimleri olarak ortaya çıkabilir (SMK 4). Bu niteliği ile marka işlev olarak ürünler tüketicilere mesaj iletmek için kullanılan ticari işarettir¹. Söz konusu işaretler marka niteliğinde değerlendirilebiliyorsa bunlar marka başvurusuna konu olabilir ve tescil edilen marka sahibine birtakım haklar sağlar.

Marka hakkı kapsamında kişi ya da işletmelerin ticari alanda sahip olduğu haklar, ulusal ya da uluslararası ölçekte pazar paylaşımında büyük avantajlar sağlamaktadır. Markalar modern ticari yaşamda işletmelerin en önemli sermaye gücünü oluşturur. Markalar aynı zamanda işletmelerin prestij, gelir, itibar ve iş gücü olarak da en önemli değerini ifade eder². Dolayısıyla rekabet edilebilirliğin en önemli silahı olan markaların kullanımına yönelik hem ülkelerin iç hukukları hem de uluslararası kuruluş ve örgütlerince düzenlemeler yapılmış, bu kurallar uluslararası sözleşmelere konu edilmiş, hakların korunmasındaki asgari sınırlar tespit edilmiştir. Kuşkusuz ticaretin uluslararası boyutu iç hukukun ötesinde bu alanda düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Ülkemiz ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) arasında ve 1964 yılında yürürlüğe giren ortaklık anlaşmasıyla birlikte Avrupa Birliği (AB) Türkiye ilişkileri farklı bir boyuta ulaşmış, bu ilişki 1987 yılından itibaren tam üyelik sürecini de kapsayacak şekilde devam edegelmiştir. Kuşkusuz siyasi ve konjonktürel nedenlerle bu ilişki inişli ve çıkışlı bir seyir izlese de genel olarak Türkiye AB ilişkileri olumlu yönde ilerleme trendini sürdürmüştür. Türkiye'nin AB ile uyum süreci ve nihayetindeki üyelik hedefi birçok farklı alanda düzenleme yapılmasını gerektirmiştir.

Nitekim Türkiye, bu süreçte kendi iç hukuku ile AB hukuku arasındaki farklılığı gidermek adına birçok düzenlemeler yapmış ve yapmaya devam etmektedir. Bu uyum sürecinin Türkiye'de pek çok yansıması olmakta birlikte siyasi, ekonomik, kültürel ve özellikle yargı alanında ciddi etki ve sonuçlar meydana getirmiştir. Türkiye, bulunduğu coğrafi konumunun da etkisiyle dünyanın bir-

¹ Özgür Arıkan, *Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union* (On İki Levha 2016) 24.

² Esen Cam 'Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın "Gerçek Kullanım" Problemi' (2016) 2 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 27, 28.

çok ülkesiyle özellikle Avrupa ülkeleri ve küresel ölçekteki kuruluş ve birliklerle ticari etkileşime girmekte, uluslararası ticaret kuralları çerçevesinde özellikle küresel ölçekteki birliklerin oluşturduğu yazılı kurallara göre iç hukukunu dizayn ederek bu alanda etkin bir rol oynamak istemektedir.

Ticaret alanındaki uyumlaşma sürecinin bir parçası olan fikri mülkiyet hukuku konularından birini oluşturan marka hukuku da bu süreçten nasibini almış, Türkiye bu alanda AB ve Avrupa ülke hukuklarından etkilenecek şekilde çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Kuşkusuz söz konusu etkiler iç hukukta yasal düzenlemelere konu olduğu gibi doğrudan yargısal uygulamaları da şekillendirmiştir.

Çalışmamızda öncelikle AB marka hukukunun gelişim süreci ardından Türkiye’de marka hukuku alanında yaşanan gelişmeler ele alınacaktır. İlerleyen bölümde AB ve Avrupa’da bazı ülkelerin marka hukuku alanındaki gelişmelerin Türk Marka hukuku üzerindeki yasal ve yargısal uygulamalar üzerindeki etkileri incelenecektir.

I. AB Marka Hukukunun Gelişimi

A. Genel Olarak

AB Marka hukukunun gelişiminin değerlendirilebilmesi için öncelikle AB’nin kuruluş amacı ve yapısına değinmek gerekir. AB’nin temelini de oluşturan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu 18/4/1951’de Paris Antlaşması ile kurulmuştur. Paris anlaşması 23/7/1952’de yürürlüğe girmiş, Topluluk, Ağustos 1952’de faaliyetine başlamıştır³.

Paris Anlaşması esasen 50 yıl süre için geçerliydi. Dolayısıyla Anlaşma 23/7/ 2002 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Paris anlaşmasının imzalanmasından sonra üye ülkeler ekonomik birliktelik üzerinde yoğunlaşarak 25/3/1957’de Roma Antlaşmasını imzalamışlar ve AET’yi kurmuşlardır. Söz konusu anlaşma hükümleri Ocak 1958’de yürürlüğe girmiştir⁴.

Roma Anlaşması, AET’nin altı kurucu ülkesinin ticaret vasıtasıyla ekonomik büyümeyi gerçekleştirmek, birlik oluşturarak sermaye, hizmet, insan ve malla-

³ Mehmet Nuri Tapan ‘Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri, Avrupa Adalet Divanı’ 11 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 971, 973.

⁴ Yasemin Telli Üçler ‘Gümrük Birliğinden Sonra Türkiye-AB İlişkileri’ (2014) 14 (27) Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 204, 207.

rın serbest dolaşımına dayalı ortak bir pazar oluşturulmasını hedeflemiştir. Başka bir ifadeyle Anlaşma ile kurulan AET'nin görevinin, ortak pazar altında üye ülkelerin ekonomik politikaları uyumlaştırılarak istikrarı artırmak, üye ülke vatandaşlarının hayat standartlarını yükseltmek ve üye ülkeler arasında sıkı iş birliğini tesis etmek olduğu söylenebilir⁵.

Roma Anlaşması temelde ekonomik ve ticari amaçlar doğrultusunda kaleme alınmıştır. Yine anlaşma doğrultusunda üye devletler arasında gümrüğe ilişkin kısıtlamaların kaldırılması (vergi ve miktarla ilgili) Topluluk üyesi dışındaki ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesinin oluşturulması sağlanmıştır⁶.

Avrupa'nın bütünleşmesi amacı yönelik en önemli adım 7/2/1992 tarihli Maastricht Anlaşmasıdır. Söz konusu anlaşma ile AET'nin adı AB olarak değiştirilmiştir. Anlaşma 1/11/1993'te yürürlüğe girmiştir⁷. Bu anlaşma ile üye ülkeler arasındaki ekonomik ve ticari birlikteliğin ötesinde siyasi ve sosyal birliğe de geçiş yapılmıştır⁸. AB'ye yıllar içerisinde birçok ülke katılmış, en son İngiltere'nin 31/1/2020'de ayrılmasından sonra şu an AB çatısı altında 27 ülke bulunmaktadır.

Netice olarak ekonomik ve ticari amaçla başlayan birleşme süreci siyasi ve sosyal boyutu da barındıran devasa bir uluslararası birlikteliğe dönüşmüş, bu birlikteliğin gereği olarak AB özellikle ticari alanda kendi hukukunu oluşturmaya başlamıştır.

B. AB Marka Hukukunun Kaynakları

1. Genel Olarak

AB marka hukukunun kaynaklarını incelerken öncelikle Marka hukuku alanındaki mevzuatların atıf yaptığı kurucu anlaşmaların dikkate alınması gerekir. Birincil mevzuat olarak adlandırılan bu düzenlemeler AB'nin kuruluş işleyiş ve organlarıyla ilgili ana kuralların yer aldığı düzenlemeler olarak karşımıza çıkar.

AB müktesebatının AB kurumları tarafından ihdas edildiğine göre, öncelikle AB organizasyonunda farklı yetkilere sahip organların yapılarına kısaca değinmek gerekir. AB teşkilat yapısı içerisinde yer alan Avrupa Parlamentosu, doğrudan halk

⁵ Rıdvan Karluk, *Avrupa Birliği ve Türkiye* (Beta 2005) 56.

⁶ Üçler, (n 4) 207.

⁷ Anlaşma Başlığı "Provisions Amending the Treaty Establishing the European Economic Community with View to Establishing the European Community" şeklindedir <europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁸ Tapan, (n 3) 977.

tarafından seçilen üyelerden oluşan bir organdır. Konsey yasama yetkisini Avrupa Parlamentosu ile birlikte kullanır. Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in onay verdiği düzenlemeler üye devletleri bağlayıcı niteliktedir. Avrupa Komisyonu, Yasama süreci ile ilgili işlemleri başlatan Birliğin yürütme organıdır. AB Komisyonu AB müktesebatını, bütçeyi ve programları uygular ve idari denetim görevini yerine getirir.

Avrupa Konseyi, AB'ye üye devletlerin menfaatlerinin temsil edildiği, üye devletlerin bakanlarından oluşur. Konsey, üye devletleri bağlayan yasal düzenlemeler yapabilir. Bu konuda yetkisini Avrupa Parlamentosu ile paylaşmaktadır. Bu açıdan Konsey Birliğin karar alma ve yasama organıdır. Konsey yasama tasarrufunda bulunurken Avrupa Birliği Komisyonu'nun hazırladığı taslaklar üzerinden değerlendirme yapar.

Avrupa Birliği Zirvesi, AB'ye üye devletlerin devlet başkanları veya başkanlarından oluşur. Zirve, AB'nin temel politikaları belirler. AB Zirvesinin yasama yetkisi yoktur. Ancak siyasi ağırlığı nedeniyle Birliğin organlarının faaliyetlerinin ana eksenini belirleyici özelliği vardır⁹.

AB müktesebatında yer alan yazılı kurallar ise birincil ve ikincil mevzuat olarak sınıflandırılabilir. Birincil mevzuat, Birliğin anayasası hükmündedir ve üye devletlerin anayasalarının üzerinde bir konumdadır. Yine bu anlaşmalara bağlı ek protokollerde aynı işleve sahiptir. Paris Anlaşması, Roma Anlaşması, Füzyon Anlaşması, 1987 tarihli Avrupa Tek Senedi, Maastricht Anlaşması örnek olarak sayılabilir¹⁰.

AB Marka hukukunun ikincil mevzuatı olarak Tüzük ve Direktifler sayılabilir. AB Komisyonu ve Bakanlar Konseyi, Roma Anlaşmasınının 189. maddesine göre Tüzük ve Direktif çıkarabilirler. Tüzükler genel düzenleme niteliğinde yayımlandıkları andan itibaren üye devletlerin hukukunda bağlayıcı olan normlardır. Tüzükler Birliğin Resmi gazetesinde yayımlanır. Yönergeler üye devletlerin mevzuatını belli konularda uyumlaştırmak üzere kurucu anlaşmalarda belirlenen şartlara uygun olarak AB Konseyi ya da Komisyonu tarafından çıkarılır. Üye devletler Yönergeye göre mevzuatlarında düzenleme yaparlar. Yine Birlik organlarının aldığı genel ve bireysel olarak ikiye tasnif edebileceğimiz kararlarda ikincil mevzuat olarak gösterilebilir¹¹.

⁹ Avrupa Birliği Başkanlığı 'Avrupa Birliği: Kurumlar', (2023) 1, 1 <ab.gov.tr> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

¹⁰ Ruhi Tapan 'Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı' (1999) 10 (32) Sayıştay Dergisi 89, 102.

¹¹ Tapan, (n 10) 102.

AB Marka hukukunun en önemli kaynağı olan Tüzük ve Direktifler ile bunları yorumlayan AB Adalet Divanının işlevini ayrıca değerlendirmek gerekir.

2. Tüzük ve Direktifler

Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye'nin AB ile özellikle 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı¹² tarafından öngörülen Gümrük Birliği Anlaşması sonrası "*malların veya hizmetleri serbest dolaşımı*" gereği fikri mülkiyet ve haklarının korunması adına mevzuatının uyumlaştırılması için yapacağı düzenlemelerde Avrupa Birliği Marka Yönergesi ve Marka Tüzüğü hükümleri oldukça işlevsel bir hale gelmiştir¹³.

AB Marka hukukunun şekillenmesinde rol oynayan Direktif ve Tüzükler Avrupa Birliği'ne üye devletlerin iç hukuklarını uyumlaştırılması amacını taşıyan düzenlemeleridir. Direktifler temas ettiği alanda genel bir sınır belirlemekte, bu sınırlar içerisinde birlik üyelerine belli ölçülerde takdir alanı bırakılarak düzenleme yapma yetkisi tanınmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin iç hukuklarda kanunlaşması belirli bir süreci gerektirmekte bu konuda ülkelere ek süreler verilebilmektedir. Tüzüklerin etki ve bağlayıcılığı Direktiflerden farklıdır. Tüzükler AB'nin yetkili organlarınca kabul edildikleri andan itibaren üye ülkelerin iç hukuklarını da bağlamaktadır. Tüzükler Direktifler gibi yorum yöntemiyle dahi değiştirilmeleri mümkün değildir¹⁴.

AB, direktif ve tüzük yöntemini uygulamaya başlamadan önce üye ülkelerin marka hukuklarının uyumlaştırılması için uluslararası anlaşma yapılış yöntemini değerlendirmiş ancak etkinlik ve verim açısından strateji değişikliği yaparak söz konusu amacı gerçekleştirmek üzere Direktif ve Tüzük ihdas etmeye başlamıştır¹⁵.

¹² 1/95 sayılı Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı 6 Mart 1995'te imzalanmış ve 1 Ocak 1996'da yürürlüğe girmiştir. Söz konusu anlaşmanın 31. maddesinde, "Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının yeterli ve etkili biçimde korunması ve uygulanmasını sağlamaya verdikleri önemi teyid ederler. Taraflar, ancak fikri mülkiyet haklarına Gümrük Birliği'ni oluşturan iki tarafta da eş düzeyde etkili koruma sağlanması halinde Gümrük Birliği'nin gereğini işleyebileceğini kabul ederler. Dolayısıyla 8. Ekte öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt ederler." şeklinde düzenleme yapılmıştır. Anlaşmanın 8. Ekinde ise Türkiye'nin yükümlülüklerinden bahsedilmiştir <mfa.gov.tr> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

¹³ Kutlu Oytaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku* (2. Baskı Nobel 2002) 22.

¹⁴ Fulya Yapar 'Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 78.

¹⁵ Yapar, (n 14) 78.

AB nezdinde üye ülkelerin marka mevzuatlarını uyumlaştırma çalışmaları Avrupa Konseyi'nin 89/104 sayılı "*Üye Devletlerin Markalarla İlgili Mevzuatlarının Benzeştirilmesine Yönelik Birinci Direktifi*"¹⁶ ile başlamıştır¹⁷. Söz konusu Konsey Direktifi, Avrupa Birliği Marka hukukunda birlik oluşturma adına ilk yasama tasarrufudur. Avrupa Birliğine üye devletlerin marka hukukları bu Direktif ile uyumlaştırılmıştır¹⁸. 89/104 sayılı Direktif, Avrupa Birliği içerisinde tescilli markayla ilgili maddi hukukun uyumlaştırılması amacını taşımıştır¹⁹.

İlk yasama tasarrufu niteliğindeki 89/104 sayılı Direktif, üye devletlerde halihazırda geçerli olan ticari marka yasalarının, malların serbest dolaşımını ve hizmet sunma özgürlüğünü engelleyebilecek ve ortak pazarda rekabeti bozabilecek eşitsizlikler içermesi nedeniyle iç pazarın kurulması ve işleyişini de göz önüne alarak üye devletlerin yasalarını birbirine uyumlaştırılmasını amaçlamış, bu doğrultuda üye ülkelerin marka hukuku ile ilgili temel ilke ve esaslarını belirlemiştir. Direktif, bir Üye Devlette bireysel ticari marka, toplu marka veya garanti veya sertifikasyon markası olarak tescil başvurusuna konu olan mal veya hizmetlerle ilgili her tür ticari marka yönünden geçerli niteliğe haiz olacaktır²⁰.

89/104/AET sayılı Birinci Konsey Direktifi zamanla birçok değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin en kapsamlısı olan 2008/95/AT sayılı Konsey Direktifi²¹ 22/10/2008 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu Direktif, üye Devletlerin ticari markalara ilişkin yasalarını uyumlaştırmak amacıyla düzenlenmiş 89/104/EEC sayılı Konsey Direktifinin içeriğini değiştirmiştir. Direktif üye devletlerin ticari marka yasalarının tam anlamıyla uyumlaştırılmasını amaçlamamakta üye ülkelerin iç pazarının işleyişini doğrudan etkileyen ulusal kanun hükümleriyle sınırlı tutulmasını yeterli görmektedir²².

¹⁶ 'First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

¹⁷ Burcu Bozkurt 'Markanın Dürüst Kullanımı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2020) 32.

¹⁸ Yapar, (n 14) 79-82.

¹⁹ Yapar, (n 14) 94.

²⁰ 89/104/EEC Article 1.

²¹ 'Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

²² Bkz. Directive 2008/95/EC.

2008/95 sayılı Direktife göre, üye Devletler kendi mevzuatları çerçevesinde ticari markaların tescili, iptali ve geçersizliği ile ilgili usul hükümleri belirlemekte serbesttir. Uyumlaştırma gereği istenilen hedeflere ulaşılması, tescilli bir ticari markanın elde edilmesi ve korunmasına ilişkin koşulların genel olarak tüm Üye Devletlerde aynı olması ile mümkündür. Direktifte üye ülkelerin marka hukuku alanındaki uyumunun sağlanması adına yapılması gerekenler de belirlenmiştir. Direktife göre, mal ve hizmet dolaşımını kolaylaştırmak amacıyla bütün üye devlet hukuklarında tescilli ticari markaların aynı korumadan yararlanmasını sağlamak gerekir. Direktifte marka hukuku alanındaki meselelere işaret edilerek ispat yükümlülüğü ile ilgili hususun üye devletlerin kendi hukukunun konusu olduğu ifade edilmiştir.

Direktife göre, üye Devletler Sınai Mülkiyetin Korunması ile ilgili olarak Paris Sözleşmesi hükümlerine tabidir. Direktif hükümleri söz konusu Sözleşmenin hükümleriyle uyumlu olmalıdır ve bu hükümler, üye devletlerin Paris Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerine halel getiremez²³. 2008/95 sayılı Direktif, daha önce Hollanda, Belçika, ve Lüksemburg marka mevzuatını uyumlaştıran Benelüks Marka Kanunu'ndan²⁴ etkilenmiştir²⁵.

AB sınırları içerisinde geçerli olacak şekilde yapılacak tek bir tescil başvurusunun tüm üye ülkelerde etkili olacak şekilde bir topluluk markasının oluşturulması 1993 yılında kabul edilen 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü²⁶ ile gerçekleşmiştir²⁷.

Söz konusu Tüzük, işletmelerin ürün ve hizmetlerinin tüm Topluluk genelinde, ülke sınırlarına bakılmaksızın aynı yöntemlerle ayırt edilmesini sağlayan ve tüm üye devletlerde doğrudan geçerli olan tek tip bir Topluluk hukukuna

²³ Bkz. Directive 2008/95/EC.

²⁴ Benelüks ülkeleri olan Belçika Hollanda Lüksemburg 1958 yılında Benelüks Ekonomik Birliğini kurmuşlar, Benelüks Ticari Marka Kanunu 1978 yılında yürürlüğe girmiş ve üye ülkelerin ticari marka kanunlarını ilga etmiştir. Bkz. Emriye Özlem Şeker 'A Comparison of Trademark Laws In European Union and Turkey Against Dilution of Trademarks', (2013) 6 (1) Ankara Barosu Dergisi 81, 88. Benelüks Ticari Marka Kanunu Fikri mülkiyet konusunda Benelüks Birliği tarafından ihdas edilmiştir. Mevcut Kanun 1/6/2018 tarihinde yürürlüğe girmiş ve AB birliği üye ülkelerin markalarının karşılıklı korunmasını sağlayan 1971 tarihli Benelüks Marka Kanununu değiştirmiştir. <worldtrademarkreview.com> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

²⁵ Şeker, (n.24) 88.

²⁶ '31994R0040 Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

²⁷ Bozkurt, (n 17) 32.

tabi markaların oluşturulmasını hedeflemiştir. Oluşturulan bu markalara ilişkin haklar tescille elde edilebilmektedir. Topluluğun, tüzel kişiliğe sahip ve Tüzük ile kendisine verilen yetkiyi kullanan Topluluk Marka Ofisi (OHIM, sonra EUIPO) kurulacak, bu organ Topluluk hukuku çerçevesinde faaliyet gösterecektir. Tüzük'te ayrıca ofis kararlarına karşı itiraz ve temyiz yolları da öngörülmüştür²⁸.

40/94 sayılı Konsey Tüzüğü'ne göre yapılacak marka başvurusuyla, AB sınırları içerisinde tüm üye devletlerde geçerli tescil belgesi alınabilecektir. Bunun gibi Türk vatandaşlarının da topluluk markası tescil ettirebilmesi ve marka haklarının AB çerçevesinde güvence altına alınması mümkün olmaktadır.

Topluluk markası ile birlikte AB sınırları içerisinde bireylerin ülke mevzuatlarına bağlı olmadan AB üyesi ülkeler içerisinde işlemleri tekrarlama gereği olmaksızın tek bir merkezden marka işlemlerini yapabilmeleri mümkün hale gelmiştir²⁹. Söz konusu sistem AB sınırları içerisinde markasını korumak isteyen kişi ya da işletmelerin üye ülkelerin yetkili kuruluşlarına başvurmak yerine tek bir başvuru ile markaların Topluluk markası güvencesine kavuşturmasını sağlamaktadır. Söz konusu faaliyetler OHIM bünyesinde gerçekleştirilecektir³⁰.

Söz konusu Tüzüğün uygulanmasına ilişkin 2868/95³¹, 2869/95³² ve 216/96³³ sayılı Komisyon Yönetmelikleri çıkarılmış³⁴, Topluluk Marka Tüzüğü zaman içerisinde birçok değişikliğe uğramış ve nihayet 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü³⁵ yürürlüğe girmiştir.

²⁸ Bkz. Council Regulation (EC) 40/94.

²⁹ Eren Başer 'Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi' (Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü 2014) 98.

³⁰ Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin 2015) 27.

³¹ '31995R2868 Commission Regulation (EC) No 2868/95 of 13 December 1995 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark', <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 5.8.2023).

³² '31995R2869 Commission Regulation (EC) No 2869/95 of 13 December 1995 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)', <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 5.8.2023).

³³ Commission Regulation (EC) No 216/96 of 5 February 1996 <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

³⁴ European Union Trade Mark Legal Texts/Previous Legislation <euipo.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

³⁵ 'Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

207/2009 sayılı Tüzük, ekonomik faaliyetlerin Topluluk çapında uyumlu bir şekilde ve sürekli olarak gelişmesini ve dengeli genişlemeyi, AB içerisinde tek pazar oluşturulabilmesi için mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılmasını ve rekabetin bozulmasını engelleyecek düzenlemelerin yapılmasını, işletmelerin imalat ve mal dağıtımında veya hizmet sağlamada faaliyetlerini Topluluk ölçeğine uyarlamalarına imkan tanınmasını, bu amaçlarla, işletmelerin ürün ve hizmetlerinin tüm Topluluk genelinde, sınırlara bakılmaksızın aynı yöntemlerle ayırt edilmesini sağlayan markaların oluşturulmasına imkan verilmesini bu suretle tüm Üye Devletlerde doğrudan geçerli olan tek tip bir Topluluk hukuku tarafından yönetilen ticari markalar oluşturulması gerektiğini belirtmiştir.

207/2009 sayılı Tüzük'te ticari markalara ilişkin Topluluk hukukunun, Üye Devletlerin ticari markalara ilişkin kanunların yerine geçmeyeceği, Topluluk düzeyinde ticari markalarının korunmasından yararlanmak istemeyen teşebbüsler için ulusal markaların gerekli olmaya devam edeceği, Topluluk ticari markalarının korunmasını güçlendirmek için üye devletlerin kendi ulusal sistemlerini göz önünde bulundurarak Topluluk ticari markalarının geçerliliği ve bu markalara tecavüz konularında yetkili olan ilk derece ve istinaf mahkemelelerinin görevlendirmeleri gerektiği ifade edilmiştir³⁶.

207/2009 sayılı Tüzükle Topluluk Markası konusunda tescil usulü belirlenmiş ve bu tescilin Birlik üyesi ülkelerde aynı etkiyi meydana getirmesi sağlanmıştır³⁷.

Avrupa Parlamentosu 16/12/2015 tarihli kararlarıyla 2015/2424 sayılı Konsey Tüzük³⁸ ve 2015/2436 sayılı Direktifi³⁹ kabul etmiştir. 2015/2424 sayılı Tüzük, 14/6/2017 tarih 2017/1001 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁴⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹.

³⁶ Bkz. Council Regulation (EC) No 207/2009.

³⁷ Yapar, (n 14) 83.

³⁸ 'Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015', Söz konusu Tüzük ile Topluluk ticari markasına ilişkin (EC) 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü ve Topluluk ticari markasına ilişkin (EC) 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünü uygulayan (EC) 2868/95 sayılı Komisyon Tüzüğü değiştirilmiş, İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisine ödenecek ücretlere ilişkin (EC) 2869/95 sayılı Komisyon Tüzüğünü yürürlükten kaldırılmıştır. <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

³⁹ 'Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States Relating to Trade Marks' <eur-lex.europa.eu> - (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁴⁰ 'Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark', <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün birinci paragrafında, 2009 yılında 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü olarak kodlanan 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü'nün, Birliğin her seviyesinde ticari markalarda koruma sağlayan Avrupa Birliği'ne özgü bir ticari marka koruma sistemi oluşturduğu, buna paralel olarak 2008/95 sayılı Direktif ile kodifiye edilen ve 89/104 sayılı Direktif ile uyumlaştırılan ulusal ticari marka sistemlerine göre de her üye devlette her seviyede ticari markaları koruma sisteminin mevcut olduğu ifade edilmiştir.

Söz konusu Direktifle 207/2009 Sayılı Tüzüğün (AT) terminolojisi güncellenerek OHIM'in adı iç pazarda yürütülen fiili çalışmaları (ticari markalar ve tasarımlar) daha iyi yansıtmak için, *AB Fikri Mülkiyet Ofisi* (EUIPO) şeklinde değiştirilmiştir.

Direktif, AB marka sistemindeki iyileştirmeler ve değişikliklere paralel olarak, ulusal marka yasaları ve uygulamaların daha fazla uyumlaştırılması ve markalar için mümkün olduğunca eşit koşulların yaratılması için uygun olduğu ölçüde AB marka sistemi ile uyumlu hale getirilmesini ve Birlik genelinde ticari markaların tescili ve korunmasının etkinliğinin sağlanmasını amaçlamış, AB Marka hukukuyla ilgili bir çok ilke belirleyerek 207/2009 sayılı Direktif hükümlerini değiştirmiş ve güncellemiştir⁴².

AB Marka hukukunun yürürlükte olan düzenlemelerinden birisi olan 2015/2436 sayılı Direktif, açıklık sağlamak amacıyla 2008/95/EC sayılı Direktifinde birtakım değişiklikler yapmış söz konusu Direktifi yeniden düzenlemiştir. Yeni Direktif 2016 yılının başlarında yürürlüğe girmiş ve önceki Direktifi 15/12/2019'da yürürlükten kaldırmıştır⁴³. Direktif, ulusal ve Birlik düzeyinde ticari marka sistemlerinin bir arada bulunması ve dengede olmasının Birliğin fikri mülkiyet korumasının temel yaklaşımı olduğunu vurgulamıştır.

Direktif, Avrupa Birliğinde ticari markaların edinilmesi ve korunmasını kolaylaştırmak için, 2008/95 sayılı Direktif tarafından elde edilen sınırlı yakınlaştırma kapsamının ötesine geçmenin gerekli olduğunu, Birlik genelinde marka tescillerinin yapılması ve yönetilmesini kolaylaştırmak amacıyla, maddi hukuk ve usul hukuku kurallarının yakınlaştırılmasının esas olduğunu, bu nedenle, Üye Devletlerde ve AB ticari marka sisteminde ticari marka tescili alanındaki temel usul kurallarının uyumlu hale getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁴¹ Bozkurt, (n 17) 33.

⁴² Regulation (EU) 2015/2424.

⁴³ Tom Sourfield, Annual Review of the Trademark Law (2018) 109 The Trademark Reporter 443.

2015/2436 sayılı Direktifte ticari markalarda hukuki kesinlik ve belirliliği sağlamak adına üye devletlerde ticari markaların tescil prosedürünün verimli ve şeffaf olarak yürütülmesi, marka başvurusu kapsamındaki mal ve hizmetlerin sınıflandırılması konusunda üye devletlerin aynı kuralları takip etmesi gerektiği vurgulanmıştır. Direktif üye devletler ve Benelüks Fikri Mülkiyet Ofislerinin, malların sınıflandırılması ile ilgili olarak kendi idari uygulamalarını yansıtan bir liste oluşturulmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Direktif ayrıca üye devletlerin, TRIPS'e bağlı olduğunu ifade etmiştir⁴⁴. Direktif daha önceki Direktifte tespit edilen ilke ve esaslarda değişiklikler yaparak AB Marka hukukunun güncel kaynaklarından olarak yürürlüğünü devam ettirmektedir.

Halen yürürlükte olan 14/6/2017 tarihli ve 2017/1001 sayılı Tüzük önceki düzenlemeleri iptal etmek yerine toplumsal ihtiyaçlara göre küçük değişiklikler yaparak yeni bir kodifikasyon oluşturulması yoluna gitmiştir⁴⁵. Başka bir ifadeyle 207/2009 sayılı Tüzük'ün maddeleri tamamen iptal edilmemiş, bazı maddelere değiştirilmeksizin bu Tüzükte de yer verilmiştir.

2017/1001 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden önce 2017/1430 sayılı Komisyon Tüzüğü⁴⁶ ile 2017/1431 sayılı Uygulama Tüzüğü⁴⁷ çıkarılmıştır. 2017/1001 sayılı Tüzük'e uyumlu olması ve tamamlaması amacıyla 2018/625 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü⁴⁸ ve 2018/626 sayılı Uygulama Tüzüğü⁴⁹ yürürlüğe girmiş ve 2017/1430 ve 2017/1431 sayılı Tüzükler ilga edilmiştir⁵⁰.

2018/625 sayılı Tüzük, daha şeffaf ve hakkaniyet çerçevesinde modern bir AB marka hukuku sistemi oluşturmak için EUIPO nezdinde yapılan başvuru ve itiraz yollarına ilişkin usul kuralları ile iptal ve hükümsüzlük kararları ve delillerin sunumu ispat vasıtalarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca EUIPO

⁴⁴ Bkz. Regulation (EU) 2015/2436.

⁴⁵ Yapar, (n 14) 81.

⁴⁶ 'Comission Delegated Regulation (EU) 2017/1430 of 18 May 2017', <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁴⁷ 'Comission Implementing Regulation (EU) 2017/1431 of 18 May 2017' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁴⁸ 'Comission Delegated Regulation (EU) 2018/625 of 5 March 2018' <eur-lex.europa.eu> - (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁴⁹ 'Comission Implementing Regulation (EU) 2018/626 of 5 March 2018' <eur-lex.europa.eu> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

⁵⁰ Elanur Tamer 'Marka Hukukunda Kullanım İspatı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 23.

İtiraz Kurulu'nun 2017/1001 sayılı Tüzük kapsamındaki işlevi sözlü yargılamaya ilişkin hususlar da tespit edilmiştir⁵¹.

2018/626 sayılı Tüzükte ise Avrupa Birliği Fikri Haklar Ofisi'ne yapılacak marka tescil başvurularında idari prosedürü azaltmak ve başvuru işlemlerini kolaylaştırmak hedeflenmiştir. Bu kapsamda marka başvurusunun kapsamı ve detayı, tescil belgesinin formatı ve içeriği, marka başvurularında başvuru koşulları, gerekli belgelerin içeriği düzenlenmiştir⁵².

Yukarıda da izah edildiği gibi 2017/1001 sayılı Tüzük daha önceki mevzuatın üzerine bina edilerek yapılmış bir düzenlemedir. Başka bir ifadeyle 207/2009 sayılı Tüzüğü değiştiren 2015/2424 sayılı Tüzük, 2017/1001 sayılı Tüzük metnini oluşturmuştur. 2017/1001 sayılı Tüzük'te kapsamlı değişiklikler yapılarak yeni düzenlemeler ihdas edilmiştir. Söz konusu yenilikler marka hakkının sağladığı hukuki korumayı Birlik bünyesinde güçlendirmek ve üye devletlerin arasındaki koordinasyonu gerçekleştirmek adına yapılmıştır. Tüzük'te yer alan düzenlemelerden birisi AB marka hukukundan doğan uyuşmazlıklar için bir alternatif çözüm yeri olarak tahkim merkezi kurulmasına ilişkindir. Ancak bu uygulama hayata geçmemiştir⁵³.

2017/1001 sayılı Tüzük kapsamında AB Marka hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin (EUIPO) kurulması (md.2) marka olabilecek işaretler (md.4), mutlak ve nisbi ret nedenleri (md.7), öncelik ilkesi (md.9) gibi konular ve başka konularda değişiklikler yapmıştır⁵⁴.

3. ABAD Kararları

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), AB'nin yargı organı olup, temel işlevi AB hukukunun Birlik sınırları içerisinde yeknesak bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Roma Anlaşması'nın 164. maddesine göre kurulan ABAD, AB hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak, AB organlarının faaliyetlerinin hukuk düzenine uygun olup olmadığını denetlemek, AB hukukunu yorumlamak ve Birlik içerisinde çıkan hukuki uyuşmazlıkları Birlik hukukuna göre çözmek gibi görevleri vardır. ABAD'ın yetkisi kesin ve bağlayıcıdır⁵⁵.

⁵¹ Tamer, (50) 23 dn.131.

⁵² Tamer, (50) 23.

⁵³ Yapar, (15) 81.

⁵⁴ Regulation (EU) 2017/1001.

⁵⁵ Tapan, (n 10) 116.

ABAD, söz konusu yetkiyi kurucu anlaşmalara dayanarak kullanır. Diğer alanlarda ise Topluluk hukukunun uygulanması ile ilgili sorunlar üye devletlerin yargı organları tarafından çözülür. Üye ülke yargı organları Topluluk hukukunun uygulanmasından sorumlu yargı organı olarak görev yaparlar ve Topluluk hukukunun yorumunu gerektiren hususları bekletici sorun yaparak AET Anlaşmasının 234. madde gereği Adalet Divanı önüne getirebilirler⁵⁶.

Başka bir ifadeyle ABAD, AB üyesi ülkeler nezdinde görevli mahkemelerce uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak AB hukukunun nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili karar vermektedir. Bu suretle benzer meselelerde üye ülke mahkemelerince aynı şekilde yorumlanması amaçlanmaktadır⁵⁷.

ABAD'ın kararlarının zorla icrası AB müktesebatında düzenlenmemiştir. Yani kararların üye devletlerde doğrudan icra edilmesi mümkün değildir. Eda davalarının uygulanması hususunda AB hukuku üye devletlerin hukukuna atıf yapmıştır. ABAD kararın üye devletlerde uygulatmak isteyen kişilerin milli hukuklarda tanıma ve tenfiz kararı almaları gerekir⁵⁸. ABAD kararlarının, Türk marka hukukunu sürekli etkilediği ve belli bir form ve disipline girdirdiği de açıktır.

ABAD'ın, AB üyesi ülkelerin iç hukuklarında AB hukukunun uygulanması gereken uyuşmazlıklarda, yorumlanması gereken meselelerle ilgili olarak değerlendirme yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu işlev bütün üye ülkelerce AB hukukunu yorumlamasındaki yeknesaklığı sağlama açısından önemlidir.

II. Türk Marka Hukukunun Gelişimi ve Kaynakları

A. Birinci Evre

Türk marka hukukunun gelişimi açısından Osmanlı Devleti dönemindeki çalışmalarından başlayarak, 1995 yılına kadar geçen süreyi Birinci Evre olarak nitelendirmek mümkündür. Bu sürecin temel özelliği çeşitli yasal düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte uygulamanın ve dolayısıyla marka hukukunun gereken gelişimi göstermediği dönemler olmasıdır.

⁵⁶ Sanem Baykal 'Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz', (2004) 4 (1) Avrupa Çalışmaları Dergisi 121, 122.

⁵⁷ Emir Yakın 'Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 75.

⁵⁸ Tapan, (n 10) 121.

Türk hukukunda marka ile ilgili yapılan düzenlemeler Osmanlı Devleti döneminde başlamıştır. Bu dönemde marka ile ilgili ilk kabul edilen mevzuat 1872'de yürürlüğe giren Alâmet-i Farika Nizamnamesi olmuştur. Bu düzenleme, 1888 tarihli "*Fabrikalar Malumatı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname*" ile değiştirilmiştir⁵⁹, bu konuda 23/6/1857 tarihli Fransız kanunundan esinlenilmiştir.

Bu Alâmeti Farika Nizamnamesine 20/5/1955 tarih ve 6591 sayılı kanun ile bazı ek hükümler getirilmiştir⁶⁰, nihayet Nizamname 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu⁶¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır⁶². 551 sayılı Markalar Kanunu Cumhuriyet döneminin marka hukuku alanındaki ilk bağımsız düzenlemesidir.

B. İkinci Evre

Türkiye'de fikri mülkiyet hukuku 1995 tarihli KHK'lar ile⁶³ farklı bir evreye girmiştir. Bu mevzuat 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı doğrultusunda AB mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu KHK, 4113 sayılı Yetki Kanunu dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılmıştır. Bakanlar Kurulu 551 sayılı Kanun'un cezai hükümler içeren 51., 52. ve 53. maddeleri dışında tüm hükümlerini ilga etmiştir. 551 sayılı kanunun cezai hükümleri 556 sayılı KHK'ya 4128 sayılı kanunla eklenen düzenleme uyarınca yürürlükten kaldırılmış ve 551 sayılı Kanun'un varlığı tamamen sona ermiştir⁶⁴.

556 sayılı KHK ekseriyetle AB mevzuatı ve uluslararası sözleşmelerden yararlanılarak hazırlanmıştır. 556 sayılı KHK'nın ceza hükümleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶⁵. İptal kararları nedeniyle markalarla ilgili davalar ortadan kaldırılmış, sorunu gidermek için markalara ilişkin cezai hükümleri düzenleyen 21/1/2009 tarih ve 5833 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir⁶⁶.

⁵⁹ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku* (Adalet 2013) (n 1) 3.

⁶⁰ RG 27.5.1955/9013.

⁶¹ RG 12.3.1965/11951.

⁶² Orhan Sekmen, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları* (Bilge 2013) 25.

⁶³ RG 8.6.1995/22326.

⁶⁴ İsa Başbüyük, *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (Adalet 2018) 21.

⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin E. 2015/49, K. 2015/46 ve E. 2016/148, K. 189 sayılı kararlarında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. ve 16. maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13., 35., 48. 91. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

⁶⁶ Türk Patent Enstitüsü, Ulusal Fikri Haklar Strateji Belgesi ve Eylem Planı (2015-2018 Kasım 2014), s. 16 <turkpatent.gov.tr> (Erişim tarihi: 12.10.2023).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinde belirtildiği gibi KHK ile düzenlenmesi yasak olan alanlarda (mülkiyet hakkı ya da cezai hükümler gibi) kural ihdas edilmesinin Anayasaya aykırı olması nedeniyle kanun koyucu marka hukuku alanında kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesine son vermiştir⁶⁷.

556 sayılı KHK'nın yürürlükte olduğu dönemde KHK hükümlerinin uygulanmasını göstermek için uygulama yönetmeliği⁶⁸ çıkarılmış, Türk Patent Enstitüsü tarafından Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE: 2012/3)⁶⁹ yayımlanmıştır.

Türkiye özellikle Gümrük Birliği anlaşmasından sonraki süreçte Markalar hukuku alanında yapılan düzenlemelerde uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler çerçevesinde hareket ederek AB müktesebatı ile de uyumlu mevzuat çalışmalarına hız vermiştir.

Gümrük Birliğine ilişkin Ortaklık Konseyi kararı gereği yukarıda bahsedilen yasal düzenlemeler ile marka hukukunun bugünkü alt yapısı tesis edilmiştir. Yine Türkiye bu süreçte Başbakanlık tarafından çıkarılan 2008/7 sayılı genelgele ile konuya ilişkin koordinasyon kurulu kurulmuştur⁷⁰.

Türkiye'nin bu yöndeki politika değişikliği yani genel olarak marka hukuku da dahil olmak üzere ticari alanda yaptığı düzenlemelerde uluslararası anlaşmalar ve AB müktesebatını esas alması uluslararası ticaretin bir parçası olarak bu alandaki rekabet gücünü artırmaya yönelik bir anlayışın sonucudur.

Gelinen süreçte marka hukuku alanında 22/12/2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kabul edilmiştir⁷¹. Kanunun amacı 1. maddesinde, "*marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamak*" şeklinde belirtilmiştir.

⁶⁷ Nitekim 6769 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde bu durum "Sınai mülkiyet hakları alanında söz konusu olabilecek muhtemel iptaller nedeniyle ortaya konulabilecek sorunların ve hak kayıplarının ortadan kaldırılması ihtiyacı, kanun hükmünde kararnamelerin bir an önce kanunlaşmasını gerekli kılmıştır" şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

⁶⁸ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik, RG 9.4.2005/25781.

⁶⁹ RG 25.12.2012/28508.

⁷⁰ Ulusal Fikri Haklar Strateji Belgesi ve Eylem Planı, s. 3-6.

⁷¹ RG 10.1.2017/29944.

Kanun, 556 sayılı KHK'nın yanından yine fikri ve sınai mülkiyet alanında düzenleme yapan 551, 554, 555 ve 566 sayılı KHK'ları yürürlükten kaldırmıştır (SMK 191). 6769 sayılı Kanun'un markaya ilişkin hükümleri çoğunlukla 556 sayılı KHK'dan alınmıştır⁷². Doktrinde 6769 sayılı Kanun'un özgün bir düzenleme olmadığı AB müktesebatına uyum sağlamak adına, mevcut düzenlemeleri tadil eden bir kanun olduğu belirtilmiştir⁷³.

6769 sayılı Kanunla birlikte uygulama yönetmeliği⁷⁴ ve sınıflandırma tebliği de (TPE 2016/2)⁷⁵ çıkarılmıştır.

III. AB Hukukunun Türk Marka Hukukuna Etkileri

A. Genel Olarak

Türkiye AB ile ilişkisini ortaklık statüsü ile başlatmış, yaklaşık 24 yıl süren bu süreç 1987 yılından itibaren tam üyelik müzakeresine dönüşmüş ve halen devam etmektedir. Söz konusu süreç başladığı günden bu yana bir takım hak ve yükümlülükleri beraberinde getirmiştir. AB Marka Hukukunun Türk Marka Hukukuna etkisini Türkiye'nin AB'ye üyelik süreci dikkate alınmadan ele alınması mümkün değildir.

Türkiye Gümrük Birliği Anlaşması ile birlikte AB'ye karşı birtakım taahhütlerde bulunmuştur. Gümrük Birliği Anlaşmasının *Yasaların Uyumlaştırılması* başlıklı IV. Kısımının *Fikri, Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunması* başlıklı 1. Bölümünde düzenlenen 31. Maddesinde, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak Türkiye'nin Anlaşmanın 8. Ekinde öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt ettiği belirtilmiştir (m.31).

Gümrük Birliği Anlaşmasının Ek 8'in de Türkiye'nin uymakla yükümlü olduğu uluslararası anlaşmalar ve AB Mevzuatı ile ilgili hükümler yer almaktadır. Ek 8'in 1. maddesinde, tarafların, Uruguay Konferansı'nda akdedilen Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönlerine İlişkin Anlaşma'dan (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS) doğan yükümlülüklerine atfettikleri önemi teyit ettikleri, Türkiye'nin TRIPS'i, hükümleri yürürlü-

⁷² Başbüyük, (n 64) 22.

⁷³ Ünal Tekinalp 'Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikler' in Feyzan Hayaal Şehirali Çelik (ed) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (2017) 8.

⁷⁴ RG 24.4.2017/30047.

⁷⁵ RG 30.12.2016/29934.

ğe girdiği tarihten itibaren uygulanacak şekilde ve üç yıl içinde uygulamaya koymayı taahhüt ettiği ifade edilmiş⁷⁶, Anlaşmanın Ek 8, 3. maddesinde Türkiye'nin Gümrük Birliği Kararı yürürlüğe girmeden önce mal ve hizmetlerin sınırlandırılmasına dair Nice Anlaşması'na katılacağı kararlaştırılmış, Ek 8'in 4. maddesinde ise Türkiye'nin fikri mülkiyet hakları ihlallerine karşı sınırda korumaya dair hükümleri yürürlüğe koyacağı belirtilmiş ve nihayet Ek 8'in 7. maddesinde ise markaların uluslararası tescili ile ilgili Madrid Anlaşmasına kararın yürürlüğe girmesini müteakip üç yıl içinde katılmamız kararlaştırılmıştır.

AB kendi marka hukukunu üye ülkeler ile üyelik müzakere sürecini yürüttüğü ülkelere ihraç etmek suretiyle daha küresel bir rol oynaması için bir fırsat elde edebilirken aynı zamanda, bu alanda daha fazla dış etkiye maruz kalabilecektir. TRIPS ve Paris Sözleşmesi kapsamında ticari marka kanununun uyumlaştırılması, AB içindekinden çok daha ılımlı gerçekleşmiştir.

Marka hukuku alanındaki mevzuat 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmiştir. Türkiye taahhüdüne bağlı olarak iç hukukunda AB müktesebatı ve uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde düzenlemeler yaparken mevzuatı uygulamakla görevli olan yargı makamları da kararlarında özellikle mevzuatın açık olmadığı durumlarda hukuki meseleleri söz konusu AB ve uluslararası mevzuat hükümleri çerçevesinde yorumladığı görülmektedir. Dolayısıyla AB müktesebatının Türk marka hukukuna etkilerinin mevzuat ve yargı kararları düzeyinde ele alınması gerekir.

B. Türk Marka Mevzuatı Yönünden Etkileri

1. Genel Olarak

Türkiye'nin 1995 yılından itibaren mevzuatında yaptığı değişikliklerde sık sık uluslararası anlaşma ve AB Marka hukuku kaynaklarına ve hatta Avrupa ülke hukuklarına atıf yapılmaktadır.

Anayasa'nın 90/5. maddesine göre, usulüne uygun olarak onaylanan uluslararası anlaşmalar iç hukukun bir parçasıdır. Bu anlaşmalar arasında ülkemiz

⁷⁶ Markalarla ilgili uluslararası anlaşmaların bazıları fikri mülkiyet hukukunun tamamına yönelik iken ki TRIPS WIPO buna örnektir. İkinci grup anlaşmalar ise fikri mülkiyet konularının tamamını kapsamsa da markaya has değildir. Üçüncü grup anlaşmalar ise sadece Markaya yönelik anlaşmalardır. Örnek olarak Madrid Anlaşması, Nis veya Viyana Anlaşması Singapur Sözleşmesidir. Ali Paslı, *Uluslararası Anlaşmaların Türk Marka Hukukununun Esasına Etkileri* (Vedat 2014) 55.

marka hukuku üzerinde doğrudan etkisi olanlar da vardır. Gümrük Birliği sürecinde AB'nin kendi müktesebatının yanında açıkça atıfta bulunduğu ve Türkiye'nin taraf olma yükümlülüğü altına girdiği uluslararası anlaşmalar nedeniyle AB mevzuatı ve uluslararası anlaşmalar arasında bağlantı bulunmaktadır.

Uluslararası anlaşma hükümlerinin Anayasa'nın 90. maddesi gereği kanun hükmünde sayılmasının yanında marka hukuku alanında yapılan düzenlemeler de söz konusu kaynakların doğrudan etki alanına girmiştir⁷⁷.

Görüldüğü üzere, Mülga 556 sayılı KHK, 1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı gereği 89/104 sayılı Konsey Direktif ve 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü hükümleri, 6769 sayılı SMK ise 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır⁷⁸.

2. 556 Sayılı KHK Dönemi

556 sayılı KHK ve buna bağlı çıkarılan ikincil mevzuat⁷⁹ AB mevzuatı ve uluslararası anlaşma hükümleri esas alınarak hazırlanmıştır. 556 sayılı KHK'nın yetki Kanunu olan 4113 sayılı Kanun'un 3/a maddesinde de bu durum açıkça dile getirilmiştir⁸⁰. KHK'nın genel gerekçesinde AB ve uluslararası anlaşmalara açıkça atıf yapılmış, uyumlaştırma faaliyetleri çerçevesinde söz konusu mevzuatlara benzer hükümler ihdas edilmiştir⁸¹.

556 sayılı KHK'da yer alan 7. maddenin 1. fıkrasının (g), (h) ve (ı) bentlerinde Paris Anlaşması, 24. maddesinde Nis Anlaşmasına atıf yapılmıştır. Yine Marka Yönetmeliği'nin 3. ve 11. Maddeleri ile Nis Anlaşması 32. maddesinde Madrid Anlaşması hükümlerine atıf yapılmıştır. Türk marka hukukunda atıf yönteminden çok iktibas yöntemi kullanılmıştır⁸².

⁷⁷ Paslı, (n 76) 165.

⁷⁸ Bozkurt, (n 17) 33.

⁷⁹ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmelik, RG 5.11.1995/22454; Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik, RG 12.3.1999/23637.

⁸⁰ Paslı, (n 76) 163.

⁸¹ 556 sayılı KHK'nın genel gerekçesinde "31 Aralık 1994'de yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ve başta Sinai hakların Korunması için Paris Sözleşmesi olmak üzere uluslararası sözleşme ve anlaşmalar ile Avrupa Topluluğu'na tam üyelik ve Avrupa Birliği'ne geçiş için Türk mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilenmelerde 551 sayılı Markalar Kanununun günümüz şartlarına uygun hale getirilmesini zorunlu hale getirmiştir" ifadeleri yer almaktadır.

⁸² Paslı, (n 76) 166-168.

3. SMK Dönemi

AB hukukunda yer alan düzenlemeler⁸³ Türk marka hukuku üzerinde doğrudan herhangi bir hukuki sonuç doğurmasa da söz konusu düzenlemeler Türk marka mevzuatının hazırlanma aşamasında doğrudan kaynak olmuşlardır⁸⁴. Nitekim 2016 yılının sonu itibarıyla kabul edilip 2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "sınai mülkiyet haklarının uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumunun arttırılması ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin revize edilmesi gereğinin ortaya çıktığı, bu çerçevede, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model haklarına ilişkin önemli yenilikler getiren düzenlemeler yapıldığı" ifade edilmiştir. Kanun'un Genel Gerekçe'sinde "sınai mülkiyet mevzuatının uluslararası uygulamalara ve AB mevzuatına uyumunun artmasından elde edilecek faydaya" değinilmiştir.

Bu yaklaşımın bir sonucu olarak 6769 sayılı Kanun ile markaların idare tarafından iptali düzenlenmiş, marka tescil süreçleri kısaltılmış, Madrid Protokolüne göre yapılan başvuruların incelenme usulleri düzenlenmiş, markaların birlikte var olmasını temine yönelik muvafakatname usulü benimsenmiştir⁸⁵.

Bunun yanında 6769 sayılı Kanun'un madde gerekçelerinde de doğrudan uluslararası sözleşmeler AB Müktesebatı ve Avrupa ülkesi hukuklarına atıf yapıldığı görülmektedir.

AB ülke hukuku ile mevzuatlarını uyumlaştırma sürecine giren AB üyesi ülke hukukları ile aday ülke olan Türkiye'nin marka hukuku temel noktalarda Avrupa ülke hukuklarıyla benzerdir. Bu kapsamda SMK 4, TRIPS m.15, 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile uyumlu olmuştur.

6769 sayılı Kanun'un marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği 5. maddesinin mehzazı, AB'nin 2015/2424 sayılı Tüzüğü'nde yer alan m. 7, Alman Marka Kanunu m.8 ve Paris sözleşmesi 2. Mükerrer 6. maddesidir. Yine

⁸³ 2015/2436 sayılı Direktif, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na kaynaklık etmiş olması sebebiyle Türk hukuku açısından oldukça önemlidir. Bkz. Arslan Kaya, Şehriban İpek Aşıkoğlu ve Elif Oğuz *Türk Hukukununun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Acquis Communautaire'in Alınması, Açıklama, Değerlendirme, Öneriler* (İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Avrupa Birliği Uygulama ve Araştırma Merkezi 2020) 609.

⁸⁴ Bozkurt, (n 17) 33.

⁸⁵ Bkz. 6769 sayılı Kanun Genel Gerekçe.

Kanun'un marka tescilinde nispi ret nedenlerinin düzenlendiği 6. maddesi 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin 5. maddesi ile 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. Maddesinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Maddede tanınmış marka koruması TRIPS ve AB Marka Tüzüğü ile uyumlu hale getirilmiştir.

"Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları" başlıklı SMK m.7 ise 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü m.9 ve Alman Marka Kanunu m.14 dikkate alınarak düzenlenmiş, böylece kanunun 2015/2436 sayılı AB Direktifine uyumu da hedeflenmiştir.

"Markanın başvuru eserlerinde yer alması" başlığını taşıyan SMK m.8'in, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü m.10'da, *"Markanın kullanılması"* başlıklı SMK m.9'un ise, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü m.15 ve 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi m.16'da düzenlendiği görülmektedir.

SMK'nın *"Ticari vekil veya temsilci adına tescilli markaya ilişkin talepler"* başlığını taşıyan 10. maddesinin mehzazı söz konusu Tüzüğün 11. maddesi, *"Rüçhan hakkı ve etkisi"* başlıklı 12. Maddesinin mehzazı (sergilerde teşhirden doğan rüçhan hakları) ise Tüzüğün 33. maddesidir.

SMK'nın *"Madrid Protokolü kapsamında yapılan uluslararası marka başvuruları"* başlıklı m.14/1 ile, *"Türkiye'nin taraf olduğu Madrid Protokolü kapsamında yapılan bir uluslararası başvurunun Türk Patent Enstitüsüne doğrudan yapılan bir başvuruyla aynı sonuçları doğuracağı"* hükme bağlanmıştır.

SMK'nın *"Üçüncü Kişilerin Görüşleri, İtirazlar ve İtirazların İncelenmesi"* başlıklı ikinci bölümünde yer alan ve *"Üçüncü kişilerin görüşleri"* başlığını taşıyan 17. maddesinde başvuruya karşı üçüncü kişi görüş bildirmesi Tüzük m.40 ile uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir. Yayıma itiraza ilişkin SMK m.18 ise Tüzüğün 41. Maddesine dayanmaktadır.

SMK m.19, Tüzüğün 42. maddesini esas alarak yayıma itiraz usulünü düzenlemiş, TPMK tarafından verilen karara itiraza ilişkin SMK m.20 ise Tüzüğünün 58. maddesinden esinlenmiştir.

6769 sayılı Kanun'da yer alan *"Koruma süresi ve yenileme"* başlıklı m.23 öncelikle markanın koruma süresini başvuru tarihinden itibaren on yıl şeklinde düzenlemiş olup bu haliyle AB Marka Tüzüğü m.46'da yer alan düzenlemeye ile de uyumludur. Yenileme için de yine Tüzük m.47'ye paralel bir şekilde on yıllık dönemler söz konusudur.

Aynı şekilde, SMK'nın markanın lisans verilmesine ilişkin 24. maddesi, Tüzüğün 22., SMK'nın markanın hükümsüzlüğüne ilişkin 25. maddesi ise 2015/2436 sayılı AB Direktifi ve yine aynı Tüzük ile uyumlu kaleme alınmıştır.

Marka hukuku alanında mevcut ikincil mevzuat olan 6769 Sayılı Kanun'un Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 5. ve 9. maddelerinde Nis Paris Anlaşması, 4., 24., 25., 26. ve 27. maddelerinde Madrid Anlaşması hükümlerine atıf yapılmıştır.

C. Yargı Kararları Yönünden

AB müktesebatı esas alınarak yapılan düzenlemelerle birlikte yargı makamları da mehz kaynakları (uluslararası anlaşma hükümleri, AB müktesebatı) dikkate alarak hukuki uyumsuzlukları çözmeye başlamışlardır.

Mevzuatın AB müktesebatı ile uyumlaştırma süreci, yargı mercileri tarafından hukuki uyumsuzlukların çözümünde AB müktesebatı ile ABAD'ın marka hukuku alanındaki yorum ve değerlendirmelerini de kapsamaktadır. Bu husus Ulusal Fikri Haklar Strateji Belgesi ve Eylem Planı'nda açıklanmıştır. Buna göre, mevzuat uyumunun daha da geliştirilmesi için ilk derece mahkemelerinden başlayarak Bölge Adliye mahkemeleri ve Yargıtay katılımıyla ABAD ve Türk Patent ve Marka Kurumu ile toplantılar yapılması, böylece bir geri bildirim mekanizması oluşturulması, bu alanda çalışan yargı mensupları için periyodik eğitimler yapılması öngörülmüştür⁸⁶.

Türk Mahkemelerinin Marka hukuku ile ilgili hukuki uyumsuzlukların çözümünde yorum gerektiren durumlarda AB müktesebatı, uluslararası anlaşma hükümleri ve AB Adalet Divanı kararları ışığında değerlendirmeler yaptıkları ve kararlarında söz konusu kaynaklara atıf yaptıkları görülmektedir.

Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında⁸⁷ "... gerek Avrupa Adalet Divanı kararının ve gerekse Amerikan Mahkemesinin gerekçesinde kabul edildiği üzere, internet üzerinde taklit ürün satımı ihtimalinin her zaman olduğunu, ancak bunu önleme sorumluluğunun hak sahibine ait olup yer sağlayıcının ancak taklidi öğrendikten sonra satışa izin vermesi halinde sorumlu olacağını, dolayısıyla da TTK ile Rekabet Kanunu ve belirtilen TRİPS ve Paris Konvansiyonu'nun genel hükümleri ile güvenceye alınan "ticaret serbestisi" hakkı nedeniyle davalının sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı..." ifadesinin geçtiği,

⁸⁶ Ulusal Fikri Haklar Strateji Belgesi ve Eylem Planı 18.

⁸⁷ Yargıtay HGK, 1138/16, 15.1.2014.

bir başka kararda⁸⁸ "... Bununla birlikte 556 sayılı KHK'nin mehzasını oluşturan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Marka Yönergesi'nin 3/2 maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 51/1-b maddesinde de kötü niyetli marka tescil başvurusu, mutlak ret ve hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiştir" şeklinde değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Buna benzer birçok yargı kararında⁸⁹ marka hukuku alanında söz konusu kaynaklara doğrudan atıf yapılarak uyumsuzlukların çözüme kavuşturulduğu görülmektedir. Yukarıda ifade edildiği gibi söz konusu kaynakların Türk hukukuna doğrudan uygulanması söz konusu olmamakla birlikte⁹⁰, 556 sayılı KHK'dan başlayarak 6769 sayılı SMK'nın da kaynağını AB Tüzük ve Direktifleri oluşturmaktadır. Bu yönüyle AB müktesebatı ve onun yorum organı ABAD'ın Türk marka hukukunda önemli etkisi olduğu açıktır⁹¹. Mevzuatın etkisine örnek olarak, 556 Sayılı KHK'da yer almayan, ancak gerek 2015/2436 sayılı AB Yönergesi m. 3 ve gerekse 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü m. 4'te kabul edilip düzenlenen renk markalarının SMK m. 4/1 ile marka olabilecek işletmeler arasına dahil edilmesi sayılabilir.

Sonuç

Türkiye'nin AB ile ortaklık statüsü ile başlayan ilişkisinin temel hedefinin özellikle bir ekonomik birlikteliğin sağlanması olduğu söylenebilir. Bunun gereği olarak Türkiye'nin, Gümrük Birliği anlaşmasından itibaren başlayan süreçte özellikle tam üyelik başvurusu ile birlikte artan ivme ile hukuk alanında uyumlaştırma çabalarının da yoğunlaştığı görülmektedir. Bu kapsamda marka hukuku alanında yapılan düzenlemelerde AB müktesebatı ve çeşitli Avrupa ülke hukuklarına atıf yapıldığı ve bu suretle küresel ticarete rekabet edecek bir marka hukuku sisteminin oluşturulmasının amaçlandığı söylenebilir.

⁸⁸ Yargıtay HGK, 2405/163, 25.2.2021.

⁸⁹ Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 14405/6204 sayılı kararında marka devri, meselesi ile ilgili 40/94 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 17.maddesine atıf yapılmıştır. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13405/1473 sayılı kararında "... AB Adalet Divanı da; daha önceden tescilli "Becker" markasına karşılık, sonradan tescil ettirilen "Barbara Becker" ibaresinin aynı mallar yönünden dahi karıştırılmayacağına hükmetmiş olup..." şeklinde değerlendirme ile AB Adalet Divanının konuyla ilgili yorumuna atıf yapılmıştır.

⁹⁰ Tamer, (n 50) 23.

⁹¹ Uğur Çolak 'Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler', Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (2017) 216; ayrıca, bkz. Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (2023) 4 vd.

Türkiye'nin mevzuattaki uyumlaşma sürecinin bir parçasını da yargı kurumları tarafından AB müktesebatı ve ABAD kararları doğrultusunda hukuki uyumsuzlukların çözümünde değerlendirme ve yorum yönteminin benimsenmesi oluşturmaktadır, bu kapsamda yargı kararlarında yer yer söz konusu mevzuat kaynakları çerçevesinde yorumlar yapılmaktadır. AB ya da Avrupa ülkelerinin marka hukuku alanındaki müktesebatının ötesinde bir marka hukuku sisteminin oluşturulması ise söz konusu düzenlemeleri anlayarak yorumlayan ve üzerinde fikir geliştirebilen nitelikli hukukçular sayesinde mümkün olabilecektir.

AB marka hukuku alanındaki gelişmelerin siyasi parametrelere paralel bir biçimde daha da gelişeceği öngörülmektedir. Bu nedenle AB ve Avrupa ülkeleri ile marka hukuku alanındaki etkileşimde belirleyici bir rol oynamanın hedeflenmesi ve buna uygun stratejinin belirlenmesi önem arz etmektedir.

Bu stratejinin aşamalarından birisini AB marka hukukunun omurgasını oluşturan tüzükleri doğrudan iç hukukta uygulanabilirliğini sağlayan mevzuat düzenlemeleri oluşturmaktadır. Bu suretle AB mevzuatıyla uyumlu bir marka hukuku sistemi oluşturarak uluslararası ticarete etkin bir rol oynamak mümkün olacaktır.

Kaynakça

- Arıkan Ö, *Trade Mark Rights and Parallel Importation in the European Union* (On İki Levha 2016).
- Avrupa Birliği Başkanlığı, 'Avrupa Birliği: Kurumlar' (2023).
- Başbüyük İ, *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (Adalet 2018).
- Bayşer E, 'Marka Tescilinde Benzerlik ve Karıştırılma İhtimali Kavramları ile Bu Kavramların Farklı Ülke Sistemleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi' (Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi 2014).
- Baykal S, 'Avrupa Birliği Anayasalaşma Sürecinde Adalet Divanı'nın Rolü: Divanın Ulusal Mahkemelerle İlişkileri ve Yorum Yetkisinin Sınırları Bağlamında Bir Analiz' (2004) 4 (1) Avrupa Çalışmaları Dergisi 121-149.
- Bozkurt B, 'Markanın Dürüst Kullanımı', (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020).
- Cam E, 'Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın Gerçek Kullanım Problemi' (2016) 2 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 27-41.
- Çağlar H, *Marka Hukuku* (Adalet 2013).
- Çolak U, 'Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler', in Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan (2017) 215-224.
- , *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı 2023).
- Karlık R, *Avrupa Birliği ve Türkiye* (Beta 2005).
- Kaya A, Aşkoğlu Şİ ve Oğuz E 'Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Acquis Communautaire'in Alınması, Açıklama, Değerlendirme, Öneriler' (İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Avrupa Birliği Uygulama ve Araştırma Merkezi 2020) 609.
- Meran N, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin 2015).
- Oytaş K, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku* (2. Baskı Nobel 2002).
- Paslı A, *Uluslararası Anlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri* (Vedat 2014).
- Şeker EÖ, 'A Comparison of Trademark Laws in European Union and Turkey Against Dilution of Trademarks' (2013) 6 (1) Ankara Barosu Dergisi 81-110.
- Tamer E, 'Marka Hukukunda Kullanım İspatı' (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2021).
- Tapan MN, 'Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri, Avrupa Adalet Divanı' 11 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 971-1020.
- Tapan R 'Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri Avrupa Adalet Divanı' (1999) 10 (32) Sayıştay Dergisi 89-122.
- Tekinalp Ü 'Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikler' in Feyzan Hayal Şehirali Çelik (ed) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (2017).

Telli Üçler Y 'Gümrük Birliğinden Sonra Türkiye-AB İlişkileri' (2014) 14 (27) Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 204-231.

Yakın E, 'Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi' (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2020).

Yapar F, 'Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler', (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018).

Limited Şirketlerde İki Kişilik Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sifatının Sona Ermesinin Sonuçları^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK^(**)

Öz

Limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi tek bir müdüre bırakılabileceği gibi bu konuda birden fazla müdür de yetkilendirilebilir. Limited şirketlerde tek bir müdürün belirlendiği durumlarda söz konusu kişinin tek başına bu yetkileri kullanması gerekir. Buna karşılık birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda bu yetkilerin kurul olarak kullanılması gerekir. Ancak iki kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda müdür sayısının müdürlerden birisinin görevinin ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi nedeniyle fiilen tek kişiye düşmesi mümkündür. Müdür olarak tek bir kişinin görevlendirilmesiyle daha sonradan müdür sayısının fiilen bire düşmesinin sonuçları birbirinden farklıdır. İlk durumda şirket sözleşmesi ve genel kurul tarafından bu konuda ortaya konulan irade, yönetim ve temsil yetkisinin tek bir müdür tarafından kullanılması yönündedir. İkinci durumda ise yönetim ve temsil yetkisinin kurul olarak kullanılması yönünde bir irade ortaya konulmaktadır. Yönetim ve temsil yetkisinin kurul olarak kullanılması, yetkili kişilerce toplantıya çağrının yapılması ve kanunda öngörülen şekilde karar alınmasını gerektirir. Dolayısıyla bu durumda müdürlerin birbirlerinden bağımsız

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.06.2024.

Atıf Şekli: Aytekin Çelik, 'Limited Şirketlerde İki Kişilik Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sifatının Sona Ermesinin Sonuçları' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 603, 632.

DOI: 10.52273/sduhfd..1468941.

Bu makale, 05-07 Şubat 2024 tarihinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen 3. Selçuk Hukuk Kongresi'nde sözlü olarak sunulan ve özeti sempozyum kitapçığında yayınlanan "Limited Şirketlerde İki Kişiden Oluşan Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sifatının Sona Ermesinin Sonuçları" başlıklı bildiriden yararlanılarak hazırlanmıştır.

^(**) KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: aytekin.celik@karatay.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4943-8156>.

sız olarak hareket edebilmesi mümkün değildir. Ancak müdürler kurulunun fiilen tek kişiye düştüğü durumlarda yönetim ve temsil yetkisinin bu kişi tarafından kullanılabilceğine ilişkin yargı kararlarına ve ticaret sicili uygulamalarına rastlanmaktadır. Bu durumun limited şirketin yönetim ve temsiline ilişkin yasal düzenlemeler ve bu konuda şirket sözleşmesi ve genel kurul tarafından ortaya konulan irade çerçevesinde tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Müdür, Müdürler Kurulu, Yönetim Yetkisi, Temsil Yetkisi, Kayyım.

Consequences of the Termination of the Directorship of One of the Directors in a Two-Person Board of Managers in Limited Liability Companies

Abstract

In limited liability companies, management and representation authority may be delegated to a single manager or more than one manager may be authorized in this regard. In cases where a single director is designated in limited liability companies, this person must exercise these powers alone. On the other hand, in cases where more than one person is designated as a manager, these powers must be exercised as a board. However, in cases where two persons are appointed as directors, it is possible that the number of directors may actually decrease to one person due to the termination of the duty of one of the directors due to death, resignation, etc. The consequences of the appointment of a single person as a director and the subsequent reduction of the number of directors to one are different from each other. In the first case, the intention of the company agreement and the general assembly is that the management and representation authority is exercised by a single director. In the second case, the intention is to exercise the management and representation authority as a board. The exercise of the management and representation authority as a board requires a meeting to be called by authorized persons and a decision to be taken as stipulated by law. Therefore, in this case, it is not possible for the directors to act independently from each other. However, there are judicial decisions and trade registry practices indicating that the management and representation authority may be exercised by this person in cases where the board of directors is effectively reduced to a single person. This situation should be discussed within the framework of the legal regulations regarding the management and representation of the limited liability company and the will of the company agreement and the general assembly.

Keywords

Manager, Board of Managers, Management Authority, Representation Authority, Trustee.

Extended Summary

The compulsory organs of limited liability companies are the general assembly and managers. The management and representation of limited liability companies are carried out by the managers. Unlike joint stock companies, two different requests are preferred for the exercise of management and representation authority in limited liability companies. In limited liability companies, management and representation authorities may be delegated to a single manager or more than one manager may be authorised. If the authority of management and representation is delegated to a single manager, a board of managers cannot be mentioned, unlike in the case of joint-stock companies. On the other hand, if more than one person is appointed as manager, these authorities must be exercised as a board. Acting as a board requires compliance with various rules regarding the convocation, quorums, etc.

In limited liability companies, whether the management and representation authorities are exercised individually or as a board depends on the number of managers. In cases where a single manager is appointed, it is possible for that person to exercise these authorities solely. However, this situation is different from the situation where the number of managers, especially in cases where two persons are appointed as managers, the duty of one of the managers actually falls to one person due to a reason such as death, resignation, etc... In the first case, the intention of the articles of association and the general meeting is that the management and representation authorities should be exercised by a single manager, whereas in the second case, the intention is that the management and representation authorities should be exercised as a board. Therefore, actually having only one manager in the board of managers does not mean that the management and representation authorities can be exercised by that person. However, since the authorities of management and representation in limited liability companies may be delegated to a single manager by the articles of association, in practice there are court decisions and trade registry practices that the authorities of management and representation may be exercised by that person even in cases where the board of managers is actually made up of a single person. If these judicial decisions and trade registry practices are discussed within the framework of the legal regulations regarding the management and representation of the limited liability company and the will of the company agreement and the general assembly on this issue, and if it is concluded that this approach set forth in the judicial decisions is not correct, the question in question should be discussed in terms of corporate law.

In a board of managers consisting of two persons, the termination of the management capacity of one of the managers for a reason such as death, resignation, etc. has consequences for the exercise of the authority of representation in addition to the authority of management. In cases where the authority of representation is to be exercised jointly by both managers under the articles of association, the termination of the office of one of the managers makes it impossible to represent the company. In our opinion, since it is no longer possible for the board of managers to convene and make decisions due to the termination of one of the managers' duties, it is not possible to represent the limited liability company even in cases where the managers are authorised to represent solely. This is because, under Article 50 of the Turkish Civil

Code, the will of legal persons can be expressed through their organs. In cases where the board of managers does not have the possibility to meet and take decisions, no organ can be mentioned. In this case, however, the good faith of third parties must be protected if the authority of representation is exercised by the remaining manager (Art. 373/2 of the TCC).

It should also be stressed whether the failure of the board of managers to meet and take decisions requires the appointment of a trustee for the company. In order for a trustee to be appointed to a limited liability company, it is not sufficient for the management body to be removed. In order for a trustee to be appointed, it is also necessary that the management cannot be provided by other means (Art. 427/4 of the TCC). Therefore, in this case, before deciding on the appointment of a trustee, the court should consider whether it is possible to reconstitute the management body by convening a general meeting in accordance with the provisions of Art. 410-412 TCC.

Giriş

Limited şirketlerde şirket sözleşmesi veya şirket sözleşmesiyle verilen yetki çerçevesinde genel kurul tarafından tek kişinin müdür olarak belirlenmesi halinde, söz konusu kişi tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanabilir. Buna karşılık birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda bu kişiler yönetim ve temsil yetkisini birbirlerinden bağımsız bir şekilde kullanamaz. Anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi, yönetim kurulu üyelerinin sayısına bakılmaksızın “kurul” şeklinde kullanılır (TTK¹ m. 365). Dolayısıyla anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin tek kişiden oluştuğu durumlarda da bir “kuruldan” söz edilir. Limited şirketlerde ise yönetim ve temsil yetkisinin kurul şeklinde kullanılması sadece müdürlerin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda söz konusu olur. Tek bir müdürün belirlendiği durumlarda yönetim ve temsil yetkisi tek başına bu müdür tarafından kullanılır. Bu durumda anonim şirketlerin aksine bir kuruldan söz edilemez². Nitekim TTK m. 623’te anonim şirketlere ilişkin TTK m. 365’ten farklı olarak yönetim ve temsil yetkilerinin bir “kurul” tarafından kullanılacağına ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu yetkilerin bir veya birden fazla kişiye verilebileceği belirtilmiştir. TTK m. 624’te ise müdürlerin birden fazla olmaları durumu düzenlenmiş, kurul kavramından sadece bu ihtimalde söz edilmiştir³. Dolayısıyla limited şirketlerde müdürlerin sayısı, kurul şeklinde hareket edilip edilmeyeceği hususunda belirleyici bir etkiye sahip olmaktadır.

Kurul şeklinde hareket edilmesi, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu⁴ (eTTK) m. 540’ta kabul edilen müdürlerin birlikte hareket etmesi ilkesinden farklı bir kavramdır. Kurul şeklinde hareket edilmesi kural olarak toplantı yapılmasını, kurul üyelerinin yetkili kişilerce toplantıya çağrılmasını ve toplantı/karar nisaplarına uygun bir şekilde karar alınmasını gerektirir⁵. Aksi halde

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

² Ancak hem anonim hem de limited şirketlerde yönetim organının tek kişiden oluştuğu durumlarda, bu organın bir kurul niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, yönetim ve temsil yetkisi bu kişi tarafından yerine getirilir. Dolayısıyla bu durumda bir kurulun olup olmaması yetkilerin kullanılması açısından bir farklılık yaratmamaktadır.

³ Bir kuruldan ancak birden fazla müdürün görevlendirilmesi halinde söz edilebileceği hususunda bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2020) N. 22-34; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Şirketler Hukuku*, C. III (On İki Levha 2022) 113.

⁴ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

⁵ Aynı yönde bkz. Oruç Hami Şener, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017) 727-728.

hukuken geçerli bir kurul kararından söz edilemez. Buna karşılık birlikte hareket edilmesinde kurul kararlarından farklı olarak kararın ortaya çıkışında toplantı yapılması ve yetkili kişiler tarafından toplantıya çağrı yapılması gibi usulü aşamaların yerine getirilip getirilmemesi önem taşımaz. Ayrıca TTK m. 624 ile eTTK m. 540 arasındaki bu konudaki en önemli farklılık, eTTK m. 540 çerçevesinde birden fazla müdürün söz konusu olduğu durumlarda şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla müdürlerin her birine yönetim yetkisinin verilebilmesidir⁶. Buna karşılık TTK m. 624 çerçevesinde birden fazla müdürün söz konusu olduğu durumlarda kurul olarak hareket edilmesi gerektiğinden müdürlerin her birisine tek başına hareket etme yetkisi verilmesi mümkün değildir.

Limited şirketlerde iki kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda kurul olarak hareket edilmesi gerektiğinden müdürlerden birisinin ölüm, istifa vb. bir sebeple görevinin sona ermesi halinde müdürler kurulunun karar alma imkânı ortadan kalkar. Bu sebeple iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi, limited şirketin yönetimi ve temsili konusunda bazı önemli sorunların ortaya çıkmasına sebep olur. Söz konusu sorunların çözümü için ölüm, istifa vb. bir sebeple boşalan müdürlüğün yerine genel kurul tarafından yeni bir müdür seçilmesi gerekir. Ancak genel kurul toplantısına çağrının da kural olarak müdürler kurulu tarafından yapılması gerektiğinden müdürler kurulunun toplanması ve karar alması konusunda ortaya çıkan sorunlar, genel kurulun müdürler kurulu tarafından toplantıya çağrılmasını da engeller.

TTK m. 624'te şirketin yönetim ve temsili konusunda birden fazla müdürün görevlendirilmesi halinde "kurul" olarak hareket edilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen bazı yargı kararlarında ve ticaret sicili uygulamalarında iki müdürden birisinin müdürlük sıfatının sona ermesi halinde diğer müdürün limited şirketi tek başına yönetebileceği şeklinde değerlendirmelere yer verildiği görülmektedir⁷. Kanaatimizce bu yaklaşımın temel sebebi, eTTK m. 540'taki düzenlemelerden farklı olarak TTK m. 624 çerçevesinde, birden fazla müdürün söz konusu olduğu durumlarda, müdürlerin artık birbirlerinden bağımsız şekilde

⁶ eTTK m. 540 çerçevesinde müdürlere münferiden yönetim yetkisi verilebileceği hususunda bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (9. Bası, Beta 2009) N. 1719a; Halil Arslanlı ve Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III (Temel 1989) 666-667.

⁷ Söz konusu kararlar için bkz. Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, 946/6, 04.01.2023 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024; İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, 374/623, 24.05.2018 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

hareket edebilmelerine imkân tanınmadığı hususunun gözden kaçırılmasıdır. 6102 sayılı TTK ile limited şirketlerin yönetim ve temsili konusunda yapılan önemli değişiklik birden fazla müdürün görevlendirilmesi halinde kurul şeklinde hareket edilmesinin zorunlu hale getirilmesidir.

Bu sebeple iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin müdürlük sıfatının sona ermesinin şirketin yönetim ve temsili konusundaki etkilerinin ortaya konulması oldukça önem taşımaktadır. Bu çerçevede iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi halinde ortaya çıkabilecek sorunlarla, söz konusu sorunların ne şekilde çözüme kavuşturulacağı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. Müdürlük sıfatının sona ermesi hem tek bir müdürün belirlendiği hem de birden fazla müdürün belirlendiği durumlarda şirketin yönetim ve temsili konusunda çeşitli sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Ancak bu çalışmada sadece iki kişilik müdürler kurulunda müdürlük sıfatının sona ermesinden kaynaklanan sorunlar inceleme konusu yapılacaktır.

I. Limited Şirketin Yönetimi ve Temsili

A. Genel Olarak

Limited şirketlerin zorunlu organları genel kurul ve müdürlerdir. Limited şirketlerin yönetimi ve temsili, müdürler tarafından yerine getirilir. Limited şirketlerde yönetim organı tek bir müdürden veya birden fazla müdürden oluşabilir (TTK m. 623, 624). Müdürlerin sayısı şirket sözleşmesiyle belirlenebileceği gibi bu hususta genel kurula da yetki verilebilir⁸. Bu durumda genel kurul tarafından bir ya da birden fazla müdür seçilebilir. Şirket sözleşmesi veya şirket sözleşmesiyle verilen yetki çerçevesinde genel kurul tarafından tek kişinin müdür olarak seçilmesi halinde söz konusu kişi, tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanabilir. Buna karşılık genel kurul tarafından birden fazla kişinin müdür olarak seçilmesi halinde bir müdürler kurulu söz konusu olur. Dolayısıyla limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin bir kişi tarafından mı yoksa bir kurul tarafından mı kullanılacağı şirket sözleşmesi veya şirket sözleşmesinde

⁸ Limited şirket örnek şirket sözleşmelerinde şirketin yönetimine ilişkin olarak "Şirketin işleri ve muameleleri ortaklar kurulu tarafından seçilecek bir veya birkaç müdür tarafından yürütülür." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmektedir. Dolayısıyla uygulamada genellikle limited şirketin tek bir müdür tarafından mı yoksa müdürler kurulu tarafından mı yönetileceği genel kurul tarafından ortaya konulacak olan iradeye göre belirlenmektedir.

verilen yetki çerçevesinde genel kurul tarafından belirlenir⁹. Şirket sözleşmesi veya genel kurul kararı çerçevesinde yönetim ve temsil yetkisinin müdürler kuruluna bırakıldığı durumlarda müdürlerin bu yetkilerini münferit olarak kullanabilmeleri mümkün değildir. Aynı şekilde bir müdürler kurulu söz konusu olmasına rağmen müdürlerin sayısının ölüm, istifa vb. bir sebeple tek kişiye düşmesi halinde de geride kalan müdür tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanamaz. Zira limited şirketin ne şekilde yönetilip temsil edileceği müdürlerin fiilen kaç kişiden oluştuğuna göre değil şirket sözleşmesiyle veya genel kurul kararıyla ortaya konulan iradeye göre belirlenir.

B. Müdürler

Limited şirketlerde şirket sözleşmesinde şirketin yönetim ve temsilinin tek bir müdür tarafından yerine getirileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişse, müdür olarak görevlendirilen kişi tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanır. Buna karşılık anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olarak tek bir kişinin belirlendiği durumlarda da bir yönetim kurulundan söz edilir. Ancak söz konusu ihtimalde de bir kurul söz konusu olmasına rağmen yönetim ve temsil yetkisi tek kişi tarafından kullanılır. Dolayısıyla müdür veya yönetim kurulu üyesi olarak tek kişinin belirlendiği durumlarda yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması konusunda anonim ve limited şirketler açısından bir farklılık bulunmamaktadır.

Yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması konusunda tek bir müdür belirlenmişse, söz konusu kişinin mutlaka ortak sıfatını da taşıması gerekir¹⁰. Bir başka ifadeyle şirketin yönetim ve temsil yetkisinin tek başına ortak olmayan bir kişiye bırakılması mümkün değildir (TTK m. 623/1).

TTK'da müdürlük sıfatının kaybedilmesiyle ilgili olarak sadece TTK m. 630'da bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme de müdürlerin genel kurul veya mahkeme tarafından¹¹ görevden alınmasına (azline) ilişkindir. Buna karşılık müdürlerin azledilmesi dışında hangi sebeplerin müdürlük sıfatını

⁹ Aynı yönde bkz. Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-40.

¹⁰ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Baskı, Vedat 2017) N. 1718a; Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2022) 748; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora 2013) 678.

¹¹ TTK m. 630/2'ye göre haklı sebeplerin bulunması halinde müdürlerin mahkeme tarafından görevden alınmaları veya yetkilerinin kısıtlanması mümkündür. Söz konusu düzenleme anonim ve limited şirketleri birbirinden ayırır. Zira anonim şirketlerde haklı sebepler gerçekleşmiş olsa bile yönetim kurulu üyelerinin mahkeme tarafından görevden alınmaları veya yetkilerinin sınırlandırılması mümkün değildir.

sona erdireceği hususunda TTK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹². Doktrinde bazı yazarlar tarafından bu hususta anonim şirket yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemelerin limited şirket müdürleri tarafından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹³. Anonim şirket yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren sebepler dikkate alındığında iflas¹⁴, ehliyetin kaybı ve ölüm limited şirketlerde de müdürlük sıfatını kendiliğinden sona erdirdiğinin kabul edilmesi gerekir¹⁵. Bunların dışında istifa, görev süresinin sona ermesi ve şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi halinde de müdürlük sıfatı kendiliğinden sona erer¹⁶.

Limited şirketlerde ortaklardan en az birisinin müdür sıfatına sahip olması gerektiğinden müdürler kurulundaki ortak sıfatına sahip tek müdürün payını bir başkasına devretmesi halinde müdürlük sıfatı ortadan kalkar¹⁷. Bağımsız denetime tabi olan limited şirketlerde denetçinin olumsuz görüş veya kaçınma yazısı vermesi de müdürlük sıfatını sona erdirir (TTK m. 635, 403/5). Ayrıca bir müdürün kasıtlı bir suçtan dolayı cezalandırılması halinde söz konusu ceza infaz edilinceye kadar müdürlük sıfatı sona erer¹⁸. Müdürlük sıfatını sona erdiren sebeplerin gerçekleşmesi halinde bu hususun ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir¹⁹.

¹² Aynı şekilde müdürlük sıfatının kazanılması için gereken şartlar konusunda da TTK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹³ İsmail Özgün Karaahmetoğlu, *Limited Şirketin Temsili* (2. Baskı, Seçkin 2018) 101-102; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, Adalet 2020) 824. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliğinin sona ermesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat 2016) 56-69.

¹⁴ İflasın müdürlük sıfatını sona erdirmeyeceği, ana sözleşmede iflasının müdürlük sıfatını sona erdiren bir sebep olarak düzenlenebileceği ve iflasın müdürün görevden alınması konusunda haklı sebep teşkil ettiği hususunda bkz. Reha Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1718m.

¹⁵ Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-47; Karaahmetoğlu (n 13) 102 vd.; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi, C. II* (2. Baskı, Adalet 2015) 2316; Pulaşlı, *Esaslar* (n 13) 824.

¹⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1718j, 1718k, 1718n; Kendigelen ve Kırca (n 3) 111.

¹⁷ Kendigelen ve Kırca (n 3) 134.

¹⁸ Bu hususta tüzel kişi müdürler açısından bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1718m.

¹⁹ Özlem Karaman Çoşgun, 'Limited Şirket Müdürünün İstifası ve Ticaret Siciline Tescil' (2023), 29 (2) MÜHF-HAD 1257, 1259-1260. Müdürlük sıfatı sona ermesine rağmen bu husus ticaret siciline tescil ve ilân edilmemişse, sicil kayıtlarına güvenerek söz konusu kişilerle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerekir (TTK m. 629/1, 373/2). Aynı yönde bkz. Bilgili ve Demirkapı (n 10) 692.

C. Müdürler Kurulu

1. Genel Olarak

Limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması konusunda eTTK ile TTK'daki düzenlemeler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. eTTK m. 540'a göre şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla aksi kararlaştırılmadığı sürece yönetim ve temsil yetkisini bütün ortaklar tarafından birlikte kullanması gerekir. Buna karşılık TTK'da söz konusu düzenlemeye yer verilmemiştir. TTK'ya göre limited şirketlerde de müdürlerin anonim şirketlerde olduğu gibi kuruluşta ilk şirket sözleşmesinde belirlenmesi sonrasında ise genel kurul tarafından seçilmesi gerekir (TTK m. 576/1/d, 616/1b). Bu konuda yapılan en önemli değişiklik birden fazla müdürün görevlendirildiği durumlarda yönetim ve temsil yetkisinin kurul şeklinde kullanılması zorunludur.

2. Müdürlerin Kurul Olarak ya da Birlikte Hareket Etmesi

a. 6762 sayılı Mülga TTK'ya Göre

Mülga 6762 sayılı TTK'ya göre aksi kararlaştırılmamışsa ortaklar hep birlikte müdür sıfatıyla şirketi yönetme ve temsil etme yetkisine sahiptir. Bu durumda yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması ortaklar açısından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür (eTTK m. 540/1).

ETTK m. 540'a göre yönetim ve temsil yetkisinin bir kurul şeklinde değil "birlikte" kullanılması gerekmektedir²⁰. Müdürlerin birlikte hareket etmeleri, kurul olarak hareket edilmesinden farklı bir durumdur. Kurul olarak hareket edilmesi, kurulun toplanması ve karar alması konusunda belirli usullere uyulması zorunluluğunu getirir. Aksi halde geçerli bir kurul kararından söz edilemez. Müdürlerin birlikte hareket etmesi, kurul olarak hareket edilmesinden farklı olarak belirli usullere göre toplanıp karar alınmasını gerektirmez. Birlikte hareket etme şartının gerçekleşmesi yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması açısından yeterlidir.

Müdürlerin birlikte hareket etmesine ilişkin eTTK m. 540'taki düzenleme emredici nitelikte değildir. Limited şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla

²⁰ Birlikte hareket edilmesi, kararların tüm ortakların oy birliğiyle alınmasını gerektirir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2009 (n 6) N. 1719a; Arslanlı ve Domaniç (n 6) 658. Kural olarak oybirliğiyle hareket edilmesi gerektiğinden müdürler arasında anlaşmazlık bulunması halinde şirketin yönetilmesi ve temsil edilmesi konusunda çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalınabilecektir. Bu durumda müdürler arasındaki anlaşmazlıkların genel kurul tarafından çözüme kavuşturulması gerekir. Bkz. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku: II. Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç 1973) 361.

farklı bir düzenleme yapılarak müdürlerin münferit olarak yönetim ve temsil yetkisini kullanmalarına imkân tanınabilir (eTTK m. 540/2). Bu durumda müdürlerden her biri tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanabilir. Ayrıca şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla “özden organ sistemi” olarak ifade edilen ortakların tamamının müdür sıfatına sahip olması kuralından vazgeçilerek şirket yönetimi bir veya birden fazla kişiye de bırakılabilir²¹. Bu durumda birden fazla müdür belirlenmişse, yönetim ve temsil yetkisinin müdürlerden her birisi tarafından münferiden kullanılabilmesi de mümkündür.

b. 6102 sayılı TTK'ya Göre

TTK m. 624'e göre birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda “kurul” olarak hareket edilmesi gerekir²². Bu durumda şahıs şirketlerinden farklı olarak her bir müdürün tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanabilmesi mümkün değildir²³. Aynı şekilde eTTK m. 540/2'den farklı olarak müdürlerden her birine münferit olarak yönetim ve temsil yetkisi de verilemez.

Kurul olarak hareket edilmesi, yönetim ve temsil yetkisinin hem münferiden hem de birlikte kullanılmasından farklıdır. Bir kurulun varlığı, kurulu oluşturan kişilerin birbirlerinden bağımsız şekilde karar almalarını engeller. Ayrıca kurul olarak hareket edilmesi, eTTK m. 540'ta düzenlenen birlikte hareket edilmesinden de farklıdır. Zira söz konusu düzenleme çerçevesinde birlikte hareket edilmesi, kararların oybirliğiyle alınması anlamına gelir. Kurul kararlarının ise kural

²¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2009 (n 6) N. 1719a; Arslanlı ve Domaniç (n 6) 666-667.

²² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1723; Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-42; Pulaşlı, Şerh (n 15) 2311; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 685; Mustafa İsmail Kaya, 'Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi' (2014) 22(1) SÜHFD 61, 87; Şener, *Limited* (n 5) 727; Işık Özer, 'Limited Şirketlerde Müdürler Kurulunun Toplanması ve Karar Almasına İlişkin Özel Düzenlemeler Yapılması' (2017) 4(8) ÇÜHFD 205, 207; Ali Haydar Yıldırım, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu' (Yüksek Lisans Tezi, DEÜ SBE 2007) 150. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, mülga 6762 sayılı TTK m. 540/1'deki düzenleme çerçevesinde ortakların tamamının yönetim ve temsil yetkisini birlikte kullandıkları durumlarda da bir kurulun söz konusu olduğunu ve bu durumda şirketin yönetim ve temsilinin ortakların oybirliğiyle alacakları kararlar gerçekleşeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2009 (n 6) N. 1719a. Birden fazla müdür atanması halinde kurul olarak faaliyet gösterilmesine ilişkin düzenlemenin ilk defa 6102 sayılı TTK'da yer aldığı hususunda bkz. Yargıtay HGK, 21/142, 13.02.2020 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

²³ TTK m. 624'teki düzenleme şahıs şirketlerindeki yönetim yetkisinin kullanılması konusundaki düzenlemelerden de farklıdır. Şahıs şirketlerinde aksi kararlaştırılmamışsa ortakların her biri diğerinden bağımsız bir şekilde yönetim hakkına sahiptir. Söz konusu şirketlerde yönetim yetkisinin kurul olarak yerine getirilmesi konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu hususta bkz. TBK m. 625/1, TTK m. 218/1, 309/2.

olarak çoğunlukla alınabilmesi mümkündür (TTK m. 624/3). Bunun dışında birlikte hareket edilmesinde müdürlerin iradelerini ortaya koymaları belirli bir usule bağlanmamıştır. Buna karşılık kurul şeklinde hareket edilmesi halinde kurulun yetkili kişiler tarafından toplantıya çağırılması ve kararların kanunda öngörülen kurallara ve nisaplara uygun bir şekilde alınması gerekmektedir.

3. Müdürler Kurulunun İşleyişi

TTK m. 624'te müdürlerin birden fazla olmaları halinde kurul olarak hareket edecekleri belirtilmesine rağmen müdürler kurulunun işleyişi konusunda karar nisabı dışında bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁴. Müdürlerin birden fazla olmaları durumunu düzenleyen TTK m. 624'ün gerekçesinde müdürler kurulunun işleyişinde anonim şirketlerdeki yönetim kuruluna özgü işleyişin dikkate alınacağı düzenlenmiştir²⁵. Bu sebeple limited şirketlerde müdürlerin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin işleyişin dikkate alınması gerekir²⁶.

Limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin birden fazla müdüre bırakılması, kurul şeklinde hareket edilmesini zorunlu kılar. Bu sebeple birden fazla müdürün bulunduğu durumlarda müdürlerden birisinin genel kurul tarafından müdürler kurulu başkanı olarak atanması gerekir²⁷ (TTK m. 624/1). Müdürler kurulu başkanı atanması hem müdürler kurulu toplantılarının yapılması hem de müdürler kurulu kararlarının alınmasında önemli bir etkiye sahiptir.

²⁴ Limited şirketlerde şirketin yönetimi konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmediği gibi bu hususta anonim şirketlere ilişkin hükümlere de atıf yapılmamıştır. Buna karşılık temsil yetkisinin kullanılması konusunda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyasen limited şirketlerde de uygulanması gerekmektedir (TTK m. 629/1).

²⁵ Madde gerekçesinde yer alan açıklamaların kanun metni gibi dikkate alınması mümkün değildir. Ancak madde gerekçesinde yer alan hususların kanun boşluğunun söz konusu olduğu durumlarda kanun koyucunun iradesinin anlaşılması açısından dikkate alınabilmesi mümkündür. Madde gerekçesi incelendiğinde de kanun koyucunun bu konudaki iradesinin anonim şirketlerdeki yönetim kuruluna ilişkin işleyişin limited şirketlerde müdürler kurulunda da uygulanması gerektiği yönünde olduğu anlaşılmaktadır.

²⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1723a; Pulaşlı, *Esaslar* (n 13) 822; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 676; Kaya (n 22) 63; Kendigelen ve Kırca (n 3) 134-135; Özer (n 22) 208; Karahmetoğlu (n 13) 101-102; Pulaşlı, *Şerh* (n 15) 2311; Kaya (n 22) 70. Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay HGK, 21/142, 13.02.2020 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

²⁷ Müdürler kurulu başkanının atanması genel kurulun devredemeyeceği yetkiler arasında sayılmadığından müdürler kurulu başkanının şirket sözleşmesiyle belirleneceği de kararlaştırılabilir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1723. Müdürler kurulu başkanı seçme yetkisinin genel kurul tarafından müdürler kuruluna bırakılabileceği hususunda bkz. Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-31; Kaya (n 22) 85-86; Özer (n 22) 209 dn. 13. Müdürler kurulu başkanının aynı zamanda şirket ortağı olması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır.

4. Müdürler Kurulu Kararları

Bir müdürler kurulu kararından söz edilebilmesi için kurulun yetkili kişiler tarafından toplantıya çağırılması ve kararın kanunda öngörülen nisaplara uygun bir şekilde alınması gerekir²⁸. Müdürler kurulu toplantısına çağrı, müdürler kurulu başkanı tarafından yapılır²⁹ (TTK m. 624/2). Bunun dışında bir müdürler kurulu kararından söz edilebilmesi için kararın kanunda öngörülen nisaplara uygun bir şekilde alınması gerekir. Müdürlerin birden fazla olmalarını düzenleyen TTK m. 624'te müdürler kurulu kararlarında toplantı nisabı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiş sadece karar nisabı düzenlenmiştir³⁰ (TTK m. 624/3). Söz konusu düzenlemeye göre müdürler kurulunda kararların çoğunlukla alınması gerekir. Çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığı müdürler kurulunun üye sayısına göre belirlenir³¹. Ayrıca anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde müdürler kurulu başkanına üstün oy hakkı tanınmıştır. TTK m. 624/3'teki düzenlemeye göre müdürler kurulunda oylarda eşitlik çıkması halinde müdürler kurulu başkanının oyuna üstünlük tanınır.

Müdürler kurulunda çoğunlukla karar alınması ve müdürler kurulu başkanına üstün oy hakkı tanınmasına ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte değildir. TTK m. 624/3'e göre müdürler kurulunda karar alınması konusunda şirket sözleşmesinde farklı bir düzenlemeye yer verilebilir. Bu kapsamda başkanın üstün oy hakkı kaldırılabilir gibi karar nisabı da değiştirilebilir³². Ancak şirket

²⁸ Aynı yönde bkz. Şener, *Limited* (n 5) 727-728.

²⁹ Aynı yönde bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1723; Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-43; Yıldırım (n 22) 130; Karaahmetoğlu (n 13) 220; Pulaşlı, *Şerh* (n 15) 2296; Şener, *Limited* (n 5) 670. Bu hususta ayrıca bkz. İstanbul 13 BAM, 787/1451, 05.10.2023, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024. Müdürler kurulu başkanının ölümü halinde diğer müdürün genel kurulu toplantıya çağırabileceği hususunda bkz. Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, 946/6, 04.01.2023, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

³⁰ Şirket sözleşmesiyle toplantı nisabının düzenlenebileceği hususunda bkz. Şener, *Limited* (n 5) 732; Kaya (n 22) 96; Özer (n 22) 210.

³¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1723a; Kaya (n 22) 95; Kendigelen ve Kırca (n 3) 134. Çoğunluk nisabının toplantıda kullanılan oylara göre belirleneceği hususunda bkz. Şener, *Limited* (n 5) 734.

³² Tekinalp ve Şener, şirket sözleşmesiyle daha yüksek bir oranın veya oybirliği şartının kararlaştırılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Vedat 2013) N. 22-34; Şener, *Limited* (n 5) 735. Kendigelen ve Karaahmetoğlu, anonim şirket yönetim kuruluna karar nisaplarında olduğu gibi müdürler kurulu karar nisabının da şirket sözleşmesiyle hafifletilemeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Kendigelen ve Kırca (n 3) 134; Karaahmetoğlu (n 13) 223. Çoğunluk nisabının ana sözleşmeyle hafifletilebileceği hususunda bkz. Kaya (n 14) 96. Bu konuda herhangi bir ayırım yapmadan karar nisabının şirket sözleşmesiyle değiştirilebileceği hususunda bkz. Özer (n 22) 210.

sözleşmesinde yapılacak bu yöndeki düzenlemelerin müdürler kurulunun “kurul” niteliğini ortadan kaldırmaması gerekir.

II. İki Kişiden Oluşan Müdürler Kurulunda Müdürlerden Birisinin Müdürlük Sıfatını Kaybetmesinin Yönetim ve Temsil Yetkisi Üzerindeki Etkisi

A. Yönetim Yetkisi Üzerindeki Etkisi

Limited şirketlerde şirketin yönetimi ve temsili konusunda iki müdürün belirlendiği durumlarda müdürlerin birbirlerinden bağımsız olarak şirketi yönetebilmeleri mümkün değildir. Zira TTK m. 624'e göre birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda müdürlerin kurul olarak hareket etmeleri gerekir. Bir kuruldan söz edilebilmesi için yetkili kişiler tarafından kanuna uygun bir şekilde toplantıya çağırılması, toplantıya yetkili kişilerin katılması ve kararların toplantı ve karar nisaplarına uygun bir şekilde alınması gerekir.

İki müdürden birisinin müdürlük sıfatının ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi halinde yönetim yetkisinin bir kurul olarak yerine getirilmesi imkânı ortadan kalkar³³. Müdürler kurulu, müdürler kurulu başkanı tarafından toplantıya çağırılır. İstifa, ölüm vb. bir sebeple müdürlük sıfatı sona eren kişinin aynı zamanda müdürler kurulu başkanı olması halinde zaten müdürler kurulunun toplantıya çağırılma ihtimali de ortadan kalkmaktadır. Zira müdürler kurulunda

³³ Yönetim ve temsil organının iki kişiden oluştuğu durumlarda ortaya çıkabilecek bu sorunun çözümü açısından TTK'da ne limited şirketler ne de anonim şirketler açısından bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yedek müdür veya yedek yönetim kurulu üyesi belirlenerek söz konusu sorun çözümlenebilir. Ancak TTK'da yedek müdürlük veya yedek yönetim kurulu üyeliği seçimine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bkz. Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-39; Kendigelen ve Kırca (n 3) 101. Şirket sözleşmesiyle yedek müdür belirlenebileceği hususunda bkz. Yıldırım (n 22) 20-21; Karaahmetoğlu (n 13) 73-74; Elif Akıncı, Limited Şirketlerde Müdürün Azli (Sayram 2019) 135-136. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Müdürlüğü'nün 31.05.2018 tarih ve 50035491-431.04 sayılı yazısında limited şirketlerde müdürler kurulunda istifa sebebiyle karar alma nisabının etkilendiği durumlarda şirketin organsız kalmasının engellenmesi ve gerekli tedbirlerin alınması için müdür seçimli genel kurul çağrı işlemlerinin tamamlanmasından sonra istifa işleminin ticaret siciline tescil edilebileceği belirtilmektedir. Söz konusu yazı için bkz. <<http://www.mersis.ticaret.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024. Ancak istifa, bozucu yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır. Söz konusu irade açıklaması, muhatabına ulaşmasıyla birlikte sonuç doğurur. Dolayısıyla istifa beyanının sonuç doğurması muhatabı tarafından kabul edilmesine bağlı değildir. Bkz. Şener, Limited (n 5) 758; Çoşgun (n 19) 1263. Müdürlük sıfatının istifayla sona ermesi halinde de bu hususun ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Ancak bu hususta yapılacak olan tescil kurucu değil bildirici bir etkiye sahiptir. Bu sebeple Ticaret Bakanlığı'nın söz konusu yazısında belirtilen hususlar hukuka aykırıdır. Aynı yönde bkz. Çoşgun (n 19) 1262 vd.

müdürlerin toplantıya çağrı konusunda doğrudan bir yetkileri bulunmamaktadır. Ancak müdürlerin, müdürler kurulu başkanından toplantı yapılması konusunda talepte bulunabilmeleri mümkündür. Talebin uygun olup olmadığı müdürler kurulu başkanı tarafından değerlendirilir. Müdürler kurulunun çoğunluğunun bu hususta talepte bulunması halinde müdürler kurulu başkanının en geç otuz gün içerisinde yapılacak şekilde toplantı çağrısı yapması zorunludur. Aksi halde toplantıya çağrı, talepte bulunan müdürler tarafından yapılabilir (TTK m. 644/1/c, TTK m. 392/7). Ancak müdürler kurulu başkanının müdürlük sıfatının sona erdiği durumlarda diğer müdürlerin bu konuda bir talepte bulunmaları da mümkün değildir³⁴.

Bunun dışında iki kişiden oluşan müdürler kurulunda kararların gerekli karar nisabına uygun olarak alınması gerekir. Ancak müdürlerden birisinin ölümü, istifası vb. bir sebeple görevinin sona ermesinden sonra limited şirketin müdürler kurulunun toplanıp karar alma imkânı da ortadan kalkar. Zira bu durumda artık kurul olarak hareket edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple iki kişilik müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra diğer müdür tarafından tek başına alınan müdürler kurulu kararları yok hükmündedir³⁵. Ayrıca söz konusu durum limited şirkette bir organ yokluğu sonucunu da ortaya çıkartır³⁶. Şirket sözleşmesi ve genel kurul kararı çerçevesinde iki kişinin müdür olarak belirlenmesi halinde yönetim organı müdürlerden her biri değil, müdürler kuruludur. Müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra kurul olarak hareket edilmesi mümkün olmayacağından bir yönetim organının

³⁴ TTK m. 392/7'e göre çoğunluğun yazılı talebi halinde başkan veya başkan vekiline ulaşılamadığı durumlarda da çağrı, talep sahiplerince yapılabilir. Ancak müdürler kurulu başkanının müdürlük sıfatının sona ermesi halini bu düzenleme çerçevesinde "ulaşılamama" olarak nitelendirmek kanaatimizce mümkün değildir.

³⁵ Kanunda belirtilen karar nisabına uygun olarak alınmayan veya usulüne uygun bir şekilde toplantıya çağrılmayan müdürler kurulu kararlarının yoklukla malul olduğu hususunda bkz. Karahmetoğlu (n 13) 236-237.

³⁶ *Türkoğlu ve Gümüş* de anonim şirketlere ilişkin açıklamalarında "toplantı ve karar yeter sayılarının kaybedilmesi halini" organ yokluğu olarak nitelendirmekte ve şirkete TMK m. 427/4 çerçevesinde kayyum atanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Ferah Türkoğlu, 'Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu ve Ortaklığa Kayyum Atanması' (2010) 2 MÜHFD 127, 132; Mustafa Alper Gümüş, *Türk Hukukunda Kayyım* (Vedat 2006) 110-111). *Soykan* ise toplantı ve karar yeter sayılarının sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın esas sözleşme veya genel kurulca belirlenen sayının altına düşülmüş olmasını organ yokluğu olarak nitelendirmekte ve şirkete TMK m. 427/4 çerçevesinde kayyum atanması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir. Bkz. İsmail Cem Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (On İki Levha 2011) 92 vd.

dan söz edilemez³⁷. Ancak ortaya çıkan bu durum her zaman TMK³⁸ m. 427/4 çerçevesinde şirkete kayyım atanmasını gerektirmez. Zira TMK m. 427/4'e göre şirkete kayyım atanabilmesi için organ yokluğunun başka yollarla giderilemesi gerekir. TTK m. 617/3'te yapılan atıf sebebiyle limited şirketler açısından uygulanacak olan TTK m. 410/2 gereğince söz konusu durumda ortaklardan her birisinin mahkemeye başvurarak söz konusu sorunun çözümü için genel kurul toplantıya çağrılmasını sağlayabilmesi mümkündür. Ancak sorunun söz konusu düzenleme çerçevesinde çözümlenememesi halinde limited şirkete TMK m. 427/4 gereğince kayyım atanması gerekecektir.

Bazı yargı kararlarında ve ticaret sicili uygulamalarında iki kişiden oluşan müdürler kurulunun ölüm, istifa vb. bir sebeple tek kişiye düşmesi halinde geride kalan müdürün tek başına bu yetkileri kullanabileceği şeklinde bir yaklaşımın ortaya konulduğu görülmektedir³⁹. Kanaatimizce bu yöndeki hatalı değerlendirmelerin temel sebebi eTTK döneminde birden fazla müdürün görevlendirildiği durumlarda müdürlere verilebilen münferit yönetim ve temsil yetkisinin (eTTK m. 540) TTK m. 624 çerçevesinde mümkün olamayacağına gözden kaçırılmasıdır. Bu yöndeki uygulamaların sebeplerinden birisi de limited şirketlerde yönetim ve temsil organının tek kişiden oluştuğu durumlarda anonim şirketlerden farklı olarak bir kuruldan söz edilmemesidir. Limited şirketlerde bir kurul söz konusu olmaksızın yönetim ve temsil yetkisinin tek bir müdüre verilebilmesi, iki kişilik müdürler kurulunun fiilen tek kişiye düştüğü durumlarda geride kalan müdürün tek başına hareket edebileceği şeklinde değerlendirmelerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Limited şirketlerde iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi halinde geride kalan müdür, tek başına yönetim yetkisini kullanamaz. Limited şirketin yönetimin şirket sözleşmesi ve genel kurul kararıyla tek müdüre bırakılması ile iki kişiden oluşan müdürler kurulunun fiilen tek kişiye düşmesinin sonuçları birbiriyle aynı değildir. İkinci durumda şirket sözleşmesi ve genel kurul tarafından ortaya ko-

³⁷ Bakırköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesi, 412/540, 22.06.2021, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024. Bakırköy 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 829/961, 13.10.2021, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

³⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

³⁹ Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, 946/6, 04.01.2023, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024; İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, 374/623, 24.05.2018 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

nulan irade, şirketin bir kurul tarafından yönetilmesidir. Müdür sayısının fiilen tek kişiye düşmesi kendiliğinden şirketin bu yöndeki iradesinin de değiştiği anlamına gelmez.

Limited şirketlerde tek bir kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda bir kurulun söz konusu olmaması ve tek bir müdürün yönetim yetkisini münferiden kullanabilmesi, müdürler kurulunda müdür sayısının fiilen tek kişiye düştüğü durumlarda da aynı kuralın uygulanacağı anlamına gelmez. Bir müdürün diğer müdür görevdeyken sahip olmadığı bir yetkiye, onun görevinin sona ermesinden sonra sahip olması mümkün değildir. Limited şirketlerde müdürlerden birisinin ölüm, istifa vb. sebeplerle müdürlük sıfatı sona erdiğinde yönetime ilişkin yetkilerin kendiliğinden diğer müdüre geçeceği veya bu durumda yetkilerin diğer müdür tarafından tek başına kullanılabilmesi şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Bir başka ifadeyle müdürlük sıfatının sona ermesi şirket sözleşmesi ve genel kurul kararıyla benimsenen kurul şeklinde yönetimi kendiliğinden münferit yönetime dönüştürmez. Zira limited şirketin müdürler tarafından münferiden mi yoksa müdürler kurulu tarafından mı yönetileceği şirket sözleşmesi ve genel kurul kararıyla düzenlenebilir. Ayrıca eTTK m. 540'taki düzenlemeden farklı olarak limited şirketlerde birden fazla müdürün söz konusu olduğu durumlarda müdürlere münferiden yönetim ve temsil yetkisi verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu durumda yönetim yetkisinin geride kalan müdür tarafından kullanılması, TTK m. 624'teki kurul şeklinde hareket edilmesine ilişkin düzenlemeye aykırılık teşkil eder. Söz konusu kişinin şirketi fiilen tek başına yönetmesi ve tek başına müdürler kurulu kararı alması, ortakların şirket sözleşmesi ve genel kurul kararındaki iradesine de tamamen aykırıdır. Müdürlerin tek başına yönetim hakkını kullanabilmeleri için şirket sözleşmesi ve genel kurul kararıyla tek bir kişinin müdür olarak belirlenmiş olması gerekir⁴⁰.

İki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra yönetim yetkisinin kullanılması konusunda ortaya çıkan söz konusu sorunun ortadan kaldırılabilmesi için genel kurul tarafından görevi sona eren müdürün yerine yeni bir müdürün seçilmesi gerekir. Bu durumda şirket sözleşmesinde müdürlerin sayısını belirleme yetkisi genel kurula verilmişse genel kurul tarafından yeni bir müdür seçilmesi yerine şirketin yönetimin tek müdür tarafından yerine getirilmesine de karar verilebilir. Genel kurul tarafından boşalan üyeliğin doldurulması veya şirketin yönetim ve temsilinin tek

⁴⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1722.

müdür tarafından yerine getirileceği şeklinde bir karar verilmediği sürece geride kalan tek müdür tarafından şirketin yönetimi konusunda alınacak olan kararlar, yoklukla maluldür⁴¹.

Bu durumda anonim şirketlerde olduğu gibi geride kalan üyeler tarafından ilk genel kurul toplantısına kadar geçerli olmak üzere üye seçilip seçilemeyeceği hususu üzerinde de durulması gerekir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliğinde bir boşalma söz konusu olduğunda geride kalan üyelerin toplantı ve karar nisabını sağlamaları mümkünse boşalan üyelik için seçim yapabilmeleri (kooptasyon) mümkündür (TTK m. 363). Ancak söz konusu düzenlemeye limited şirketlerde yer verilmediği gibi bu konuda anonim şirketlere ilişkin hükümlere de atıf yapılmamıştır.

Söz konusu düzenlemenin kıyasen limited şirketlerde de uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Anonim şirketlere ilişkin hangi hükümlerin limited şirketlerde uygulanacağını TTK'da düzenlemiştir. Bu hususta TTK m. 644'te anonim şirketlere ilişkin hangi düzenlemelerin limited şirketler açısından uygulanacağına ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak limited şirketlere uygulanabilecek anonim şirket hükümleri bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca limited şirketlere ilişkin pek çok düzenlemede de anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır⁴². Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında kanun koyucunun limited şirketlerde düzenlenmeyen bütün hususlarda anonim şirket hükümlerinin uygulanması konusunda bir yaklaşımın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kooperatifler ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerden farklı olarak bu hususta genel bir atıf yapmak yerine limited şirketlerde uygulanacak anonim şirket hükümlerinin ayrı ayrı belirtilmesi kanun koyucunun bu konudaki iradesini açık bir şekilde ortaya koymaktadır⁴³. Dolayısıyla limited şirketlerde açıkça düzenlenmemiş bütün konularda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin

⁴¹ Karaahmetoğlu (n 13) 236-237.

⁴² Atıf yapılan söz konusu düzenlemeler için bkz. TTK m. 578/1, 584/1, 585, 592, 609, 610, 617/3, 622, 629/1, 633, 634, 635, 636/5, ve 643.

⁴³ TTK m. 644'te "Aşağıda madde numaraları verilen" şeklindeki ifade de anonim şirketlere ilişkin hükümlerin ancak kanunda öngörülmesi halinde limited şirketler açısından uygulanabileceğini göstermektedir. Nitekim doktrinde de bazı yazarlar tarafından haklı olarak söz konusu düzenlemede atıf yapılmayan anonim şirket hükümlerinin limited şirketlerde uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Örneğin Kendigelen'e göre TTK m. 644'te atıf yapılmaması sebebiyle TTK m. 358 ve 395/2'deki düzenlemelere aykırı davranılmasından kaynaklanan cezai sorumluluğun limited şirketlerde uygulanması mümkün değildir. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Baskı, On İki Levha 2016) 560.

kıyas yoluyla uygulanması gerektiğinin ileri sürülmesi, kanun koyucunun bu konudaki iradesine ters düşecektir. Zira kanun koyucu bu düşüncede olsaydı anonim şirketlere ilişkin bazı düzenlemelere atıf yapmak yerine sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere ilişkin TTK m. 565'te ve kooperatiflere ilişkin KoopK m. 98'de olduğu gibi bu şirketlere ilişkin düzenleme yapılmayan konularda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verirdi. Ancak TTK'nın limited şirketlere ilişkin düzenlemeleri içerisinde bu yönde bir hükme yer verilmemiştir⁴⁴.

Dolayısıyla anonim şirketlere atıf yapılan düzenlemeler içerisinde TTK m. 363'e yer verilmediğinden söz konusu düzenlemenin limited şirketler açısından uygulanabilmesi mümkün değildir⁴⁵.

Ayrıca TTK m. 363'teki düzenlemenin limited şirketlerde kıyasen uygulanabileceği kabul edilse bile iki kişiden oluşan müdürler kurulunda bu yöntemin kullanılması mümkün değildir. Zira söz konusu düzenlemenin uygulanabilmesi için geride kalan üyelerin toplantı ve karar nisabını sağlamaları gerekir⁴⁶. İki kişiden oluşan müdürler kurulunda geride kalan müdürün bir müdürler kurulu kararı alabilmesi mümkün değildir⁴⁷. Bu açıdan geride kalan kişinin müdürler

⁴⁴ Buna karşılık doktrinde limited şirketlere ilişkin kanunda düzenleme yapılmayan hususlarda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanıp uygulanmayacağı hususunda genel bir yaklaşım ortaya konulmamış, bu düzenlemelerin limited şirketlerde uygulanıp uygulanmayacağı her bir hüküm açısından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda aynı yazarlar tarafından anonim şirketlere ilişkin bazı hükümlerin limited şirketlere kıyas yoluyla uygulanabileceği, bazı hükümlerin ise uygulanamayacağı şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin *Kendigelen*, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin tam ehliyetli olmasına ilişkin TTK m. 359/3'ün kıyas yoluyla limited şirketlerde de uygulanması gerektiğini kabul ederken, boşalan yönetim kurulu üyeliğinin yönetim kurulu tarafından doldurulmasına ilişkin TTK m. 363'ün limited şirketlerde uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. *Kendigelen ve Kırca* (n 3) 99, 101.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. *Kaya* (n 22) 70, 71; *Kendigelen ve Kırca* (n 3) 101; *Yıldırım* (n 22) 14; *Akıncı* (n 33) 135. Ayrıca *Kendigelen*, limited şirketlerde sirküler karar alınmasının da mümkün olduğunu belirterek kooptasyon yöntemine ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. *Kendigelen ve Kırca* (n 3) 101.

⁴⁶ *Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017* (n 10) N. 547b, *Özge Ayan, 'Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri'* (2019) 21(1) DEÜHFD 1, 11; *Güney* (n 13) 13; *İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C. I* (BTHAE 2013) 421; *Kaya* (n 22) 70-71.

⁴⁷ Anonim şirketlerde de iki kişilik yönetim kurulunda yönetim kurulu üyelerinden birisinin görevinin sona ermesinden sonra diğer yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu kararı alabilmesi mümkün değildir. Ancak anonim şirketler açısından uygulamada ve yargı kararlarında bu durumda geride kalan yönetim kurulu üyesinin yönetim yetkisini kullanamayacağı konu-

kurulu başkanı olması da sonuca etkili değildir. Zira fiilen tek müdürün söz konusu olduğu durumlarda müdürler kurulu başkanının müdürler kurulunu toplantıya çağırması ve müdürler kurulu kararı alabilmesi mümkün değildir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer durum da görevi sona eren kişinin müdürler kurulu başkanı olması halidir. İki kişiden oluşan müdürler kurulunda da müdürlerden birisinin müdürler kurulu başkanı olarak seçilmesi gerekir. Aksine bir düzenleme yapılmamışsa müdürler kurulunda oylarda eşitlik olması halinde müdürler kurulu başkanının üstü oy hakkı bulunmaktadır. Bu çerçevede müdürler kurulu toplantısında bir gündem maddesi hakkında yapılan oylama sonucunda oyların eşit çıkması halinde karar, müdürler kurulu başkanının oy kullandığı yönde alınır. Dolayısıyla bir kararın alınması konusunda müdürler kurulu başkanı ile müdür arasında görüş ayrıklığı varsa müdürün oy kararın alınması etkili olmayacaktır. Bu yüzden müdürler kurulu başkanının görevinin sonra ermesinden sonra diğer müdürün tek başına yönetim yetkisini kullanması, bu kişiye müdürler kurulu içerisinde sahip olmadığı bir yetkinin verilmesi anlamına gelir. Ayrıca toplantı çağrısının müdürler kurulu başkanı tarafından yapılması gerektiğinden diğer müdürün, müdürler kurulunu toplantıya çağırabilmesi de mümkün değildir.

Limited şirketlerde iki müdürden birisinin görevi sona erdikten sonra diğerinin yönetim yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesinin ortaya *çıkabileceği* diğer bir sorun da geride kalan müdürün ortak sıfatına sahip olmaması halinde karşımıza çıkar. Zira limited şirketlerde ortaklardan en az birisinin yönetim ve temsil yetkisine sahip olması gerekir (TTK m. 623/1). Bu sebeple müdürler kurulundaki ortaklık sıfatına sahip olan müdürün görevinin sona ermesinden sonra ortak olmayan müdürün yönetim ve temsil yetkisini kullanabilmesi de mümkün değildir⁴⁸.

sunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık limited şirketlerde eTTK'daki düzenlemelerden farklı olarak birden fazla müdürün bulunduğu durumlarda müdürlere münferiden yönetim ve temsil yetkisi tanınmayacağı hususu dikkate alınmadığı için uygulamada bu hususta farklı yaklaşımlara rastlanabilmektedir.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Karaahmetoğlu (n 13) 103. Uygulamada bu durumda ticaret sicil müdürlükleri tarafından ortak sıfatına sahip olan tek müdürün istifası yeni müdür seçilmesi gündemli genel kurul toplantısına ilişkin çağrı merasimi tamamlanmadan ticaret siciline tescil edilmektedir. Bkz. T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Müdürlüğü'nün 31.05.2018 tarih ve 50035491-431.04 sayılı yazısı <<http://www.mersis.ticaret.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 Mart 2024. Söz konusu uygulamaya ilişkin haklı eleştiriler için bkz. Çoşgun (n 19) 1263. Ortak sıfatına sahip olan tek müdürün kendisinin yerine müdür atanmadan istifa etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hususunda bkz. Yıldırım (n 22) 192.

İki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra ortaya çıkabilecek söz konusu sorunların ortadan kaldırılabilmesi için genel kurul tarafından görevi sona eren müdür yerine yeni bir müdür seçilmesi gerekir⁴⁹. Ancak söz konusu durumda da genel kurulun müdürler kurulu tarafından toplantıya çağırılması mümkün değildir⁵⁰. Zira limited şirketlerde birden fazla müdürün bulunduğu durumlarda genel kurulun müdürler kurulunda alınacak bir karar sonrası⁵¹ müdürler kurulu başkanı tarafından toplantıya çağırılması gerekir⁵² (TTK m. 624/2). İki müdürden birisinin görevi sona erdiğinden artık müdürler kurulunda karar nisabı sağlanamaz⁵³. Bu durumda ortaklardan her biri mahkemeye başvurarak genel kurulun toplantıya çağırılması konusunda kayyım atanmasını talep edebilir⁵⁴.

⁴⁹ Müdürlerin görevlerinin sona ermesiyle birlikte yönetim ve temsil organının uzun süreden beri mevcut olmaması durumunun ortaya çıkması halinde TTK m. 636/2 çerçevesinde şirketin feshinin talep edilebileceği hususunda bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, 2017 (n 10) N. 1718; Karaahmetoğlu (n 13) 118-119; Çoşgun (n 19) 1268.

⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesi genel kurulun yetkili olmayan bir organ tarafından toplantıya çağırılması halinde alınan kararların batıl olduğuna karar vermiştir. Bkz. BGE 93 II 30; BGE 711 387. Bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020) 90 dn 140. Yargıtay da bazı kararlarında seçimi yok hükmünde olan yönetim kurulu üyeleri tarafından alınan kararların da yok hükmünde olacağına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 6493/8085, 08.07.2010. Bkz. Murat Gürel, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Yetkisi Var mıdır?' in İsmail Kırca, Murat Gürel, Başak Şit İmamoğlu, Merve İrem Yener, Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş (eds), *Prof.Dr.Sabih ARKAN'a Armağan* (On İki Levha 2019) 500. Dolayısıyla söz konusu durumda müdürlerden birisi tarafından yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda yapılan müdür seçimine ilişkin karar yok hükmünde olacaktır.

⁵¹ Tekinalp, 2013 (n 32) N. 22-32; Bilgili ve Demirkapı (n 10) 657; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku* (Yetkin 2019) 521; Şener, *Ortaklıklar* (n 10) 736; Şener, *Limited* (n 5) 532, 670; Direnç Akbay, *Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları* (Vedat 2010) 39.

⁵² Şener, *Limited* (n 5) 670; Tekinalp, 2020 (n 3) N. 22-43; Kendigelen ve Kırca (n 3) 134; Akbay (n 51) 38-39.

⁵³ Kurul üyelerinin temsil yetkisine sahip olsa bile kurul kararı olmaksızın genel kurul toplantıya çağırılmayacağı ve kurul olarak yerine getirilmesi gereken diğer işlemleri yerine getiremeyeceği hususunda bkz. Moroğlu (n 50) 89. Aksi yönde bkz. Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, 946/6, 04.01.2023, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

⁵⁴ "Somut uyuşmazlıkta, davalı şirketin iki ortaklı limited şirket olduğu, limited şirketin ortağı ve müdürü olan ...'nin 25/01/2021 tarihinde vefat etmesi üzerine şirketin organsız kaldığı ve şirketi genel kurula çağrı yapacak müdürünün kalmadığı anlaşıldığından mirasçı ortağın açtığı davanın kabulü ile davalı şirketin genel kurulun toplantıya çağırılmasına izin verilmesine, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere kayyım görevlendirilmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılarak aşağıdaki gibi hüküm fıkrası oluşturulmuştur." Bkz. Bakırköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesi, 412/540, 22.06.2021, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

Yukarıda yer verilen sebeplerden dolayı iki kişilik müdürler kurulunda müdürlerden birisinin müdürlük sıfatını kaybetmesi halinde artık şirketin yönetimi konusunda karar alınabilmesi mümkün değildir⁵⁵.

B. Temsil Yetkisi Üzerindeki Etkisi

Limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması konusunda tek bir müdürün belirlendiği durumlarda temsil yetkisi söz konusu müdür tarafından kullanılır. Buna karşılık yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması konusunda birden fazla müdür belirlenmişse yönetim yetkisinde olduğu gibi temsil yetkisinin de kurul olarak kullanılması gerekir.

Limited şirketlerde temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılması konusunda özel bir düzenleme yapılmamış, bu hususta anonim şirketlere ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır (TTK m. 629/1). Buna göre limited şirketlerde birden fazla müdürün söz konusu olduğu durumlarda temsil yetkisi, müdürler kurulu tarafından kullanılır. Müdürler kurulu, aksi yönde bir düzenleme yapılmamışsa temsil yetkisini çift imza ile kullanır. Temsil yetkisinin kullanılabilmesi için müdürlerden en az ikisinin

“... Somut olayda, İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin yönetim kuruluna 24/04/2019 tarihli genel kurulu ile ve'ın seçildiği, yönetim kurulunun iki üyeden oluştuğu ve diğer üyesi olan şirketin temsile yetkili kişi'ın vefatı ile şirketin organsız kaldığı anlaşılmakla bu nedenle davacının şirket genel kurulunu toplantıya çağırma yetkisinin verilmesi için yasal düzenleme kapsamında mahkememize başvurmak zorunda kaldığı görülmekle talebi yerinde görülmüştür ... İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün sicil no.lu “..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin TTK 410/2. maddesi gereğince dilekçede belirtilen şirket paylarının yasal mirasçılar üzerine intikali, yönetim organının oluşturulabilmesi için olağanüstü genel kurul toplantısına çağırma, olağanüstü genel kurul toplantısını yapma, tescil ve ilan ettirmek konularında sınırlı olmak üzere görevli ve yetkili olmak üzere yeminli mali müşavir'ın kayyım olarak atanmasına...”Bkz. Bakırköy 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 829/961, 13.10.2021, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

“... Bu açıdan bakıldığında, TMK'nın m.427/4'de belirtilen “gerekli organlardan yoksun kalma” hali, anonim şirketin zorunlu organlarından yoksun kalmasını vurgular. Bu hale örnek olarak, genel kurulun uzun zamandan beri toplantıya çağrılmaması, genel kurulun müdürleri seçememesi, müdürler kurulunun toplanması için gerekli yetersayıların sağlanamaması gösterilebilir...” Bkz. İstanbul Anadolu 10 Asliye Ticaret Mahkemesi, 851/532, 18.7.2019, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

⁵⁵ İki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin veya her ikisinin genel kurul tarafından görevden alınması halinde de müdürlerin görevi sona erer. Ancak bu durumda genel kurul tarafından boşalan üyelikler için seçim yapılacağından müdürün görevinin sona ermesi şirketin yönetim ve temsili konusunda olumsuz bir etki meydana getirmez. Aynı şekilde müdürlük görevinin müdürlerin görev süresinin dolması sebebiyle sona erdiği durumlarda da müdürlerin genel kurulu toplantıya çağırma yetkileri devam ettiği için yönetim ve temsil konusunda ortaya çıkacak olan sorunların genel kurul tarafından ortadan kaldırılabilmesi mümkündür.

imza atması gerekir. Müdürler kurulunun iki kişiden oluştuğu durumlarda da çift imza kuralı uygulama alanı bulur (TTK m. 629/1, 370). Dolayısıyla iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birinin görevinin sona ermesi halinde şirketin temsil edilebilmesi de mümkün değildir. Çift imza kuralına ilişkin düzenleme emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden her birisine münferit olarak da temsil yetkisi verilebilir. Bu durumda her ne kadar geride kalan müdürün tek başına şirketi temsil yetkisi bulursa da diğer müdürün görevinin sona ermesiyle birlikte müdürler kurulunda karar alma imkânı kaybedildiğinden yönetim organının yokluğu söz konusu olur. Kanaatimizce bu durumda da geride kalan müdürün limited şirketi temsil edebilmesi mümkün değildir. Zira limited şirket müdürleri, TMK m. 50 çerçevesinde limited şirket tüzel kişiliğinin iradesini ortaya koyabilecek bir organ niteliği taşıdıkları sürece temsil yetkisini kullanabilirler. Dolayısıyla organ vasfının yitirildiği durumlarda müdür, münferit olarak temsil yetkisine sahip olsa bile limited şirketi temsil edemez. Ancak söz konusu husus, söz konusu kişiyle iyiniyetli bir şekilde işlem yapan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. TTK m. 629/1'de yapılan atıf sebebiyle limited şirketlerde de kıyasen uygulanması gereken TTK m. 373/2'ye göre temsilcilerin ticaret sicilinde tescilinden sonra ortaya çıkabilecek herhangi bir hukuki sakatlığın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkün değildir.

Bu hususta üzerinde durulması gereken bir diğer husus da her iki müdüre de münferit temsil yetkisi verilmesinin müdürlerin yönetim yetkisi üzerinde bir etkisinin olup olmadığıdır. Yönetim ve temsil kavramları birbirileriyle yakın ilişki içerisinde olsalar da birbirinden farklı kavramlardır. Yönetim iç ilişkiye temsil ise dış ilişkiye ilişkindir. Dolayısıyla bir kimsenin yönetici olması her zaman temsil yetkisine sahip olacağı anlamına gelmeyeceği gibi temsil yetkisine sahip olmak da her zaman yönetim yetkisine sahip olunması anlamına gelmeyebilir⁵⁶. Örneğin müdürlerden her ikisine birden temsil yetkisinin verilmesi yerine müdürlerden sadece birisine veya müdürlerden birisiyle birlikte üçüncü bir kişiye de temsil yetkisi verilebilir. Bu durumda üçüncü kişi temsil yetkisi bulunmasına rağmen yönetim yetkisine sahip olamaz. Yine bu durumda kendisine temsil yetkisi verilmeyen müdür, yönetim yetkisine sahip olmasına rağmen şirketi temsil edemez.

Limited şirket müdürlerinin her ikisinin de münferiden temsil yetkisi verilmesi, sadece temsil konusunda sonuç doğurur. Bu düzenlemenin şirketin yöne-

⁵⁶ Temsil yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu kararı olmaksızın genel kurulu toplantıya çağırılmayacağı hususunda bkz. Moroğlu (n 50) 89.

timi konusunda bir etkisi bulunmamaktadır. Limited şirketin temsili kim tarafından, ne şekilde yerine getirilirse getirilsin şirketin yönetimi müdürler kurulu tarafından çoğunlukla toplanılıp karar alınmasına bağlıdır⁵⁷ (TTK m. 624/3). Buna karşılık bazı yargı kararlarında iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden sonra diğer müdürün münferiden temsile yetkili olması halinde bir organ yokluğunun bulunmadığına karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararlarında geride kalan müdürün münferiden temsil yetkisine sahip olmasından dolayı şirkete kayyım atanması konusunda TMK m. 427/4'teki şartın gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır⁵⁸.

TMK m. 427/4'e göre kayyım atanabilmesi için tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalması gerekir. İki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin istifa, ölüm vb. bir sebeple sona ermesi halinde müdürler kurulunda karar alınma imkânı ortadan kalktığından bir müdürler kurulundan da söz edilemez. Geride kalan müdürün tek başına şirketi temsil yetkisine sahip olması, şirketin yönetim organının bulunduğu anlamına gelmez. Ancak yönetim organının bulunmaması limited şirkete kayyım atanması açısından tek başına yeterli değildir. TMK m. 427/4'e göre kayyım atanabilmesi için limited şirketin yönetim organından yoksun kalmasının dışında yönetimin başka yollarla sağlanamaması da gerekir. Bu sebeple söz konusu ihtimalde mahkemenin kayyım atanmasına karar vermeden önce TTK m. 410-412'deki düzenlemeler çerçevesinde genel kurulun toplantıya çağrılarak yönetim organının tekrar oluşturulmasının mümkün olup olmadığını araştırması gerekmektedir⁵⁹.

⁵⁷ Temsil yetkisinin şirket adına üçüncü kişilerle hukuki işlem yapma yetkisini kapsadığı bu sebeple temsilcinin kurul olarak yerine getirilmesi gereken işlemleri yapamayacağı hususunda bkz. Moroğlu (n 50) 89.

⁵⁸ "Somut olayda ... Limited Şirketi'nin altı ortaklı olduğu,... ile birlikte müteveffa...'in münferiden temsile yetkili müdürler olarak atandıkları, birden fazla müdür olması sebebiyle ...'in müdürler kurulu başkanı olarak seçildiği, müdürler kurulu başkanı ortak ...'in 05/11/2021 tarihinde vefat ettiği, mirasçılarının külli halefiyet kuralları gereği genel kurulun onay şartı aranmaksızın şirkette pay sahibi oldukları, şirketin üç ay içinde payın geçtiği mirasçıyı reddetme hakkını kullanmadığı, müdürler kurulu başkanı...'in vefat etmiş olmasına rağmen şirketin münferiden temsile yetkili müdürü olarak ...'in bulunduğu ve bu haliyle şirketin organ-sız kalmadığı, müdür ... tarafından genel kurulun toplantıya çağrılmasının mümkün olduğu, bu haliyle TMK'nun 427/4 maddesindeki koşulun gerçekleşmediği değerlendirilmekle talebin reddine karar vermek gerekmiştir." Sakarya Asliye Ticaret Mahkemesi, 946/6, 04.01.2023 <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024. Aynı yönde bkz. İstanbul 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, 374/623, 24.05.2018, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

⁵⁹ "TMK'nin 427/4. maddesine göre bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka bir yoldan sağlanamamış ise vesayet makamınca yönetim kayyımı atanması gerekmektedir. Anılan düzenlemeye göre yönetim kayyımı atanabilmesi için şirketin yönetim kurulu-

Sonuç

6102 sayılı TTK, limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin kullanılma- sı konusunda 6762 sayılı mülga TTK'dan tamamen farklı bir sistem benimsemiş- tir. eTTK çerçevesinde şirketin yönetim ve temsilinin aksi kararlaştırılmamışsa bütün ortaklar tarafından her birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla bir veya birden fazla kişinin müdür olarak belirlenmesi ve birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda müdürlere münferit olarak yönetim ve temsil yetkisi verilebilmesi de mümkün- dü. 6102 sayılı TTK'da ise hem bu konuda ortakların birlikte hareket etmesi kuralından vazgeçilmiş hem de birden fazla kişinin müdür olarak görevlendiril- diği durumlarda kurul olarak hareket etme zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla limited şirketlerde birden fazla müdürün görevlendirildiği durumlarda anonim şirket yönetim kuruluna benzer bir işleyiş kabul edilmiştir. Ancak anonim şirket- lerden farklı olarak limited şirketlerde tek kişinin müdür olarak belirlendiği durumlarda bir kuruldan söz edilmemiştir.

Limited şirketlerde birden fazla kişinin müdür olarak belirlendiği durum- larda kurul olarak hareket edilmesi zorunluluğunun bulunmasından dolayı mü- dürlerin yönetim ve temsil yetkisini münferiden kullanabilmeleri mümkün de- ğildir. Ancak uygulamada bazı yargı kararlarında ve ticaret sicili uygulamaların- da söz konusu husus gözden kaçırılarak özellikle iki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin ölüm vb. sebeplerle sona ermesin- den sonra diğer müdürün yönetim ve temsil yetkisini kullanmaya devam edebi- leceği şeklinde değerlendirilmelere yer verilmektedir. Özellikle her iki müdürün de münferiden temsil yetkisine sahip olduğu durumlarda geride kalan müdürün şirketi temsil yetkisinin devam ettiği kabul edilmektedir. Ancak bu durumda kurul olarak hareket edilmesi gerektiğinden müdürlerden her birinin diğerle- rinden bağımsız olarak yönetim ve temsil yetkisini kullanabilmeleri mümkün değildir. Yönetim ve temsil yetkisinin kurul olarak kullanılıp kullanılmayacağı müdürlerin fiilen kaç kişi olduğuna göre değil şirket sözleşmesi çerçevesinde belirtilen müdür sayısına göre belirlenir.

İki kişilik müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesi halinde kurul olarak hareket etme imkânı ortadan kalkacağından artık şirketin

nun bir şekilde oluşturulmasının mümkün olmaması ve bu boşluğun başkaca hukuki yollarla giderilmemiş olması şarttır. Şirketin seçilmiş yönetim kurulu bulunduğu takdirde organ yok- luğundan söz etmek mümkün olmadığı gibi, mevcut yönetim kurulunun, çalışamaz halde ol- ması da TTK'nin sistematığı içinde giderilmesi her zaman mümkün bir durumdur." Bkz. Yargı- tay 11 HD, 7714/1804, 08.03.2018, <Lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10.03.2024.

yönetim ve temsil yetkisinin kullanılması mümkün değildir. Şirket sözleşmesi ve genel kurul kararı çerçevesinde bu yetkilerin kurul olarak kullanılması konusunda bir irade ortaya konulduğundan geride kalan müdür, tek başına yönetim ve temsil yetkisini kullanamaz. Geride kalan müdürün şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi, müdürlerin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda kurul olarak hareket edilmesi gerektiğine ilişkin TTK m. 624'teki düzenlemeye aykırılık teşkil eder. Ayrıca bu durumda şirketin tek bir müdür tarafından yönetilmesi ve temsil edilmesi konusunda ortakların bir iradesi bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle şirket sözleşmesi çerçevesinde yönetim ve temsil yetkisinin tek bir müdüre verilmesiyle, bu yetkinin kurul olarak kullanılması gereken durumlarda müdür sayısının fiilen bire düşmesinin sonuçları aynı değildir.

Müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden dolayı ortaya çıkan söz konusu sorunun çözümü için genel kurulun toplanarak müdürlük sıfatı sona eren müdürün yerine yeni bir müdür seçmesi veya şirket sözleşmesinde kendisine müdürlerin sayısını belirleme yetkisi verilmişse yönetim ve temsil yetkisinin tek bir müdür tarafından kullanılması konusunda karar vermesi gerekir.

İki kişiden oluşan müdürler kurulunda müdürlerden birisinin müdürlük sıfatının ölüm, istifa vb. bir sebeple sona ermesi, yönetim yetkisiyle birlikte temsil yetkisinin kullanılması da etkiler. Şirket sözleşmesi çerçevesinde temsil yetkisinin her iki müdür tarafından müştereken kullanılması gereken durumlarda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden dolayı artık şirketin temsil edilmesi de mümkün değildir. Müdürlerden birisinin görevinin sona ermesinden dolayı müdürler kurulunun toplanma ve karar alma imkânı ortadan kalktığından müdürlere münferiden temsil yetkisi verilen durumlarda da limited şirket temsil edilemez. Zira TMK m. 50 çerçevesinde tüzel kişilerin iradesi organları aracılığıyla açıklanabilir. Müdürler kurulunun toplanma ve karar alma imkanına sahip olmadığı durumlarda ise bir organdan söz edilemez. Dolayısıyla bu durumda organ yokluğundan söz edilmesi gerekir. Ancak organ yokluğunun söz konusu olduğu dönemde geride kalan müdür tarafından temsil yetkisinin kullanılmasına devam edilmesi halinde üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması gerekir (TTK m. 629/1, 373/2).

İki kişilik müdürler kurulunda müdürlerden birisinin görevinin sona ermesi halinde organ yokluğu söz konusu olacağından bu durumda şirkete kayyım atanmasının gerekip gerekmediği hususu üzerinde de durulması gerekir. TMK m. 427/4'e göre limited şirketlere kayyım atanabilmesi için yönetim organın-

dan yoksun kalınması tek başına yeterli değildir. Kayyım atanabilmesi için bu hususun dışında yönetimin başka yollarla sağlanamaması da gerekir. Bu sebeple bu durumda mahkemenin kayyım atanmasına karar vermeden önce TTK m. 410-412'deki düzenlemeler çerçevesinde genel kurulun toplantıya çağrılarak yönetim organının tekrar oluşturulmasının mümkün olup olmadığını araştırması gerekir. Bu şekilde yönetim organının tekrar oluşturulmasının mümkün olması halinde TMK m. 427/4 çerçevesinde limited şirkete kayyım atanması mümkün değildir.

Kaynakça

- Akbay D, *Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları* (Vedat 2010).
- Akıncı, E, *Limited Şirketlerde Müdürün Azli* (Sayram 2019).
- Arslanlı, H ve Domaniç, H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III (Temel 1989).
- Ayan, Ö, 'Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri' (2019) 21(1) DEÜHFD 1-25.
- Ayhan, R, Çağlar, H ve Özdamar, M, *Şirketler Hukuku* (Yetkin 2019).
- Bilgili, F ve Demirkapı, E, *Şirketler Hukuku* (Dora 2013).
- Çoşgun, Ö.K, 'Limited Şirket Müdürünün İstifası ve Ticaret Siciline Tescil' (2023) 29(2) MÜHF-HAD 1257-1272.
- Gümüş, M.A, *Türk Hukukunda Kayımlık* (Vedat 2006).
- Güney, N. A, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat 2016).
- Gürel, M, 'Seçimi Sakat Olan Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Limited Şirket Müdürlerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma Yetkisi Var mıdır?' in İsmail Kırca, Murat Gürel, Başak Şit İmamoğlu, Merve İrem Yener, Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş (eds), *Prof. Dr. Sabih ARKAN'a Armağan* (On İki Levha 2019) 481-520.
- Karaahmetoğlu, İ.Ö, *Limited Şirketin Temsili* (2. Baskı, Seçkin 2018).
- Karayalçın, Y, *Ticaret Hukuku: II. Şirketler Hukuku* (2. Baskı, Sevinç 1973).
- Kaya, M.İ, 'Limited Şirkette Müdürler Kurulunun Oluşumu ve İşleyişi' (2014) 22(1) SÜHFD 61-100.
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Baskı, On İki Levha 2016).
- Kendigelen, A ve Kırca, İ, *Şirketler Hukuku*, C. III (On İki Levha 2022).
- Kırca, İ, Şehirali Çelik, F.H ve Manavgat, Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. I (BTHAE 2013).
- Moroğlu, E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Baskı, On İki Levha 2020).
- Özer, I, 'Limited Şirketlerde Müdürler Kurulunun Toplanması ve Karar Almasına İlişkin Özel Düzenlemeler Yapılması' (2017) 4(8) ÇÜHFD 205-219.
- Poroy, R, Tekinalp, Ü ve Çamoğlu, E, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (9. Baskı, Beta 2009).
- , *Ortaklıklar Hukuku II* (13. Baskı, Vedat 2017).
- Pulaşlı, H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II (2. Baskı, Adalet 2015).
- , *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, Adalet 2020).
- Soykan, İ. C, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu* (On İki Levha 2011).
- Şener, O. H, *Ortaklıklar Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2022).

-----, *Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017).

Tekinalp, Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Vedat 2013).

-----, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2020).

Türkoğlu, F, 'Anonim Ortaklıklarda Organ Boşluğu ve Ortaklığa Kayyum Atanması' (2010) 2 MÜHFD 127-149.

Yıldırım, A. H, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklık Müdürünün Hukuki Durumu' (Yüksek Lisans Tezi, DEÜ SBE 2007).

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarında (Trafik Sigortası) Enflasyon Sebebiyle Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fatma GÖRGÜLÜ^(**)

Öz

Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası (trafik sigortası), Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesi uyarınca işletenin üçüncü kişilere verebileceği zararları karşılamak amacıyla oluşturulmuş bir tür zarar sigortasıdır. Trafik kazaları sonucu, yaralanan kişilerin maddi tazminat veya vefat eden kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinde, kusurlu tarafın trafik sigortası devreye girmektedir. Bu tazminatların hesaplanmasında TBK m. 75 ve yerleşik Yargıtay içtihatları gereğince *karar tarihine en yakın tarihteki* veriler esas alınmaktadır. Enflasyona bağlı meydana gelen değer kayıplarının uzun süren yargılamalarla birleşmesi, karar tarihine en yakın tarihteki güncel ekonomik verilere göre hesaplanan tazminat miktarlarının sigorta teminat limitinin çokça üstünde kalma sorununu ortaya çıkarmıştır. Bu durum, yüksek enflasyon koşullarının etkilerini ağırlıklı olarak hissettirdiği zorunlu trafik sigortalarının sigortalılara ve zarar görenlere gerçek anlamda güvence sağlayacak seviyeye yükseltilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Çalışmamızda uygulamada yaşanan sorunlar göz önüne alınarak bu ihtiyacın giderilmesine yönelik çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Trafik Sigortası, Munzam Zarar, Enflasyon, Soyut Yöntem, Güncelleme Yöntemi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 12.05.2024.

Atıf Şekli: Fatma Görgülü, 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortalarında (Trafik Sigortası) Enflasyon Sebebiyle Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 633, 666.

DOI: 10.52273/sduhfd..1473291.

^(**) Bingöl Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Bingöl, Türkiye.

E-posta: fgorgulu@bingol.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5727-414X>.

Problems Encountered in Compulsory Financial Liability Insurance for Motor Vehicles (Traffic Insurance) Due to Inflation and Solution Proposals

Abstract

Compulsory Financial Liability Insurance (traffic insurance) is a type of damage insurance established to cover the damages that the operator may cause to third parties in accordance with Article 91 of the Highway Traffic Law. As a result of traffic accidents, the traffic insurance of the at-fault party comes into play in the claims of injured persons for financial compensation or deceased persons for compensation for deprivation of support. The calculation of these compensations is based on the data as of the date closest to the date of the decision in accordance with Article 75 of the Turkish Code of Obligations and the established case law of the Court of Cassation. The depreciation due to inflation, coupled with protracted judgments, has led to the problem that the compensation amounts calculated according to the current economic data as of the date closest to the date of the judgment are significantly above the insurance coverage limit. This situation has led to the need to raise the level of compulsory traffic insurances, which are heavily influenced by high inflation conditions, to a level that will provide real assurance to the insured and the injured parties. In our study, solution proposals are presented to meet this need by taking into account the problems experienced in practice.

Keywords

Traffic Insurance, Collateral Damage, Inflation, Abstract Method, Update Method.

Extended Summary

Traffic insurance aims to easily compensate the damages suffered by the persons who are damaged due to traffic accidents and to prevent possible losses in the assets of the motor vehicle operator. However, high inflation significantly reduces the utilization of insurance coverage and causes damages to the injured parties and the insured whose liabilities are secured by traffic insurance. This is because, in accordance with Article 75 of the Turkish Code of Obligations, although the calculation of the actual loss is based on the criteria closest to the date of judgment, the upper limit of liability of the traffic insurer is based on the coverage limits valid on the date of the risk. Due to inflation, there may be significant differences between the minimum wage valid on the date of risk and the minimum wage valid on the date of judgment, and in high inflation environments, there may be large increases in the general level of prices in a short period of time. This situation causes the amounts of compensation for incapacity for work and deprivation of support, which are determined by calculation methods based on the actual damage after a traffic accident, to be far below the coverage limits of liability insurance. In our study, this problem is addressed and legal institutions for the solution of the problem are investigated.

Under the current circumstances, it is very important to increase the coverage conditions of traffic insurance to a level that will provide real assurance to the insured and the injured parties. As in foreign legal systems, raising the insurance coverage limits to satisfactory levels by the Ministry may have effective results in meeting the potential costs of traffic accidents.

Updating the coverage limits has been proposed as another solution method. In many decisions, the Court of Cassation updates the partial payment made in case the insurer makes a partial payment, and deducts the updated amount from the compensation amount. The Court of Cassation has adopted two methods in making this reduction; (1) legal interest is charged on the amount paid before the lawsuit and the sum of the two is deducted from the amount of compensation calculated according to the latest data; in this way, the amount of underpayment is determined by charging interest on the amount of partial payment (first update method). (2) as a second method, the compensation calculated according to the data on the date of payment is compared with the amount of compensation paid and the rate at which the damage is paid is calculated and this rate determines the discount rate of the compensation calculated according to the latest data (second update method). The justification for this update was that the injured party who accepted the partial payment benefited in any case, and at the same time, the insurer who underpaid benefited from the part that was not paid. These justifications also arise when the coverage limit at the time of the risk is still taken as a basis after protracted proceedings. Namely, insurance companies often delay their indemnity payments in breach of the rules of good faith and prefer to resolve the dispute in the judicial process, since they anticipate that the decrease in the value of money caused by high inflation is much higher than the legal interest and the interest applied in advance transactions. As a result of the judicial proceedings, they are held liable not for the full amount of the compensation calculated according to the latest data, but up to the limit of coverage that has suffered excessive

depreciation against inflation. In this way, the amount left to the responsibility of the vehicle operator outside the policy limit remains quite high and is often not collected in practice due to insolvency. However, if the insurer had made the payment on the date of the application, the majority of the damage would have remained within the scope of the insurance coverage limit and it would have been possible to achieve the expected purpose of compulsory traffic insurance. For this reason, by comparing the indemnity calculated according to the data at the date of the insurer's default with the coverage limits, it should be determined to what extent the loss can be covered by the coverage and the indemnity calculated according to the latest data should be decided to be covered by the insurer at this coverage rate (proportional update).

Finally, the damages incurred by the injured party and the owner of the vehicle protected by the insurance contract due to the delay of the insurance indemnity, which are not covered by default interest, should be evaluated within the scope of collateral damages. This legal institution will play an important role in restoring the balance of interests between the parties and reducing the judicial workload. Furthermore, abstract proof should be deemed sufficient for the proof of collateral damage. Despite the fact that the receivable is paid with a significant loss of value against inflation, a strict interpretation that the insured must prove the loss separately imposes an extraordinary burden on the insured. The economic conditions that have developed after the Constitutional Court's decision that the difference between the default interest rate and the inflation rate cannot be claimed as collateral damage is a violation of constitutional rights should be considered sufficient in terms of proving the damage as long as the inflation pressure continues.

Giriş

Trafik kazalarında zarar gören kişilerin korunması, ülkemizde çok önemli ekonomik ve sosyal bir meseledir. Zorunlu mali mesuliyet sigortası ile kazalarda zarar gören üçüncü kişilerin maddi ve/veya bedensel zararlarını karşılamak ve zarardan sorumlu araç işletenlerin trafik kazası risklerine karşı ekonomik olarak korunması amaçlanmaktadır.

Enflasyona bağlı meydana gelen değer kayıplarının hukuk alanında yaratmış olduğu sorunlar ve bu hususa ilişkin yargıda birliğin sağlanamaması zararların trafik sigortası ile güvence altına alınmasını ve zararın tam ve zamanında karşılanmasını zorlaştırmaktadır. Enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde gerçek zararı esas alan hesaplama yöntemleri ile hesaplanan tazminat miktarları teminat limitlerinin çokça altında kalabilmektedir. Bazı hallerde ise sigorta şirketleri, ödenecek tazminat tutarının enflasyon karşısında değerini yitireceğini öngördüğünden dürüstlük kurallarına aykırı olarak tazminat ödemelerini geciktirmekte ve uyuşmazlığın yargı sürecinde çözümlenmesini tercih etmektedir. Yargılamalar sonucunda sigorta şirketleri, enflasyon karşısında aşırı değer kaybetmiş teminat limitleri ile sorumlu tutulmakta ve bu şekilde trafik sigortaları güvence işlevini yitirmektedir. Çalışmamızda tam olarak bu soruna vurgu yapılmış, hangi hukuki müesseselerin sorunun çözümüne katkı sağlayacağı incelenmiş, olası bir mevzuat değişikliğine yön verilmesi amaçlanmış ve son olarak sorunun tespiti ve çözüm önerileri yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasının Genel Esasları

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) gereğince trafiğe çıkan tüm araçların Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası (ZMMS) yaptırması zorunlu kılınmıştır (KTK m. 91) Alınan tüm önlemlere ve yasal düzenlemelere rağmen her yıl artan trafik kazaları bu sigorta türünü oldukça önemli kılmış, bu sebeple yaptırılması kişilerin tercihine bırakılmamıştır. Uygulamada trafik sigortası adı ile yer edinen karayolları zorunlu mali mesuliyet sigortası, motorlu bir aracın karayollarında hareket halinde iken bir kimsenin ölümüne, yaralanmasına ve/veya eşyanın zararına uğramasına sebep olması halinde o zarardan sorumlu motorlu araç işletenin, zarar gören üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu önceden belirlenmiş sigorta limitlerine kadar teminat altına alan bir sigorta türüdür¹. Bu

¹ Erhan Adal, 'Motorlu Taşıtların Kazalarına Karşı Mecburi Mali Sorumluluk Sigortası' (1964) 30(3-4) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 861, 861-862; Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Trafik Kazala-*

sigorta ile trafik kazaları sebebiyle zarar gören kişilerin uğramış oldukları zararın kolaylıkla giderilmesi amaçlandığı gibi, motorlu araç işletenin malvarlığında meydana gelecek muhtemel eksilmelerin önlenmesi de amaçlanmıştır². Ancak zarar görenin ekonomik açıdan korunması hususunun bu sigorta türü bakımından daha öncelikli olduğunu söylemek gerekir³.

Zorunlu trafik sigortası, motorlu araç işletenin yasal sorumluluğunu yerine getirmesini sağlar, ancak bu sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmaz. Diğer bir anlatımla kaza sonucu meydana gelen zararlar bakımından sigorta sözleşmesi yapılmış olsa da kusurlu araç işletenin hukuki sorumluluk devam etmektedir. Bu sebeple, zarar gören kişi hem kusurlu araç işletene hem de sigorta şirketine tazminat talebi yöneltebilmektedir⁴.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası, sigortalının karayolunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı oluşan mali ve hukuki sorumluluğu güvence altına alması sebebiyle bir zarar ve pasif sigortası olarak nitelendirilir⁵. Yapılması ka-

rında Tazminat Davaları (Güncellenmiş 36 Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 71; Işıl Ulaş, 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' (2015) 31(2) BATİDER 5, 6-7; Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Karahan Kitabevi 2017) 268; Rauf Karasu, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* (Yetkin Yayınları 2016) 22; Ali Bozer, *Sigorta Hukuku* (1965) 283.

² Şaban Kayıhan, 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS= Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 251, 254; Aziz Serkan Arslan 'Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları' (2010) (88) TBB Dergisi 195, 195; Ergun Özsunay, 'Trafik Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı' (1975) 32(2-4) V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası 906, 907; Ergün Mevci, 'Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi (II)' (1984) 10(4) Yargıtay Dergisi 482, 488; Bozer (n 1) 255, 256; Rayegan Kender, 'Motörlü Kara Nakil Vasıtalarının İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortasında Zarar Gören Şahıs Türk Hukukunda Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkına Sahip Midir?' (1974) 39(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221, 221.

³ Ülgen Düzgün Aslan, 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı' (2013) 30(3) BATİDER 189, 195; Kayıhan (n 2) 254; Ergün (n 2) 488; Rayegan Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (17. Baskı, Filiz Kitabevi 2021) 223.

⁴ Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Kasko Sigortası İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası* (Seçkin Yayıncılık 2019) 35.

⁵ Düzgün Aslan (n 3) 156; Işıl Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları)* (8. Baskı, Turhan Kitabevi 2012) 876; Ayşe Havutçu ve K. Emre Gökyayla, *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık 1999) 218; Karasu (n 1) 21; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanununun Şerhi Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler*, Cilt 2 (On İki Levha Yayıncılık 2016) 263.

nunda zorunlu kılınmış olsa da bir sigorta sözleşmesi akdedilmeden araç işletene doğrudan bir güvence sağlamamaktadır. Sigortacının, işletenin KTK m. 85/1'de düzenlenen sorumluluğunu poliçede belirlenen limitler dâhilinde sözleşmesi ile üstlenmesi gerekir. Sigortacının sigorta poliçesinde öngörülen maddi teminat limiti, sigortacının sorumluluğunun üst limitini oluşturmaktadır. Sigortacının ödeyeceği tazminat miktarı, zarar gören kişinin uğradığı ve araç işletenin karşılamakla yükümlü olduğu gerçek zarar miktarını aşamaz⁶. Zarar gören kişilerin zorunlu mali mesuliyet sigortası ile karşılanamayan zararları bakımından araç işletenin KTK m. 85 kapsamında sorumluluğu devam ettiği için bir ihtiyari mali mesuliyet sigortasının varlığı halinde, zorunlu sigorta limitlerini aşan zararlar, bu sigorta türünden karşılanabilmektedir⁷.

Poliçenin teminat limitleri, teminat altına alınan gider türüne, araç türüne, kaza sonucunda oluşan zararın boyutuna göre belirlenmektedir. Bu teminat limitleri her yıl değişmekte olup Hazine ve Maliye Bakanlığına bağlı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenmektedir. Bu şekilde sigortacının sorumlu olacağı asgari miktarın tarafların iradesine bırakılmayarak sigorta poliçelerinin düşük miktarlarla belirlenmesi engellenmektedir⁸. Bunun yanında sigorta sözleşmesinde belirlenen teminat limitleri sözleşme süresi içerisinde Bakanlıkça artırıldığı takdirde sigorta sözleşmesi herhangi bir işleme ve ek prime gerek olmaksızın yeni teminat tutarları üzerinden geçerli olmaktadır^{9,10}.

⁶ Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan Kitapevi 2000) 36.

⁷ İMSSGS, m. 1/1.

⁸ Düzgün Aslan (n 3) 195. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11 HD, 9559/1370, 18.02.2002: “Davalılardan sigortanın düzenlediği ZMSS. poliçesinde maddi zararlar için öngörülen 500 milyon olay limit, olay günü ve saatinden önce düzenlenen zeyilname ile 750 milyon lira'ya yükseltildiği ilk defa temyiz dilekçesinde ileri sürülmüş ve zeyilname eklenmiş ise de, esasen mahkemece olay tarihi itibarıyla geçerli olan limit miktarı re'sen araştırılıp tespit etmek ve davalılardan sigortanın sorumluluğu 750 milyon lira ile sınırlanmak gerekirken, 500 milyon ile sınırlanması doğru olmamış...” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Mart 2024.

⁹ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 24. Mezkûr hüküm gereğince;

“(1) Bu Yönetmelik ile belirlenen teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır. (2) Sigorta şirketleri, düzenledikleri poliçelerin ön yüzüne “Sözleşme süresi içinde Kurul tarafından teminat tutarları artırıldığı takdirde, bu poliçede yazılı teminat tutarları, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve ek prim alınmaksızın yeni teminat tutarları üzerinden geçerli olur.” ibaresini yazmak zorundadır.”

¹⁰ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçelerinde bu hususa “Otomatik Teminat Artış Klozu” olarak yer verilmektedir.

KTK m. 97 hükmünde zarar görenin dava açmadan ve sigorta tahkim yoluna başvurmadan önce sigorta şirketine yazılı başvuru yapması zorunlu kılınmıştır. Sigorta şirketinin başvuru tarihinden itibaren 15 gün içinde başvuruyu cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamaması halinde zarar gören dava açabilir veya Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru yapabilir. Zarar görenin sigorta şirketine başvuru yaparken kaza ve zararın tespit edilebilmesi için Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının ekinde yer alan belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletmesi gerekir. Sigortacı, Genel Esasların ekinde belirtilen tüm belgelerin kendisine iletilmesinden itibaren *sekiz iş günü* içinde teminat kapsamında kalan miktarı hak sahibine ödemelidir. Ancak sigortacının kendisine sunulan belgelere haklı olarak itiraz etmesi veya ek belgelere ihtiyaç duyması halinde sekiz günlük süre, bu belgelerin kendisine ulaştığı tarihten itibaren başlamaktadır (KTK m. 99/1, ZMMSGŞ m. B.2/2.1). Belirlenen süre içerisinde ödemenin gerçekleşmemesi halinde, sigortacı temerrüde düşmekte ve temerrüt tarihinden itibaren faiz ödemekle yükümlü hale gelmektedir^{11,12}.

Zarar görenin trafik kazası sebebiyle doğan maddi tazminat taleplerinin KTK m. 109'da TBK m. 72 ile paralel bir şekilde "*zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde*" zamanaşımına uğrayacağı düzenlemiştir. Zarar görenin tazminat talebi, cezayı gerektiren bir eylemden kaynaklanması ve Ceza Kanunlarında bu eylem için daha uzun bir zamanaşımın öngörülmesi halinde bu uzamış zamanaşımı süresi, zarar görenin maddi tazminat talepleri için de geçerli kabul edilmiştir (KTK m. 109/2). Uzun ceza zamanaşımının uygulanabilirliği hem on yıllık üst süre hem de iki yıllık kısa zamanaşımı süresi bakımından geçerlidir¹³. Kanunda işlenen hakkında öngörülen iki yıllık, on yıllık ve olağanüstü nitelikte olan uzun zamanaşımı süreleri sigortacıya veya güvence hesabına¹⁴ da uygulanmaktadır.

¹¹ Ulaş, (n 5) 1001.

¹² Kayseri BAM, 3. HD, 335/32 12.1.2024: "*2918 sayılı KTK'nın 99. maddesine göre hak sahibince usulüne uygun olarak temin edilmiş belgelerin sigortaya iletildiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemeyen sigortacı temerrüde uğramış sayılır ve temerrüde uğramış olduğu tarihten itibaren hak sahibine faiz ödemelidir*" <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024; Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 17. HD, 14436/7468 06.09.2018. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024.

¹³ Uzun ceza zamanaşımı süresinin sadece üst zamanaşımı (on yıl) süresi bakımından uygulanabileceği yönünde görüş için bkz. Ünan (n 5) 394.

¹⁴ Trafik kazalarında zarar görenler, bazı durumlarda sigortanın sağladığı teminattan yararlanamamaktadır. Bu husus, kaza ve zarara yol açan aracın tespit edilememesinden, zarar verenin zorunlu trafik sigortası yapmamasından ya da sigorta teminatı sağlayan sigortacının iflas

Farklı bir anlatımla, uzun zamanaşımı süresi, sadece cezayı gerektiren fiili işlemler için değil, zarardan sorumlu olan diğer kişiler bakımından da geçerli kabul edilmiştir^{15,16}. Sigortacının sorumluluğunun gerek zamanaşımı gerekse zararın niteliği bakımından işleten gibi değerlendirilmesi gerekir¹⁷. Zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren dört yıllık bir süre geçmiş olsa dahi tazminat talebi cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş ve bu fiil için daha uzun bir ceza zamanaşımı süresi öngörülmüş ise zarar gören bu uzun ceza zamanaşımından yararlanarak maddi tazminat talebini ileri sürebilecektir¹⁸.

II. KZMSS Kapsamına Giren Teminat Türleri

A. Genel Açıklamalar

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında sigortacının sorumluluk miktarı, işletenin KTK m.85/1'de düzenlenen sorumluluğu ile sınırlandırılmıştır. İşletenin

etmesinden kaynaklanabilmektedir. Güvence hesabı, zarar görenin trafik sigortasından yararlanma olanağının ortadan kalktığı hallerde sigortacılar gibi meydana gelen bedensel zararları zorunlu sigorta teminat limitleri ile sınırlı olarak gidermektedir. Bu şekilde zorunlu sigortanın boşlukları giderilerek zarar görenlerin teminatsız kalmaması amaçlanmaktadır. Güvence hesabına esasen bedensel zararlar için başvuru yapılabilmekte, fakat istisnai olarak maddi zararlardan da sorumlu tutulabilmektedir (Sigorta Kanunu, m. 14, İstisnalar: Sigorta Kanunu m.14/2-c, 14/2-d). Güvence hesabına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zekeriya Tepedelen, *Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı* (5. Baskı, Adalet Yayınları 2017); İknur Uluğ Cicim, 'Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı' (2011) 1(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105, 105-117.

¹⁵ Zehra Şeker Öğüz, 'Sorumluluk Sigortalarında Zamanaşımı', in Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 151. Sigortacının KTK m. 95/2 gereğince sigortalısına karşı açacağı rücu davasında KTK m. 109/2'de yer alan uzun zamanaşımı süresi uygulanmamalıdır. Çünkü, sigortacının açacağı dava, trafik kazasından doğan maddi zararların tazminini konu edinen bir dava olmayıp sigortacının sigortalısına sigorta sözleşmesi sebebiyle açtığı bir davadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Görgülü, 'Zarar Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022), 243, 244.

¹⁶ Kayseri BAM, 3. HD, 222/2205 14.12.2023: "... 2918 sayılı KTK'nın 109/1 maddesinde; motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak 10 yıl zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu süre maddi tazminat talepleri için de geçerlidir. Maddenin özellikle 2. fıkrasında "dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğarsa" ifadesi ile kanun koyucu taraf ayrımı yapmaksızın (davacı, davalı veya dava dışı 3. kişi) yapmış olduğu fiil cezayı gerektiriyor ise uzamış ceza zamanaşımı uygulanacağı ifade edilmiştir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 15 Mayıs 2024.

¹⁷ Kayıhan (n 2) 259.

¹⁸ Fatma Burcu Savaş, 'Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı' (2008) TBB Dergisi 121, 141, 142.

hukuki sorumluluğunu üstlenen sigortacı, kaza tarihi itibarıyla geçerli poliçe limitleri dâhilinde aracın işletilmesi sebebiyle doğan maddi ve bedeni zararları karşılamaktadır. Trafik sigortası poliçesi kapsamında, dört ayrı teminat türü bulunmaktadır; (1) maddi zarar teminatı, (2) sağlık giderleri teminatı ve (3) sürekli sakatlık ve (4) destekten yoksun kalma (ölüm) teminatı.

Ölüm, yaralama ve maddi hasarlar bakımından KTK m. 91 hükmü ile KTK m. 85'e atıf yapılmış ve tedavi giderleri bakımından ise KTK m. 98'de ayrıntılı düzenlemeye gidilmiştir. Bu tazminatlarla yönelik teminatın kapsamı, teminat dışında kalan durumlar, rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta tazminatının nasıl ödeneceği ile tarafların hak ve yükümlülüklerine yönelik usul ve esaslar, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda (KZMSSGŞ)¹⁹ düzenlenmiştir²⁰. Bu genel şartlar, sigorta sözleşmesinin ekinde yer alır ve her sigorta dalı için ayrı düzenlenir²¹. Tazminatın belirlenmesine yönelik belirlenen KZMSS Genel Şartlarının Karayolları Trafik Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiili düzenleyen hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin 17.07.2020 tarih E. 2019/40, K. 2020/40 sayılı iptal kararı²², tam olarak bu amaçla verilmiştir. Sigorta tazminat taleplerinin "genel şartlara" göre belirleneceğini düzenleyen KTK m. 90 ile KTK m. 92'nin "Genel Şartlar"a atıf yapan ilgili kısımları bu kararla iptal edilmiştir. Mezkûr kararda trafik sigortası kapsamında yapılacak tazminat hesaplamalarının Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümleri esas alınmadan Genel Şartlar ile belirlenmesi, kanunilik ölçütü yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmuş; kararda araç işletenin tazminat sorumluluğunun TBK'da yer alan gerçek zarar ilkesine göre sigorta şirketinin sorumluluğunun ise KZMSS Genel Şartlarına göre belirlenmesinin tazminat borcunun kapsamında farklılaşmaya yol açtığı vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi, her iki taraf için aynı nitelikte olan tazminatın farklı usul ve esaslara göre belirlenmesinin menfaatler dengesinin bozduğunu

¹⁹ 14.5.2015 tarih, 29355 sayılı Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları.

²⁰ Rayegan Kender, 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2017) 13(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8, 14-15.

²¹ Kender (n 20) 15; Ulaş (n 1) 6.

²² Karar metni için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201009-17.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mart 2024. Karara yönelik değerlendirmeler için bkz. Mehmet Hamza Arslan, 'Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Kararı Hakkında İlk Tespitler' in Başak Baysal ve Nilay Arat (eds), (2021) KHAS Hukuk Bülteni 2020-2021 Akademik Yılı Derlemesi (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 38, 38-43.

belirtmiş ve bu iptal kararı ile sigorta şirketlerinin tazminat yükümlülüğünü azaltan 'Genel Şartlar'ın uygulanmasını engellemiştir.

KZMSS Genel Şartları kapsamında tazminatın hesaplanmasını öngören düzenlemelerin iptali ile meydana gelen boşluk, 7327 sayılı Kanununun ile KTK'nun 90. maddesinde değişiklik yapılarak doldurulmaya çalışılmıştır. Bu değişiklik ile Anayasa Mahkemesinin önceki kararında iptal edilen hükümlerde esas alınan hesaplama yöntemleri, doğrudan KTK m. 90'da hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi gerektiği ölçütü aşılmıştır (Kanunilik Ölçütü). Bunun üzerine bu kanun değişikliği Anayasa Mahkemesinin 29.12.2022 tarihli kararına²³ konu edilmiş ve 17.07.2020 tarihli AYM kararında belirtilen *gerekçelerle* iptal edilmiş; kararda KZMSS kapsamında belirlenecek zararın Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları doğrultusunda belirlenmesi gerektiği bir kez daha vurgulanmıştır. Bu doğrultuda trafik kazası sebebiyle açılan tazminat davalarında Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümleri, Karayolları Trafik Kanunu hükümleri, genel şartların bunlara aykırı olmayan hükümleri ve son olarak Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları esas alınacağı söylemek gerekir²⁴.

B. Maddi Zarar Teminatı

Trafik kazası sebebiyle hak sahibinin KZMSS Genel Şartlarında tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı da dâhil olmak üzere malları üzerindeki azalma, maddi zarar teminatı içerisinde değerlendirilmektedir²⁵. Maddi hasara ilişkin açılan tazminat davalarında aracın tamir giderleri, tamir sürecinde uğranılan kazanç kaybı, tamir sonrası araçta meydana gelen değer kaybı, aracın kullanılmaması sebebiyle ikame araç bedeli vb. hususlara ilişkin talepler ileri sürülmektedir.

Maddi tazminat taleplerinin biçimi ve kapsamı ile manevi tazminata ilişkin hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine atıf yapılmıştır (KTK m. 90). Ancak manevi tazminata ilişkin talepler, KTK m. 92/f hükmü ile zorunlu

²³ 2918 Sayılı Kanun'un 90. maddesinin 1. fıkrasına eklenen ikinci cümle ile maddeye eklenen ikinci fıkranın iptaline yönelik 29.12.2022 tarihli E. 2021/82, K. 2022/167 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230214-7.pdf>> Erişim Tarihi 3 Mart 2024.

²⁴ Konya BAM, 3. HD, 1843/2079 17.10.2023. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 12 Mart 2024.

²⁵ KZMSS Genel Şartları A.5,1.a.

mali sorumluluk kapsamı dışında bırakılmıştır²⁶. Manevi zararların hesaplanması, sigortacılık tekniği bakımından güvenilir ilkelere dayandırılmadığından sigorta kapsamı dışında bırakılmıştır²⁷. Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kalan haller, KTK m. 92 hükmünde ve bu hükme paralel olarak KZMSS Genel Şartlarının m. A.6'da sıralanmıştır. Zarar gören kişiler, teminat dışı kalan bu kalemleri, genel hükümler kapsamında talep edebilmektedir.

Motorlu bir aracın işletilmesi sonucunda bir şeyin zarara uğraması durumunda, sigorta şirketi zarar gören şeyin riziko anındaki değerini esas alarak ödeme yapmak zorundadır. Dolayısıyla sigortacı, aracın karayolunda işletilmesi sebebiyle zarar gören şeyin temerrüt tarihindeki veya ödeme tarihindeki değerini değil, riziko anındaki değerini esas almalıdır (KZMSS Genel Şartları, B.2/2.1).

C. Sağlık Giderleri Teminatı

Sağlık giderleri trafik kazası sebebiyle zarar gören kişinin yeniden sağlığına kavuşması ve hastalığının artmasına engel olunması amacıyla yapmış olduğu veya yapmak zorunda kalacağı tüm harcamaları kapsamaktadır²⁸. Zarar görenin tedaviye başlamasından sürekli sakatlık raporu alınıncaya/iyileşerek eski çalışma gücüne kavuşana/ölümle son bulana kadar²⁹ tedavi süresince yaptığı tedavi masrafları, tedavi amaçlı seyahat giderleri ile çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı kayıplar sağlık giderleri teminatı kapsamındadır³⁰.

Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesinde 25.02.2011 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte sigorta şirketlerinin zarar gören üçüncü kişilere ödemek zorunda olduğu sağlık hizmet bedelleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmiştir (6111 sayılı Kanun m. 59). 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren KZMSS

²⁶ "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanun'unun 92. Maddesinin (f) bendi ile Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartlarının gereği manevi tazminat poliçe kapsamı dışında olduğundan davalı sigorta şirketinin manevi tazminat talebi yönünden herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir." İzmir BAM, 11. HD, E. 2021/544 K. 2023/1782 T. 5.12.2023 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 7 Mart 2024.

²⁷ Haluk Tandoğan, 'Trafik Kazalarında Mecburi Mali Mesuliyet Sigortası Manevi Zararı da Karşılar mı?' (1966) 3(3) BATİDER 545, 546.

²⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 767; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (Legal Yayıncılık 2017) 108.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım Keser, 'Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı' (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1037, 1037-1055.

³⁰ Antalya (n 28) 108; Eren (n 28) 767.

Genel Şartları'nın A.5.b hükmünde “Kaza nedeniyle mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesi hükmü gereğince sona ermiştir.” ifadesi ile zarar görenin tedaviye başlamasından sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, trafik kazası sebebiyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler ile tedaviyle ilgili diğer giderler sağlık giderleri kapsamında sayılarak Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğuna bırakılmak istenmiştir. Oysa KTK m. 98’de Sosyal Güvenlik Kurumu’nun sorumluluğu üniversite hastaneleri ile resmi ve özel sağlık kurumları tarafından trafik kazası sonucu yaralanan kişilerin tıbbi tedaviye ilişkin “sağlık hizmet bedelleri” ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kanun ile sınırları belirlenen teminat kapsamı Genel Şartlar ile genişletilmiştir. Bir kanun maddesinin kapsamı idarenin düzenleyici işlemi³¹ olan Genel Şartlarla genişletilip daraltılmayacağından Genel Şartların kanuna aykırılık teşkil eden hükümlerinin uygulanabilirliği mümkün değildir. Bu durumda KTK m. 98’de SGK tarafından ödeneceği belirtilen sağlık hizmet bedelleri dışında kalan bakıcı giderleri, geçici iş göremezlik tazminatı³² ile tedaviye ilişkin diğer tüm giderler halen tedavi giderleri teminatından ödenmek³³ üzere sigorta şirketinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir³⁴.

³¹ KZMSS Genel Şartlarının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Orhan Gürgeç, ‘Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi’ (2020) TAAD 11(41) 463, 463-482.

³² Geçici iş göremezlik tazminatı, sağlık hizmet bedeli kapsamında olmadığından bu tazminat bakımından sigorta şirketi veya Güvence Hesabı’nın sorumluluğu devam etmektedir.

³³ Sigorta şirketleri, tedavi giderlerinin tamamından SGK’nın sorumlu olduğu düşüncesiyle poliçelerinde tedavi giderleri teminatına yer vermemişlerse, bu giderler Güvence Hesabı’ndan karşılanmalıdır. Bkz. Çelik Ahmet Çelik, *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu* (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 596.

³⁴ Yargıtay 10 HD, 15542/4392 23.05.2017: “Yasa lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere sigorta şirketlerinin yükümlüğü sadece trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri yönünden sona erecek olup bu kurumlar tarafından karşılanmayan ulaşım, yemek, refakatçi ücreti gibi sair tedavi giderleri, bakıcı giderleri ve geçici iş göremezlik zararları halen tedavi giderleri teminatından ödenmek üzere davalı sigorta şirketinin sorumluluğundadır.” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2017.

Konuya ilişkin Yargıtay ve İtiraz Hakem Heyeti kararları incelendiğinde aynı görüşün benimsendiği görülmektedir³⁵. Aksi yönde bir değerlendirmenin kabulü kanunun amacına ve lafzına aykırılık teşkil edecektir; zira KTK m. 98 hükmüyle, kaza sonucu yaralanan kişilerin sosyal güvencesi olmasa dahi ilgili sağlık kuruluşlarında sağlık hizmetlerinden yararlanarak sağlığına kavuşması amaçlanmaktadır ve hükümde “sağlık hizmet bedeli” dışında kalan tedavi giderleri bakımından SGK’ya bir sorumluluk yüklenmemiştir.

Tedavi giderlerine ilişkin açılan tazminat davasında hüküm tarihine kadar yapılmış olan tedavi giderleri birlikte ilerde yapılması muhtemel tedavi giderleri de talep edilebilmektedir³⁶. Yani, tazminat talebi için giderlerin fiilen yapılmış olması aranmamaktadır³⁷.

D. Sürekli Sakatlık Teminatı

Trafik kazası sonucu beden tamlığı ihlal edilen kişi, fiziksel, psiko-duygusal veya entelektüel açıdan bir kayba uğrayabilmektedir³⁸. Zarar görenin uğramış

³⁵ Yargıtay, tedavi giderlerinin belgeye dayandırılmış olup olmamasına göre bir ayırım yapmış; belgeye dayanmayan tedavi giderleri bakımından sigorta şirketlerinin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Böyle bir ayırım yasal düzenlemeye uygun değildir; KTK m. 98’de SGK’nın sorumluluğu doğrudan sağlık hizmet bedelleri ile sınırlandırılmıştır. Bunun dışında belgeye dayanan veya dayanmayan tüm harcamalardan sigorta şirketi sorumlu tutulmuştur. Yargıtay bu hususu birçok kararında olduğu gibi 06.05.2019 tarihli kararında da şu ifadelerle vurgulamıştır; “... Sosyal Güvenlik Kurumu, 6111 sayılı Kanun ile değiştirilen 2918 sayılı Kanun’un 98. maddesi kapsamında, tüm tedavi giderlerinden değil, ancak söz konusu madde kapsamında kalan tedavi giderlerinden sorumludur.” Ancak sonrasında “belgeli olmayan tedavi giderlerinden SGK sorumlu olmayıp, sigorta şirketi ile araç işleteni ve sürücüsünün sorumlu” olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 17. HD, 12559/5487 6.5.2019 <www.lexpera.com.tr> 10 Nisan 2024. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 17. HD, 1369/2619 11.03.2022; Yargıtay 17. HD, E. 18594/8873 2.10.2019. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

Konya BAM, 3. HD, 1843/2079 17.10.2023: “Kanun ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Kanun’un 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı Sosyal Güvenlik Kurumu’na geçtiğinin kabulü gerekir. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleteni ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 10 Mart 2024. Aynı yönde yargı kararları için bkz. Adana BAM, 3. HD, 44/1869 17.10.2023; Yargıtay HGK, 463/586, 21.04.2022; Yargıtay 17. HD, 9665/4057, 03.04.2019; Yargıtay 17. HD, 4027/3536 18.03.2013; Yargıtay 17. HD 10392/10247 30.06.2014. <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

³⁶ Yargıtay 4. HD, 530/621, 05.05.2016 <https://legalbank.net> Erişim Tarihi 12 Mart 2024.

³⁷ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık 2021) 71; Önder Çetintaş, *Trafik ve İş Kazalarından Kaynaklanan Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022) 107.

³⁸ Çelik (n 33) 552.

olduğu kaybın tedavi sonrasında süreklilik arz etmesi halinde ileride çalışamaması ve kazanç elde edememesi sebebiyle sürekli iş göremezlik tazminatı gündeme gelmektedir. Bu tazminat, kişinin kazanma gücünü kaybettiği durumlarda, yaşam standartlarını koruyabilmek için sunulan bir tür gelir güvencesidir. KZMSS Genel Şartlarında sakatlama teminatı kapsamında ele alınmıştır³⁹. Sürekli sakatlık oranının belirlenmesinde sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri de bu teminat kapsamındadır.

Trafik kazası sonrası kişi çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybedilebilmektedir; sürekli sakatlık sonrası kişi çalışma imkânından ömür boyu mahrum kalabileceği gibi bir organın zayıflaması veya belli bir derecede azalması sebebiyle çalışma gücünü kısmen de yitirebilir. Kişinin sürekli sakat kalmasına rağmen gelirinde bir azalma meydana gelmeyebilir, ancak kişi sakatlığın etkileri sebebiyle aynı işi yapabilmek için daha fazla efor sarf etmek zorunda kalabilir (güç-efor kaybı)⁴⁰. Bu fazladan sarf edilen gücün zarar olduğu kabul edilerek güç kaybına uğrayan kişiye tazminat talep hakkı tanınmıştır⁴¹. Bedensel zararlardan kaynaklanan tazminat davalarında mahkeme, zarar görene ilişkin geçici ve sürekli iş göremezlik durumu ve oranına ilişkin gerekli sağlık raporları alındıktan ve tarafların kusur oranları belirlendikten sonra uzman bir aktüer hesap bilirkişisine dosyayı tevdi ederek talepler doğrultusunda tazminat hesabı yaptırmaktadır.

Güç kaybı belirlenirken kişinin riziko esnasında elde ettiği ve ileride elde etmesi muhtemel gelirler üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Çalışan kişiler yönünden elde ettikleri veya elde edecekleri muhtemel gelirler esas alınır-

³⁹ KZMSS Genel Şartları, A.5.c.

⁴⁰ Yargıtay 15. HD, 1975/4103 20.10.1975: "... mahkemece yapılacak iş, sol gözdeki görmemesinin genel beden gücünde yaratacağı eksilmeyi usulüne göre saptamak ve davacının normal yaşama süresinde ev işlerini ve hizmetlerini yürütürken bu beden gücündeki eksilme nedeniyle sarf edeceği fazla efor karşılığını hesap ettirip peşin sermaye değerine indirilmesi yoluyla bulunacak maddî tazminatın ödetilmesine karar vermekten ibarettir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024; Aynı yönde kararlar için bkz. BAM, 17. HD, 2853/1898, 8.12.2021; Yargıtay 4. HD, 8598/7796 25.04.2013 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14.03.2024; BGE 132 III 321, 17.01.2006; BGE 129 III 13519.12.2002 <http://relevancy.bger.ch> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

⁴¹ Çelik Ahmet Çelik, 'Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Araışları' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 765, 782; Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Basım Yayın 1996) 28; Pınar Altınok Ormancı, *Zararı Azaltma Külfeti* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 189; Çelik (n 33) 606, 785.

ken emekliler, ev hanımları ve yaşlılar gibi fiilen çalışmayan kişiler bakımından asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesi gereğince, gerçek zararın hesaplanabilmesi için *karar tarihine en yakın tarihteki* ekonomik koşullar ve ölçütler göz önünde bulundurulmalıdır⁴². Bu nedenle, tazminat hesaplamalarında iş gücü kaybı, gelir kaybı, tıbbi masraflar ve diğer zarar kalemleri için güncel ekonomik verilerin ve piyasa koşullarının kullanılması önem arz etmektedir⁴³.

E. Destekten Yoksun Kalma Teminatı

Destekten yoksun kalma teminatı, trafik kazalarında ölen üçüncü kişinin desteğinin yokluğundan kaynaklanan zararların tazmin edilmesini sağlayan bir teminat türüdür. Ölen kişinin eşi, çocukları ve destek sağladığı diğer kişilerin, ölüm nedeniyle kaybettikleri maddi veya manevi desteğin yerine konulması amaçlanır. Bu destek, ölen kişinin ailesinin maddi ihtiyaçlarını karşılamak için sağladığı gelir veya bakım hizmetlerini içermektedir^{44,45}. Teminat miktarı, ölen kişinin yaşam standardına, gelirine ve destek verdiği kişilerin sayısına bağlı olarak değişmektedir.

⁴² İzmir BAM, 11. HD, 1491/682 04.05.2023: "6098 sayılı TBK m. 75. maddesi gereğince gerçek zararın belirlenmesi bakımından karar tarihine en yakın tarihteki ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Asgari ücret kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece re'sen gözönünde tutulması zorunludur. Bu nedenle hüküm tarihine en yakın tarihte bilinen asgari ücret tutarını belirleyerek bu verilere göre hesap yapılması gerekir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

Konya BAM, 3. HD, 1251/1275 17.12.2019: "Kusur durumunun tespitinden sonra 6098 sayılı TBK m. 75 gereğince gerçek zararın belirlenmesi bakımından karar tarihine en yakın tarihteki ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Tazminat hesabına etkili unsurlardan birisi olan asgari ücret, kamu düzeni ile ilgili olup; aynı davada, asgari ücretin artması halinde bunun mahkemece resen dikkate alınması gerekmektedir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

⁴³ Gerçek zararı yansıtmayan ücret bordroları, kazancın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Gerçek kazanç araştırması yapılırken kişilerin mesleği yanında meslekte ilerleme dereesine göre elde edebileceği kazançlar da hesaplama dâhil edilmektedir. Çelik (n 33) 787.

⁴⁴ Çelik, (n 33) 490, 491, 503.

⁴⁵ Yargıtay 4. HD, 8981/5368, 17.04.2008: "Destek" kavramının yalnızca parasal katkı şeklinde anlaşılması gerekmez. Yaşlılık veya hastalıkta ya da ihtiyaç duyulan diğer durumlarda yapılan ev işleri, bakım gibi hizmet ve yardımlar da destek kavramı içerisinde sayılır. BK'nun 45. maddesi gereğince, bu tür hizmet ve yardımlar da destek kabul edilerek bunların karşılığı olarak maddi tazminat ödenmesi gerekir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

Yargıtay 4. HD, 1496/4208 15.03.2012: "Borçlar Yasası'nın 45. maddesinde sözü edilen destek kavramı, hukuki bir ilişkiyi değil eylemli bir durumu amaçlar ve hisimlik ilişkisine ya da yasanın hakkındaki düzenlemelerine dayanmaz. Yasa gereğince bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişi değil, eylemli ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve hayatın doğal akışına göre eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kişi destek sayılmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi, destek görenlere destekten yoksun kalma zararını tazmin etme imkânı tanır. Bu tazminat ölen kişinin üçüncü bir kişiye destek sağlaması veya gelecekte destek sağlama olasılığının bulunması durumunda ortaya çıkar⁴⁶. Tazminat talep hakkı, destekten yoksun kalanların kişisel bir hakkıdır⁴⁷ ve bu hakkı talep edebilecek kişiler konusunda sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle, destekten yoksun kalma zararını talep edebilmek için fiili bir bakım ilişkisinin varlığı yeterlidir⁴⁸. Destek sağlanan kişilerin müteveffanın kan veya kayın hısımları, mirasçısı veya kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler olması gerekmez. Destek kavramı, genellikle hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef alır⁴⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan kazanç unsurlarına göre hesaplanır. Bu sebeple ölüm ve bedensel zararlar sebebiyle açılan tazminat davalarında yargılama belli aşamaya gelmiş olsa dahi davaya konu edilen kazançta artış meydana gelmiş ise yeni kazanç unsurlarına göre yeniden ek rapor alınarak hüküm tesis edilmektedir⁵⁰.

Destekten yoksun kalma tazminatında destek sağlayan kişinin ölüm tarihinde kazancı ve kişinin hayatta kalmış olsaydı gelecekte elde edebileceği kazançlar hesaba katılmakta; kişinin işindeki kariyer ve ücret artışı potansiyeli göz önünde bulundurulmaktadır. Kişinin somut kazancına ilişkin yeterli bilgiye ulaşılamaması halinde tazminat hesaplanmasında net asgari ücret esas alınmaktadır⁵¹.

Diğer yandan, genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı da çocukların anne ve babasına belirli bir düzeyde destek olacağını gösterir. Bu desteğin tutarı tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumları ile orantılı olarak değişebilir de çocuğun hiç destek olamayacağı kabul edilemez. Destek, mutlaka para veya maddi katkı biçiminde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabilir. Anne ve babanın belirli bir gelirinin olması ölenin desteğinden yoksun kalmadıkları sonucunu doğurmaz.”
<www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

⁴⁶ Eren (n 28) 777.

⁴⁷ Ruhi ve Ruhi (n 37) 98.

⁴⁸ Eren (n 28) 854; K. Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin Yayıncılık 2004) 99.

⁴⁹ Mustafa Reşit Karahasan, *Tazminat Hukuku-Maddi Tazminat* (Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Baskı, Beta Basım Yayın 2001) 304.

⁵⁰ Çelik (n 33) 474.

⁵¹ Yargıtay 17. HD, 900/6725, 9.11.2020: “... mahkemece, davacı... yönünden dava dilekçesinde talep edilmiş olan maddi zarar kalemleri yönünden, deliller toplanarak, ölen annesi... çalışmıyor olsa da, ev hanımı olup muhtemel ömrünün sonuna kadar ev işlerini yapması, manevi

III. Enflasyon Sebebiyle Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

A. Yüksek Enflasyon Sebebiyle Trafik Sigortasının Güvence İşlevini Yitirmesi

Enflasyon, fiyatlar genel düzeyindeki sürekli artışı ifade eder⁵² ve sigorta korumasında önemli bir etkiye sahiptir. Yüksek enflasyon, sigorta güvencesinden yararlanılmasını önemli ölçüde azaltmakta ve bu yönde zarar görenlerin sorumlulukları trafik sigortası ile güvence altına alınan sigortalıların zarar görmesine neden olmaktadır.

Trafik kazaları sonucu yaralanan kişilerin veya vefat edenlerin sağken destek verdiği kişilerin açtığı tazminat davalarında, talep edilebilecek tazminat kalemleri arasında geçici iş göremezlik tazminatı, kalıcı iş göremezlik tazminatı ve destekten yoksun kalma tazminatı bulunmaktadır. Yerleşik yargı içtihatları gereğince bu tazminat kalemlerinin hesaplanmasında hüküm tarihine en yakın tarihteki ölçütlerin esas alınması gerekmektedir. Buna göre mahkeme, hüküm tarihine en yakın tarihte zarar gören kişinin bilinen kazancını ve asgari ücret tutarını esas alarak gerçek zarar miktarını belirlemektedir⁵³. Zarar gören kişinin kazancının asgari ücretin üzerinde olduğu durumlarda, asgari ücretin kaç katı olduğu tespit edilerek nihai hesaplamada karar tarihine en yakın tarihte yürürlüğe girmiş asgari ücret esas alınmaktadır.

Trafik kazaları sebebiyle açılan tazminat davaları, hukuk sistemimizde kısa sürede sonuçlanmamakta yaklaşık üç yıl sürülebilmektedir. Kararların temyizde/istinafta bozulması halinde ise yargılamalar beş yılı bulabilmekte, hatta on yılda sonuçlanan davalarla karşılaşılabilir. Zarar hesaplanmasında TBK m. 75 gereğince gerçek zararın belirlenmesi bakımından hüküm tarihine en yakın tarihteki ölçütler esas alınmasına rağmen trafik sigortacısının sorumluluk

olarak destek olması v.s. sağ kalan aile bireylerine destek niteliğinde olduğundan asgari ücret üzerinden gelir varsayılarak, yüksek öğrenim görme durumu bulunmayan halde, kız çocuklarının 22 yaşına kadar, erkek çocuklarının 18 yaşına kadar; yüksek öğrenim gören ya da görme ihtimali bulunan çocukların ise 25 yaşına kadar destek alacağı dikkate alınarak davacı ...'nın destekten yoksun kalma zararının hesaplanması gerekirken hatalı gerekçe ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı olduğu şekilde işin esasına girmeden davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 18 Mart 2024. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay, 4. HD, 1095/3151 06.04.2000; Yargıtay, 4. HD, 10653/7338, 17.06.2010 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 18 Mart 2024.

⁵² Yüksel Birinci, 'Enflasyon, Para Politikası ve Stratejileri' (1989) 47(1-4) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 19, 19.

⁵³ Bkz. II. E. dp. 43.

üst limitinin belirlenmesinde rizikonun gerçekleştiği tarihte⁵⁴ geçerli olan teminat limitleri esas alınmaktadır. Enflasyon sebebiyle riziko tarihinde geçerli olan asgari ücret ile hüküm tarihinde geçerli olan asgari ücret arasında önemli farklar olabilmekte, yüksek enflasyon ortamında kısa bir sürede fiyatlar genel seviyesinde büyük artışlar yaşanabilmektedir. Bu durum, trafik kazası sonrası gerçek zararı esas alan hesaplama yöntemleri ile belirlenen iş göremezlik ve destekten yoksun kalma tazminat miktarlarının sorumluluk sigortası (KZMSS) teminat limitlerinin çokça altında kalmasına neden olabilmektedir. Zira mahkemelerce, sigortacının sorumluluk limiti belirlenirken hüküm tarihinde Bakanlığın belirlediği asgari teminat tutarları değil, kaza tarihinde belirlenen teminat tutarları⁵⁵ dikkate alınmaktadır (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 24). Bu sebeple zorunlu mali mesuliyet sigortası ile karşılanamayan zarar oranı gittikçe büyümekte ve bu zararlardan araç işleten KTK m. 85 kapsamında sorumlu olmaya devam etmektedir. Bu durum, karayolları zorunlu mali mesuliyet sigortasını sigortalının malvarlığında meydana gelecek muhtemel eksilmelerin önlenmesi ve en önemlisi zarar görenin ekonomik açıdan korunması amacıyla uzaklaştırmaktadır.

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi'nin 15.01.2024 tarihli kararı yukarıda ifade edilmek istenen tabloyu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Motorlu araç işletenin 27.03.2016 tarihinde yayaya çarpmasıyla kişinin %34,1 oranında malul kaldığı ve bu sebeple sürekli iş göremezlik tazminatının talep edildiği davada, aktüerya bilirkişisi tarafından 3.918.558,69 TL zarar tespit edilmiştir. Kaza tarihinde sigorta şirketi yönünden öngörülen poliçe limiti ise 290.000 TL ile sınır-

⁵⁴ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik m. 24.

⁵⁵ Sigortacının sorumluluk limiti belirlenirken poliçenin düzenlenme tarihindeki limit yerine kaza tarihindeki limitin esas alınacağı yönünde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 17. HD, 3370/8807, 09.10.2017: "... sözleşme süresi içinde Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça teminat tutarı artırıldığı takdirde, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve ek prim alınmaksızın, artırılan teminat tutarı bu sözleşmeler içinde geçerli olur. Bu Tarife ve Talimat ile belirlenen teminat tutarları yürürlükteki bütün sigorta sözleşmelerine herhangi bir ek prim alınmaksızın uygulanır." <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

Yargıtay 17. HD, 320/17814, 17.12.2013: "2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 93. ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik'in 24. maddesi uyarınca rizikonun gerçekleştiği tarihte sigortaya konu motorlu aracın cinsine göre Hazine Müsteşarlığınca asgari tutarı belirlenen tarifedeki limitler uyarınca sınırlı sorumludur." <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 22 Mart 2024.

landırılmıştır. Bu nedenle mahkeme sigorta şirketini sorumluluk bakımından poliçe limiti ile sınırlı tutmuş ve bu miktarı sigorta şirketinin temerrütte uğradığı 27.07.2016 tarihinden (davanın açıldığı tarihte) itibaren yasal faizle birlikte ödenmesine hükmetmiştir. Sigorta limiti dışında kalan miktar bakımından ise olay tarihinden (27.03.2016) itibaren işleyecek yasal faiz ile birlikte araç işleten sorumlu tutulmuştur⁵⁶. Kararın içeriği, trafik kazası sonucu meydana gelen zararlar da sigorta limitlerinin zararı karşılamada yetersiz kaldığını ve zarar görenlerin gerçek zararlarını karşılayamadığını göstermektedir. Mahkeme kararlarında esas alınan poliçe limitlerinin gerçek zarar miktarının çokça altında olması, karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortalarını oldukça işlevsiz kılmaktadır. Bu doğrultuda trafik sigortası teminat şartlarının, sigortalılara ve zarar görenlere gerçek anlamda güvence sağlayacak seviyeye yükseltilmesi mevcut koşullarda oldukça önem arz etmektedir.

B. Çözüm Önerileri

1. İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası Yapılarak Ek Güvence Sağlanması

Karayolları İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası, araç sahibine trafikte oluşabilecek kazaların finansal sonuçlarına karşı ek bir güvence sağlamaktadır. Genellikle trafik sigortası kapsamında sunulan teminat limitlerinin yetersiz olduğu durumlarda veya araç işletenlerinin ek koruma ihtiyacı üzerine tercih edilmektedir. İhtiyari mali mesuliyet sigortası, zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçe limitinin dışında kalan (üstünde olan) miktarlardan başlayarak, ihtiyari mali sorumluluk sigortası teminat limitine kadar koruma sağlamaktadır. Özetle zorunlu trafik sigortası ve ihtiyari mali mesuliyet sigortası arasında bir sıralı sorumluluk sistemi benimsenmiştir⁵⁷. Buna göre, öncelikle zorunlu trafik sigortası poliçe limiti uygulanır, ancak bu limiti aşan kısımdan sonrası için ihtiyari mali mesuliyet sigortası devreye girmektedir.

Zorunlu mali sorumluluk sigortasının sağlamış olduğu sigorta teminat limitleri günümüz ekonomik koşullarında sigortalılara gerçek anlamda güvence sağlayacak seviyede olmaması sebebiyle kişiler zorunlu trafik sigortası ile yetinme-

⁵⁶ Kayseri BAM, 3. HD, 179/47, 15.1.2024 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 23 Mart 2024. Aynı yönde kararlar için bkz. Ankara BAM, 35. HD, 1472/1522, 22.11.2023; İzmir BAM, 11. HD, 1048/1863, 15.12.2023; İzmir BAM, 20. HD, 1380/1513, 11.10.2023 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024.

⁵⁷ Yargıtay 11. HD, 641/8198, 2.5.2014; İzmir BAM, 11. HD, 1048/1863, 15.12.2023 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16.04.2024.

yerek yüksek limitli veya sınırsız ihtiyari mali sorumluluk sigortası yaptırabilmektedir. Her ne kadar KZMSS'nin karşılamadığı zararlar bakımından ihtiyari mali mesuliyet sigortasının geniş kapsamlı koruma sağladığını ifade etsek de zorunlu olmadığı için geniş bir kitleye ulaşmakta KZMSS kadar etkili olamamaktadır. Sigortanın kişilerin tercihine bırakılmış olması, zorunlu trafik sigortası ile amaçlanan sınırlara ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Bunun yanında, ihtiyari mali mesuliyet sigortasında yer alan teminat limitlerinin de yüksek enflasyonda etkilenmesi olasıdır.

2. Zorunlu Trafik Sigortası Asgari Teminat Limitlerinin Arttırılması

Zorunlu trafik sigortası asgari teminat limitleri, hem trafik kazalarından zarar görenlerin korunması hem de genel olarak trafik güvenliğinin sağlanması açısından günümüz ekonomik koşullarında aşırı yetersiz kalmaktadır. Yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi sigorta teminat limitlerinin Bakanlıkça tatmin edici seviyelere ulaştırılması, trafik kazalarının potansiyel maliyetlerini karşılamada daha etkili sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, trafik sigortası asgari teminat limitlerinin enflasyon koşulları dikkate alınarak gözden geçirilmesi ve bu doğrultuda arttırılması bir nebze de olsa trafik sigortasından beklenen asgari korumayı sağlayacaktır.

3. Teminat Limitlerinin Güncellenmesi

Yargıtay uygulamalarında sigortacının temerrüdü⁵⁸ üzerinden çok uzun yıllar geçmiş olsa da trafik kazası nedeniyle oluşan zararlardan sigorta şirketlerinin

⁵⁸ Sigortacı, kaza ve zararın tespiti için gerekli belgelerin kendisine ileildiği tarihten itibaren sekiz iş günü içerisinde zorunlu sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarı, hak sahibine ödemek zorundadır. Sigortacının bu süre içerisinde ödeme yapmaması halinde, teminat kapsamındaki miktar bakımından temerrüt gerçekleşmekte ve bu tarihten itibaren faiz işletilmektedir. (KTK m. 99/1, ZMMSGŞ m. B.2/2.1). Bununla birlikte Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde, zarar görenin dava açmadan önce sigortacıya başvuru yapma zorunluluğu bir dava şartı olarak öngörülmüştür. KZMSS Genel Şartlarının Ek 6. maddesinde bu başvuru sırasında eklenmesi gereken belgeler belirtilmiştir. Başvuru esnasında sıralanan belgelerden birinin eksikliği halinde tazminatın ödenmesi için öngörülen sekiz günlük süre işlememektedir. Bu belgeler tamamlanmadan tazminat davasının açılması halinde, mahkeme KTK m. 97'de aranan başvuru şartının gerçekleştiğini; ancak temerrüdün gerçekleşmesi için aranan *nitelikli* başvurunun gerçekleşmediğini kabul etmektedir. Bu sebeple de dava tarihinden itibaren faiz işletmektedir. Bu yönde karar için bkz. İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2016/361 K. 2023/587 7.7.2023: "Kaza tarihinde ve poliçenin düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan Karayolları Trafik Kanununun 97. maddesinde zarar görenin dava açmadan önce sigorta kuruluşuna başvurusunun gerekli ol düzenlenmiş, Trafik Sigortası (Yeni) Genel Şartlarının ek 6. maddesinde ise başvuru sırasında eklenecek belgelerin neler olduğu yazılmıştır. ... Dava-

sorumluluğu, yukarıda belirtildiği üzere kazanın vuku bulduğu tarihteki poliçe limitleri ile sınırlı tutulmuştur. Diğer yandan, dava tarihinden önce sigortacı tarafından bir ödeme gerçekleştirilmişse ödeme tarihindeki veriler⁵⁹ dikkate alarak ödemenin yetersiz olup olmadığı saptanmıştır. Şöyle ki, dava öncesi gerçekleştirilen ödeme, ödeme tarihindeki verilere göre ödenmesi gereken tazminat miktarından düşük ise bu ödeme miktarı güncellenerek, en son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından düşülmüştür. Yargıtay bu indirimi yaparken iki yöntem⁶⁰ benimsemiştir⁶¹; (1) dava öncesi ödenen miktara yasal faiz işletip ikisinin toplamını en son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından düşmektedir; bu şekilde, yetersiz ödeme miktarını, kısmi ödenen miktara faiz işleterek tespit etmektedir (birinci güncelleme yöntemi). (2) ikinci yöntem olarak da ödeme tarihindeki verilere göre hesaplanan tazminat, ödenen miktar ile karşılaştırılıp zararın ne oranda ödendiği hesaplanmakta ve belirlenen bu oran, en son verilere göre hesaplanan tazminatın indirim oranını belirlemektedir (ikinci güncelleme

cı tarafça dava açılmadan önce yapılan başvuruda anılan bu belgeleri eklenmediğinden ve Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. ve 99. maddeleri ile Trafik Sigortası Genel Şartlar'ın 6. maddesi gereğince b belgelerin de başvuru sırasında eklenmesi zorunlu olduğundan, davacıların dava açmadan önce dava şartı olan başvuru şartını yerine getirdikleri kabul edilse bile usulüne uygun şekilde davalı sigorta şirketlerine başvurularından söz edilemeyeceğinden, birleşen davanın ek dava olarak açılması nedeniyle davalı sigorta şirketlerinin asıl dava tarihi olan 12/01/2016 tarihinde temerrüde düştükleri kabul edilmiştir.” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 12 Mart 2024.

⁵⁹ Yargıtay 17. HD, 2794/6413, 20.06.2011; Ankara BAM, 35. HD, 1536/1575, 29.11.2023 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 4 Nisan 2024.

⁶⁰ Güncellenmenin nasıl ve hangi yöntemle formüle edilmesi gerektiği hususunun tartışıldığı Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay HGK, E. 2011/824 K. 2012/134 14.03.2012 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 05 Nisan 2024.

⁶¹ Hukuk Genel Kurulu'nun 18.05.2011 tarihli 4-157/317 sayılı kararında ise “*Prensipite haksız eylem tarihinde tümüyle ödenmesi gereken zararın bir kısmının olay tarihinde ödenmiş olması haksız fiil sorumlusunun temerrüdünü ortadan kaldırmayacağı gibi, yasal olarak ödenmesi gereken bu miktarın, açıklanan özellikleri karşısında, güncellenerek tazminat bedelinden indirilmesi de düşünülemez. Böyle bir kabul biçiminde haksız fiil sorumlusunun geç ödemekten yarar elde etmesi söz konusu olur ki, bunun hukuken korunması olanaklı değildir. Hal böyle olunca, dava açılmadan evvel sigorta şirketi ve davalı M.Z.G. tarafından yapılan ödemelerin hesap raporu tarihine kadar güncelleştirilerek hesaplanan tazminattan indirilmesi düşünülemez.” ifadeleri ile yetersiz ödemelerin hesaplanan tazminattan güncelleme yapılmaksızın aynen indirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Karar için bkz. Yargıtay HGK, 4-157/317, 18.05.2011 <www.turkhukusitesi.com> Erişim Tarihi 05 Nisan 2024. Kararın verilmesinin üzerinden bir yıl geçmeden Hukuk Genel Kurulu, Özel Dairenin görüşünü benimsemiş, güncelleme yapılarak tazminattan indirimle gidilmesi gerektiğini oyçokluğu ile kabul etmiştir. Karar için bkz. Yargıtay HGK, 824/134 14.03.2012 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 5 Nisan 2024. Aynı yönde kararlar için bkz. İstanbul BAM, 40. HD, 448/1396, 24.10.2023; Yargıtay 4. HD, 2360/8391, 8.11.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 8 Nisan 2024.*

yöntemi). Ödeme yapılan oran, ödeme tarihindeki verilere göre ödeme miktarının %40'nı karşılıyorsa, en son verilere göre hesaplanan tazminatın da %40'nın ödendiği kabul edilmekte ve hesaplanan zararın %60'nın sigortacı tarafından ödenmesine hükmedilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere mahkeme, zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesini esas alarak kısmi yapılan ödemeyi doğrudan hesaplanan tazminat miktarından düşmemekte, güncelledikten sonra tazminat miktarından düşmektedir. Mahkemenin oran veya faiz üzerinden yaptığı güncellemede, kısmi ödemeyi kabul eden zarar görenin bundan yararlanmış olmasının göz ardı edilmemesi gerektiği ve aynı zamanda eksik ödeme yapan sigortacının ödeme yapmadığı kısımdan dolayı yarar elde ettiği ve getirisinin malvarlığında haksız artış gerçekleştirdiği hususları esas alınmıştır. Aynı şekilde güncelleme yapılmaksızın aynen yapılan indirimin adalet ve hakkaniyet duygularını incittiği ve borcunu kısmen de olsa hemen ödemeye çalışan kişiler üzerinde olumsuz etki yaratacağı kabul edilmiştir. Ayrıca Hukuk Genel Kurulunun⁶² 14.03.2012 tarihli kararında da belirtildiği üzere yıllar önce yapılan ödemenin yıllar sonra aynı miktarla düşülmesi, toplumdaki uzlaşmaları yok etmekte ve “dava aç-al paranı savunmasına” da prim vermektedir. Yukarıda izah edilen ve yargı kararlarında kısmi ödemenin güncellemesine dayanak oluşturan *gerekçeler*, uzun süren yargılamalar sonucunda hâlâ riziko anındaki teminat limitinin aynen esas alınmasında da ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, sigortacı *temerrüdün gerçekleştiği tarihte* ödeme gerçekleştirmiş olsaydı temerrüt tarihindeki verilere göre hesaplanan tazminat, sigorta teminat limitinin altında kalabilecekti. Ancak, sigorta şirketleri, yüksek enflasyonun neden olduğu para değerindeki düşüşün kanuni faiz ve avans işlemlerde uygulanan faizin çok üstünde olduğunu öngördüğünden dürüstlük kurallarına aykırı olarak tazminat ödemelerini çoğunlukla geciktirmekte ve uyuşmazlığın yargı sürecinde çözümlenmesini tercih etmektedir. Yargılamalar sonucunda, geç ödeme gerçekleştirdiği için en son verilere göre hesaplanan tazminatın tamamından değil enflasyon karşısında aşırı değer kaybına uğramış teminat limitine kadar sorumlu tutulmaktadır. Bu şekilde poliçe limiti dışında araç işletenin sorumluluğuna bırakılan miktar oldukça yüksek kalmakta ve uygulamada ödeme güçlüğü sebebiyle çoğunlukla tahsil edilememektedir. Oysa sigortacı kendisine başvuru yapılan tarihte ödemeyi gerçekleştirmiş olsaydı zararın büyük bir çoğunluğu sigorta teminat limiti kapsamında kalabilecekti ve bu şekilde zorunlu trafik sigortasından beklenen amaca ulaşmak mümkün olacaktı. Ancak hüküm tarihine en yakın tarihte hesaplanan sigorta tazminatı, para değerindeki değişimler sebe-

⁶² Yargıtay HGK, 824/134, 14.03.2012 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 05 Nisan 2024.

biyle teminat limitinin neredeyse üç katını bulabildiğinden trafik sigortası sigortalıya ve zarar görene amaçlanan asgari teminatı sağlayamamaktadır.

Kanaatimizce taraflar arasında hak ve çıkarların karşılıklı dengelenmesi ve trafik sigortasından beklenen amaca ulaşılabilmesi için Yargıtay'ın kısmi ödemenin güncellenmesine esas oluşturan hususların, teminat limitinin değer aşınmalarında da aynen kabul edilmesi ve bu gerekçelerle teminat limitinin güncellenmesi gerekmektedir. Ödemeden kaçınılmış olması, teminat limitinin hesaplanan tazminat miktarının altında kalmasına, bu sebeple sigortacının limitin üstünde kalan kısım kadar yarar elde etmesine ve malvarlığında haksız artış sağlamasına neden olmaktadır. Enflasyon karşısındaki değer kaybı, sigortacıyı borca aykırı davranışından kazançlı çıkarmakta ve tazminatın geç ödenmesini cazip kılmaktadır. Diğer yandan baktığımızda ise sigorta şirketleri, prim tarifelerini enflasyon artışlarına göre ayarlayarak gelecekteki tazminatları karşılayacak fonlar oluşturmaktadır. Etkin bir fon yönetimiyle prim ve yatırım gelirlerini verimli bir şekilde kullanarak karlılıklarını artırmakta ve enflasyon artışlarına rağmen mali karlılıklarını koruyabilmektedir⁶³. Bu tablo karşısında sigorta teminat limitinin güncellenmeden aynen kabul edilmesi kısmi ödemenin tazminattan aynen indirilmesinde olduğu gibi adalet ve hakkaniyet duygularını incitmektedir. Bu sebeple yetersiz ödeme halinde uygulanan güncelleme yöntemlerinin temerrüt sebebiyle tazminatın sigorta limitinin altında kalması halinde de aynen kabul edilmesi hakkaniyetli sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca, alternatif çözüm yöntemlerinin daha işlevsel olabilmesi için de bu yönetime ihtiyaç duyulmaktadır.

Yukarıda izah edilen tüm nedenler ve hukuki açıklamalar ışığında sigorta limitinin uzun süren yargılamalara rağmen güncellenmeden aynen kabul edilmesinin hakkaniyetsiz sonuçlar doğuracağı açıktır. Bu sebeple sigortacının temerrüde uğradığı tarihteki verilere göre hesaplanan tazminat ile teminat limitleri karşılaştırılarak zararın ne oranda teminat kapsamında kalabileceği belirlenmeli ve en son verilere göre hesaplanan tazminatın bu oranda sigortacı tarafından karşılanmasına hükmedilmelidir (ikinci güncelleme yöntemi). Kanaatimizce sigorta teminat limitine bilirkişi rapor tarihine kadar faiz işletmek suretiyle bir güncelleme yöntemi izlemek yerine (birinci güncelleme yöntemi) sigorta limitinin temerrüt tarihinde hesaplanan zarar miktarına yüzde olarak oranlanması⁶⁴ ve bu oranda sorumlu tutularak hüküm kurulması daha adil sonuçlar

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Necla Tunay ve K. Batu Tunay, 'Türkiye'de Enflasyonun Sigorta Şirketlerinin Performansına ve Prim Üretimlerine Etkileri' (2023) 8(1) Ekonomi Politika ve Finans Araştırmaları Dergisi 59, 59-82.

⁶⁴ Temerrüt tarihinde teminat limiti zararın tamamını karşılıyor ise tüm zarar bakımından sigortacı aleyhine hüküm kurulması gerekir.

doğuracaktır. Bu yaklaşım ile enflasyon sebebiyle para değerindeki değişimler karşısında matematiksel kesinlik sağlanabilmekte⁶⁵ ve sigortacının ödemediği tazminat miktarının malvarlığındaki haksız artışı engellenebilmektedir.

Sigorta teminatının güncellenmesine ilişkin yöntemin sürekli olarak uygulanabilirliğinin sağlanabilmesi için bu yönde hukuki bir düzenlemeye gidilmesi de oldukça önem arz etmektedir; sigorta limitinin temerrüt tarihinde hesaplanan zarar miktarına oranlanması ve bu oranda sorumlu tutulmasını öngören bir hükmün Kanunda ve kanuna aykırılık teşkil etmeyecek şekilde genel şartlarda yer verilmesi bu meselenin çözümüne oldukça katkı sağlayabilecektir.

4. Enflasyon Sebebiyle Temerrüt Faizini Aşan Zararın Munzam Zarar Kapsamında Değerlendirilmesi

Para değerindeki düşüşün temerrüt faizinden fazla olduğu hallerde sigortacının ödediği tazminatın ve temerrüt faizinin riziko sonucu meydana gelen zararı karşılamadığı durumlarda sigortalının ve zarar görenin uğramış olduğu zararın, munzam zarar kapsamında olup olmadığının saptanması, enflasyonun sigorta hukukunda yarattığı sorunların çözümü bakımından oldukça önemlidir.

Munzam zarar, borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının alacağını faizi ile birlikte almasına rağmen, yine de karşılanamayan zararını ifade etmektedir⁶⁶. Bu zararın talep edilebilmesi için para borcunun varlığı gerekli olup borcun kaynağı önem arz etmemektedir⁶⁷.

Munzam zarar Türk Borçlar Kanunu'nun 121/1. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre alacaklı temerrüt faizini aşan bir zarara uğrarsa, borçlu kendi kusursuzluğunu ispat etmedikçe, bu zararı gidermekle yükümlüdür⁶⁸. Alacaklının yararına bir kusur karinesine yer verilmiştir. Borçlunun sorumluluk-

⁶⁵ Sigortacının yapmış olduğu kısmi ödemenin oran yöntemiyle güncellemesinin matematiksel kesinlik sağladığı yönündeki görüş için bkz. Çelik (n 33) 791.

⁶⁶ Eren (n 28) 1130; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınevi 2021) 930; Abdülkerim Yıldırım, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Monopol Yayınları 2024) 284; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt 3 (Yetkin Yayınları 2022) 2393; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (Güncellenmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 534.

⁶⁷ Akar Öçal, 'Munzam Zarar' (1967) 3(1) Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 144, 148-149; Yargıtay HGK, 2800/1629, 9.12.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 14 Mart 2024.

⁶⁸ Eren (n 28) 1132; Emin Zeytinoğlu, 'Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar' (2005) 4(8) İTÜSBD 253, 257.

tan kurtulabilmesi için temerrüde düşmekte hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir⁶⁹.

Munzam zararın alacaklı tarafından talep edilebilmesi için para borcunun geç ödenmesi sebebiyle meydana gelen zararın temerrüt faizinden fazla olması ve bu hususun alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekir⁷⁰. Munzam zararın ispatı bakımından oldukça tartışma yaratan husus, temerrüt tarihi ile fiili ödeme tarihi arasında enflasyon sebebiyle para değerindeki düşüşün zararın ispatı bakımından yeterli olup olmayacağıdır. Bu hususun saptanması, paranın değer kaybı sebebiyle oluşan zararın munzam zarar olarak değerlendirilmesi bakımından oldukça önemlidir. Borçlunun temerrüdü tarihinden borcun ödendiği tarihe kadar olan dönemde para değerindeki kaybın yasal temerrüt faizinden fazla olmasının zararın ispatı bakımından yeterli kabul edilmesi, uzun yargılamalar sonucunda enflasyon karşısında oldukça değer kaybetmiş tutarlarla karşılaşan zarar gören ve sigortalı bakımından büyük bir koruma sağlayacaktır. Bu konuya ilişkin doktrinde ve uygulamada iki farklı görüş benimsenmiştir;

Bir görüş, uzun süre ödeme yapılmaksızın paranın değersizleştirilmesinin munzam zarar oluşturduğunu, bu konuda fiili bir karinenin var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ve alacaklının paranın alım gücündeki azalmaya bağlı zararının resmi istatistiki verilerle kanıtlanmasının mümkün olduğunu savunmaktadır⁷¹.

İkinci bir görüş ise paranın değer kaybına uğraması sebebiyle ortaya çıktığı iddia edilen zararın alacaklı tarafından somut delillerle ispat edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu sebeple alacaklının zamanında alacağına kavuşmuş olması halinde bu alacağını değer kaybına uğramayacak şekilde değerlendirebilece-

⁶⁹ Andheas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2* (Cevat Edege çev, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası 1983) 618, 619; Eren ve Dönmez, (n 66) 2394; Oğuzman ve Öz (n 66) 536. Bu yönde Yargıtay, kararı için bkz. Yargıtay HGK, 2800/16, 9.12.2021 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz (n 66) 535; Eren (n 28) 1131; Eren ve Dönmez (n 66) 2396. Munzam zarar, asıl borçtan bağımsız bir borç olması sebebiyle müstakil bir davaya konu edilebilir Eren (n 28) 1132; Eren ve Dönmez (n 66) 2397.

⁷¹ Serdar Demirci, 'Ticari İşlerde Faiz ve Sigorta Sözleşmelerine Yansımaları' (2023) 29(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 495, 524; Şebnem Nebioğlu Öner, 'Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar' (2023) (165) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105, 132; Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Yayıncılık 1992) 212, 213; Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Beta Yayıncılık, 2012) 378.

ğini somut olarak ortaya koyması gerektiği belirtilmiştir⁷². Örnek vermek gerekirse alacaklının ödeme yapılmadığı için döviz üzerinden borçlandığını veya kredi çekmek zorunda kaldığını ve zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Tek başına yüksek enflasyon, temerrüt faizini aşan zararın ispatı için yeterli görülmemiştir.

Uygulamaya baktığımızda 2018 yılı öncesinde Yargıtay⁷³, ağırlıklı olarak munzam zararın ispatında enflasyon, devalüasyon, altın fiyatlarındaki artış veya döviz artışı gibi genel piyasa koşullarından yola çıkılmayacağını, temerrüt faizi ile karşılanamayan zararların somut olarak ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 21.12.2017 tarihli ve 2014/2267 başvuru numaralı kararı⁷⁴,

⁷² Eren ve Dönmez (n 66) 2395; Gümüş (n 66) 930-931; Namık Kemal Uyanık, 'Aşkın Zarar ve Hesaplanması' (2018) 92(4) İstanbul Barosu Dergisi 116, 128-129; Zeytinoğlu (n 68) 262; Akçaal, munzam zararın soyut ispatını yeterli kabul edilmesinin 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanununda yer alan temerrüt faizine ilişkin oran hükmünün fiilen uygulamadan kaldıracağını, bunun yerine faiz orana ilişkin kanunda bir değişikliğe gidilmesinin ve değişken faiz oranının tercih edilmesinin gerekli olduğunu savunmuştur. Mehmet, Akçaal, 'Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar' (2022) 12(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1069, 1089, 1095.

⁷³ Yargıtay 15. HD, 1049/2737 12.05.2016: "Dava konusu somut olaydaki çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlaması gerekir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememektен ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (T.B.K. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez." <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024. Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK, 668/798, 31.10.2007; Yargıtay 17. HD, 13329/9629 01.11.2016; Yargıtay 17. HD, 6380/1111 28.1.2016 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi mezkur kararında "... konu uyuşmazlıkta, başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklendiği, bu tesbite rağmen derece mahkemelerinin başvurunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine de-

Yargıtay'ın bazı Dairelerinde⁷⁵ içtihat değişikliğine yol açmıştır. Kararda paranın enflasyon karşısında değer kaybetmesinden kaynaklı munzam zarar taleplerinin değerlendirilmesinde soyut ispat yeterli görülmüş ve yüksek enflasyonun olumsuz etki ve sonuçlarının herkesçe kabul ve beyan edilen maruf ve meşhur bir olgu olduğu, bu sebeple ispatına gerek olmayan vakıalar olduğu vurgulanmıştır.

Piyasa koşullarında ödenmesi gereken sigorta tazminat tutarları temerrüt faizine rağmen gerçek zararı karşılamaktan çok uzak kalmakta ve bu sebeple bazı hallerde sigorta şirketleri tarafından uzun yargılamalar tercih edilmektedir. Hatta arabuluculuk görüşmelerinde uzun süren yargılamalar sebebiyle paranın değer kaybedeceği tehdidi ile kişiler düşük miktar için uzlaşmaya davet edilmektedir. Bu sebeplerle sigortacının dürüstlük kurallarına aykırı olarak süre uzatma eğilimleri sonucu oluşan değer kayıplarının munzam zarar kapsamında değerlendiril-

ğ erlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılamanın yapılmasına karar verilmiş olup munzam zararın soyut ispatının yeterli olduğu....” belirtilmiştir. Bkz. AYM Ano İnceleme ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267 21.12.2017 (RG. 25.01.2018, S. 30312).

⁷⁵ Yargıtay, 11. HD, 1512/3201, 29.04.2019: “Kural olarak munzam zarar alacaklısı, öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Borçlu ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu itibarla, munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Ülkemizde süregelen enflasyonun belli yıllarda yüzde yüzlerde seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin (kurların) her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı, banka kredileri faizlerinin yüzde iki yüze kavuştuğu, paranın iç alım (satım) alma değerinin büyük ölçüde azaldığı tartışmasız ve yaşanan bir gerçek olduğu çok açıktır. Böyle bir enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması, örneğin en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Gerçekte de anlatılan enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını âtil biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün de doğal bir sonucudur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu taktirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir.

Munzam zararın enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde doğmuş olması halinde ise, ispat yükü bakımından durum farklı olup, buna ilişkin Dairemiz'in uygulaması, alacaklının munzam zararını somut olarak kanıtlaması gerektiği yönündedir.” <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024; Aynı yönde karar için bkz. İstanbul 19. Asliye Ticaret Mahkemesi, 564/605, 2.10.2023; Yargıtay 15. HD, 967/859, 15.03.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 16 Nisan 2024.

mesi, kanaatimizce taraflar arasında sigortalı ve zarar gören aleyhine bozulan dengenin tekrardan sağlanması bakımından gereklilik arz etmektedir. Alacağın enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödenmesine rağmen hâlâ sigortalının zararını ayrıca ispatlaması gerektiği yönünde katı bir yorumla gidilmesi sigortalıya olağanüstü bir külfet yüklemektedir. Temerrüt faizi oranıyla enflasyon oranı arasındaki farkın munzam zarar olarak talep edilemeyeceği yönündeki yerleşik uygulamanın Anayasal hak ihlali olduğu yönünde Anayasa Mahkemesi kararıyla birlikte ekonomik koşullar, enflasyon baskısı sürdüğü süreçte, maruf ve meşhur vakıa niteliğinde kabul edilmelidir. Paranın değer kaybı, oluşan zararlar bakımından alacaklı lehine fiili bir karine kabul edilmeli ve aksinin sigorta şirketleri tarafından ispatlanmasına imkân tanınmalıdır.

Trafik kazaları sonucu oluşan araç hasarlarının tazmininde riziko anındaki değer esas alınmaktadır. Sigortacının veya araç işleten geç ödeme gerçekleştirilmesi sebebiyle zarar gören çoğunlukla araç hasarını ödenen tutar üzerinden karşılayamamakta veya hasarın giderilmesine yönelik yapmış olduğu masraflara enflasyonda değer kaybetmiş bir şekilde ulaşabilmektedir. Zarar görenin munzam zararının ispatında enflasyon olgusundan yararlanması, araç hasarlarının tazmininde gecikme eğilimini azaltacak, bu şekilde yargısal iş yükünün seyrini de belirleyici bir şekilde etkileyecektir.

Trafik kazası sonrası araç hasarı dışında karar tarihine en yakın tarihteki ve rilerin esas alınarak hesaplama yapıldığı zarar kalemleri (sürekli iş göremezlik, destekten yoksun kalma) bakımından sadece temerrüt faizi ile giderilemeyen munzam zarar sorunu değil sigortacının temerrüde uğradığı tarihte teminat limiti kapsamında kalan zararın, hüküm tarihinde teminat limitinin çokça altında kalma sorunu gündeme gelmektedir. Bu durumda sadece zarar görenin alacağını tahsil edememesi veya geç kavuşması sorunu ile değil, sigortalının sigorta sözleşmesi ile güvence altına aldığı menfaatin enflasyondan etkilenmesi ve sigorta teminat limiti üstünde kalan miktardan tek başına sorumlu olması sonucuyla karşılaşılmaktadır. Kanaatimizce sigortacının temerrüde uğradığı tarihte zarar görenin zararını karşılamayarak sigortalının yapmış olduğu zorunlu mali mesuliyet sigortasından yararlanmasının engellenmesi ve yarattığı sonuçlar munzam zarar kapsamında değerlendirilmelidir. Şöyle ki, sigortacı trafik sigortası ile işletenin motorlu bir aracı işletmesiyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan doğan sorumluluğunu teminat altına almaktadır. Böyle bir rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortacının tazmin etmeyi üstlendiği borç, bir para borcudur. Bu para borcunun zamanında ödenmemesi sebebiyle temerrüt faizi

aşan bir zarar ortaya çıkmış ise bu *zarar*, temerrüt tarihinde teminat limiti kapsamında kalan ancak sigortacının temerrüdü sebebiyle sigorta teminat limitinin üstünde kalan miktardır. Sigortacı, trafik kazası sonucu oluşan zararı temerrüde uğradığı tarihte tazmin etmemesi sebebiyle sigortalının ek zarara uğramasına sebep olmuştur. Güncel verilerin esas alınarak hesaplanan zarar kalemleri bakımından artık somut ispatın gerçekleştiğini de kabul etmek gerekir. Çünkü basit bir hesaplama yöntemiyle sigortacının hüküm anında ödemek zorunda olduğu tutar ile temerrüt tarihinden itibaren işleyen faizin toplamının temerrüt tarihindeki güvenceyi sunmadığı hesaplanabilmektedir.

Son olarak doktrinde⁷⁶, munzam zararın ispatı için yüksek enflasyon, döviz artışı gibi piyasa koşullarının referans alınmasının yeterli olduğu yönündeki görüşün aslında sabit ve düşük olan temerrüt faizinin yarattığı eksikliği gidermek amacıyla ortaya çıktığı, teorik açıdan kabulü mümkün olmayan bu görüş yerine 3095 sayılı Kanunda değişikliğe gidilmesi⁷⁷ ve değişken faiz oranının tercih edilmesinin daha kalıcı ve esnek bir çözüm yaratacağı savunulmuştur. Kanaatimizce de Kanunda böyle bir değişikliğe gidilmesi, temerrüt faiziyle karşılanamayan zararların oluşmasını engelleyecek ve borçlunun zamanında ödeme yapmasını teşvik edecektir. Bu sebeple de taraflar arasında dengeyi sağlayabilmek ve hakkaniyetli sonuçlar doğurabilmek için munzam zarar müessesesine ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak gelinen noktada uzun yıllardır doktrinde bu hususa defalarca vurgu yapılmasına rağmen Kanunda bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu sebeple de mevcut durumda enflasyonun yarattığı tahrifatın giderilmesi ihtiyacı varlığını sürdürmektedir.

Yukarıda izah edilen tüm nedenler ve hukuki açıklamalar ışığında sigorta sisteminin güvenilirliğini ve etkinliğini arttırabilmek için geç ödenen ve gerçek zararın oldukça gerisinde kalan tazminat ödemeleri sebebiyle oluşan munzam zarardan sigorta şirketleri sorumlu tutulmalıdır.

⁷⁶ İnci Kaner, 'Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunda Temerrüdü ve Munzam Zarar Meselesi' in Özlem Söğütlü Erişgin (ed), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın, 2001) Tartışmalar 17 (Bu çalışmanın Tartışmalar bölümünde Çetin Aşçıoğlu tarafından mezkûr görüş ileri sürülmüştür); Akçaal (72) 1095; Özgür Duman, 'Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 401, 455.

⁷⁷ Munzam zararın soyut ispatının yeterli olduğu görüşünün benimsenmesinin 3095 sayılı Kanunda öngörülen temerrüt oranının fiilen devre dışı bırakacağı görüşü savunulmaktadır. Kanaatimizce munzam zarar bakımından kusur şartının aranması, kanunda faiz oranına ayrı bir uygulama alanı bırakacaktır. Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman ve Öz (n 66) 536 dp. 104.

Sonuç

Yargı içtihatları, trafik kazası sonucu meydana gelen zararların enflasyon sebebiyle trafik sigortası teminat limitlerinin altında kaldığını ve sigorta şirketlerinin borca aykırı davranışlarından kazançlı çıktığını göstermektedir. Zarar gören üçüncü kişilerin ve sigortalının korunmasını amaçlayan trafik sigortasının işlevini sürdürebilmesi için sigorta teminat limitlerinin Bakanlıkça enflasyon koşulları öngörülerek belirlenmesi ve tatmin edici seviyelere ulaştırılması sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır.

Dava öncesi sigortacı tarafından yapılan kısmi ödemenin güncellenmesine esas oluşturan gerekçeler, trafik sigortası teminat limitinin uzun süren yargılamalara rağmen aynen esas alınmasında de ortaya çıkabilmektedir. Yargılamalar sonucunda sigortacı tarafından geç ödeme gerçekleştirdiği için en son verilere göre hesaplanan tazminatın tamamından değil çoğunlukla enflasyon karşısında aşırı değer kaybına uğramış teminat limiti ile sorumlu tutulmaktadır. Enflasyon karşısındaki değer kaybı, sigortacıyı borca aykırı davranışından kazançlı çıkarmakta ve tazminatın geç ödenmesini cazip kılmaktadır. Kısmi ödeme halinde uygulanan güncelleme yönteminin (oransal güncelleme) sigortacının temerrüdü sebebiyle tazminat miktarının sigorta limitinin altında kalması halinde de aynen kabul edilmesi, sorunun çözümüne katkı sağlayacaktır.

Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin munzam zararın ispatında enflasyon olgusunu dikkate alması ve soyut ispatı yeterli görmesi, trafik sigortasının işlevselliğinin yeniden kazanılması açısından önemli bir adımdır. Sigorta tazminatının geç ödenmesi sebebiyle zarar gören kişinin ve sigorta sözleşmesiyle menfaati korunan araç işletenin temerrüt faizi ile karşılanamayan zararlarının ispatında yüksek enflasyonun olumsuz etki ve sonuçları, herkesçe kabul ve beyan edilen maruf ve meşhur bir olgu kabul edilmeli ve aksinin sigorta şirketleri tarafından ispatlanmasına imkân tanınmalıdır.

Kaynakça

- Adal E, 'Motorlu Taşıtların Kazalarına Karşı Mecburi Mali Sorumluluk Sigortası' (1964) 30(3-4) İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 861-896.
- Akçaal M, 'Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar' (2022) 12(2) SDÜHFD 1069-1099.
- Altınok Ormanlı P, *Zararı Azaltma Külfeti* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (Legal Yayıncılık 2017).
- Arslan AS, 'Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları' (2010) (88) TBB Dergisi 195-224.
- Arslan MH, 'Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Kararı Hakkında İlk Tespitler' in Başak Baysal ve Nilay Arat (eds), (2021) KHAS Hukuk Bülteni 2020-2021 Akademik Yılı Derlemesi (On İki Levha Yayıncılık 2021) 38-43.
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı Yayıncılık 1992).
- Berberoğlu Yenipınar F, *Kasko Sigortası İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortası* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- , *Trafik Kazalarında Tazminat Davaları* (Güncellenmiş 36. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024).
- Birinci Y, 'Enflasyon, Para Politikası ve Stratejileri' (1989) 47(1-4) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 19-30.
- Bozer A, *Sigorta Hukuku* (Ankara 1965).
- Çeker M, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Karahan Kitabevi 2017).
- Çelik ÇA, 'Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları' (2016) 22(3) MÜHD-HAD 765-802.
- , *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu* (Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Çetintaş Ö, *Trafik ve İş Kazalarından Kaynaklanan Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Demirci S, 'Ticari İşlerde Faiz ve Sigorta Sözleşmelerine Yansıması' (2023) 29(1) MÜHF-HAD 495-529.
- Duman Ö, 'Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı' (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 401-462.
- Düzgün Aslan Ü, 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı' (2013) 30(3) BATİDER 189-216.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt 3 (Yetkin Yayınları 2022).
- Gökyağla KE, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı* (Seçkin Yayıncılık 2004).

- Görgülü F, 'Zarar Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınevi 2021).
- Gürgen O, 'Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi' (2020) TAAD 11(41) 463-482.
- Havutçu A ve Gökyayla KE, *Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukukî Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık 1999).
- Kaner İ, 'Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunda Temerrüdü ve Munzam Zarar Meselesi' in Özlem Söğütlü Erişgin (ed), *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın, 2001).
- Karahasan MR, *Tazminat Hukuku-Maddi Tazminat* (Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Baskı, Beta Basım Yayın 2001).
- Karasu R, *Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası* (Yetkin Yayınları 2016).
- Kayıhan Ş, 'Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS= Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru ile Vefatı Halinde Mirasçılardan Üçüncü Kişi Sıfatıyla Mütteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler' (2016) 22(1) MÜHF-HAD 251-264.
- Kender R, 'Motörlü Kara Nakil Vasıtalarının İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortasında Zarar Gören Şahıs Türk Hukukunda Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkına Sahip Midir?' (1974) 39(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221-245.
- , 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2017) 13(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8-46.
- , *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (17. Baskı, Filiz Kitabevi 2021).
- Keser Y, 'Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı' (2021) 18(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1037-1055.
- Mevci E, 'Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi (II)' (1984) 10(4) Yargıtay Dergisi 482-508.
- Nebioğlu Öner Ş, 'Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar' (2023) (165) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105-135.
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Basım Yayın 1996).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1(Güncellenmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020).
- Öçal A, 'Munzam Zarar' (1967) 3(1) Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 144-158.
- Özsunay E, 'Trafik Sigortasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı' (1975) 32(2-4) V. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası 906-933.

- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Baskı, Beta Yayıncılık, 2012).
- Ruhi C ve Ruhi AC, *Trafik Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluk* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Savaş FB, 'Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı' (2008) TBB Dergisi 121-148.
- Şeker Öğüz Z, 'Sorumluluk Sigortalarında Zamanaşımı', in Samim Ünan ve Emine Yazıcıoğlu (eds), *Sigorta Hukuku Sempozyumları* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Şenocak K, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Turhan Kitapevi 2000).
- Tandoğan H, 'Trafik Kazalarında Mecburi Mali Mesuliyet Sigortası Manevi Zararı da Karşılar mı?' (1966) 3(3), BATİDER 545-548.
- Tepedelen Z, *Zorunlu Sigortalarda Güvence Hesabı* (5. Baskı, Adalet Yayınları, 2017).
- Tunay N ve Tunay KB, 'Türkiye'de Enflasyonun Sigorta Şirketlerinin Performansına ve Prim Üretimlerine Etkileri' (2023) 8(1) Ekonomi Politika ve Finans Araştırmaları Dergisi 59-82.
- Ulaş I, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (Mal ve Sorumluluk Sigortaları)* (8. Baskı, Turhan Kitapevi 2012).
- , 'Yeni Zorunlu Trafik Sigortası Genel Şartlarına Göre Bu Sigortanın Kapsamı, Teminat Türleri ve Özellikle Destek Teminatı' (2015) 31(2) BATİDER 5-36.
- Uluğ Cicim İ, 'Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı' (2011) 1(1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-117.
- Uyanık NK, 'Aşkın Zarar ve Hesaplanması' (2018) 92(4) İstanbul Barosu Dergisi 116-134.
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanununun Şerhi Altıncı Kitap-Sigorta Hukuku, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler*, Cilt 2 (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- Von Tuhr A, *Borçlar Hukuku Cilt 1-2* (Cevat Edege çev, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası, 1983).
- Yıldırım A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Monopol Yayınları 2024).
- Zeytinoğlu E, 'Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar' (2005) 4(8) İTÜSBD 253-263.

İnternet Kaynakları

- <<https://www.lexpera.com.tr/literatur/sempozyum-makaleler/sigortacinin-sigorta-tazminatini-odeme-borcunda-temerrudu-ve-munzam-zarar-meselesi-tartismalar-9-24-1/1>>.
- <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.
- <<https://legalbank.net>>.
- <<http://relevancy.bger.ch>>.
- <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201009-17.pdf>>.
- <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/02/20230214-7.pdf>>.
- <www.lexpera.com>.

Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi İmtiyazı^(*)

Arş. Gör. Dr. Selman Yavuz GÖKCE^(**)

Öz

Saf bir sermaye şirketi olan anonim şirkette çoğunluk ve oransallık ilkeleri geçerlidir. Doktrinde “ne kadar sermaye, o kadar hak (*soviel Kapital, soviel Rechte*)” şeklinde özetlenen bu ilkeler dolayısıyla, sermayenin çoğunluğuna sahip olan pay sahipleri anonim şirket genel kurullarında diledikleri kararları çıkarmaya gücü yeter konumdadır. Özellikle, şirketi yönetmeye ve temsil etmeye tam yetkili olan yönetim kurulunun seçiminde nitelikli bir çoğunluğun aranmaması, çoğunluk pay sahiplerinin istediği kişiyi yönetim kurulu üyesi olarak atmasını daha da kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle azınlıkta kalan pay sahiplerinin şirketin işleyişine olan ilgisi azalmakta, anılan pay sahipleri giderek şirketten uzaklaşmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile getirilen önemli yeniliklerde birisi belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine olanak sağlayan TTK m. 360 hükmüdür. Mezkur hükme göre belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulu üyeliği için aday önerme veya yönetim kurulu üyesinin bunlar arasından seçilmesi hakkı tanınabilir. Hangi yöntemin tanınmış olmasına bakılmaksızın, belirli gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmışsa, genel kurul bu hakka riayet etmek zorundadır. Bu zorunluluğun sınırı ise haklı sebeplerin varlığıdır. Haklı sebep olmadığı halde, genel kurul bu hakka riayet etmezse genel kurul kararının iptali mahkmeden talep edilebilecektir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Belirli Pay Grupları, Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Grup Oluşturan Pay Sahipleri, Azlık, İmtiyaz.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2024.

Atıf Şekli: Selman Yavuz Gökce, ‘Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi İmtiyazı’ (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 667, 697.
DOI: 10.52273/sduhfd..1473619.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: yavuzgokce@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0027-6803>.

Privilege of Representation of Certain Groups in the Board of Directors of Joint Stock Companies

Abstract

In a joint stock company, which is a pure capital company, the principles of majority and proportionality apply. As a result of these principles, which are summarized in the doctrine as “the more capital, the more rights”, the shareholders holding the majority of the capital are in a position to pass the resolutions they wish in the general assemblies of joint stock companies. In particular, the fact that a qualified majority is not required for the election of the board of directors, which is fully authorized to manage and represent the company, makes it even easier for majority shareholders to appoint whoever they want as a board member. Therefore, the interest of minority shareholders in the functioning of the company diminishes and these shareholders gradually move away from the company.

One of the important innovations introduced by Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 is TCC 360, which allows certain groups to be represented on the board of directors. Pursuant to the aforementioned provision, specific share groups, specific shareholders groups and the minority may be granted the right to propose candidates for board membership or to elect the board member from among them. If certain groups are granted the right to be represented on the board of directors, regardless of which method is recognized, the general assembly must observe this right. The limit of this obligation is the existence of good cause. If the general assembly fails to observe this right without good cause, the annulment of the general assembly resolution may be requested from the court.

Keywords

Joint Stock Company, Board of Directors, Specific Share Groups, Shareholder Group Specific by Its Characteristics and Nature, Minority, Privilege.

Extended Summary

The majority shareholders in the company can appoint all members of the board of directors at the general assembly. Due to the adoption of the majority principle in the election of board members, the minority cannot determine the members of the board of directors even in proportion to its capital participation. In order to overcome these drawbacks, special provisions have been included in the articles of association in order to allow the representation of minority or individual shareholders in the management body of the company. Later on, these rights were recognized by legal systems and put on a legal basis. The new TCC No. 6102 explicitly regulates this issue. Pursuant to TCC 360 with the sub-title "Representation of certain groups in the board of directors", certain share groups, shareholders who constitute a certain group with their characteristics and qualifications, and the minority are entitled to be represented in the board of directors, provided that it is stipulated in the articles of association.

TCC 360 sets forth the groups that may be entitled to be represented in the board of directors. These are "specific share groups", "Shareholder Group Specific by Its Characteristics and Nature and qualifications" and "minority". "Specific shareholder groups" is the first group that may have the opportunity to be represented in the board of directors under TCC 360. The provision does not bring any innovation, but only brings a positive regulation to the case law of the Court of Cassation during the former TCC period. In terms of our law, it is possible to determine the specific share group that will be entitled to be represented in the board of directors by the articles of association as desired. What is important here is to concretize the share groups sufficiently. The situation is different under Swiss law. According to OR 709, each share group must be granted the right to be represented on the board of directors only if there are privileged shares in voting or property rights. The right to be represented in the board of directors, which is granted to shareholders who constitute certain groups with their characteristics and qualifications, is a completely new institution. The innovation stems from the fact that the privilege is granted to the shareholder, not the share. In order to create a certain group of shareholders, the characteristics and qualifications of the shareholders must be clearly defined in the articles of association. In Swiss law, this concept is interpreted very broadly and it is argued that any criterion that may lead to the formation of a group among shareholders is sufficient. This approach may also be adopted in our law. Pursuant to TCC 360, the last group that may be entitled to be represented in the board of directors is the minority. This regulation is also new. In order to exercise the right to be represented in the board of directors, the minority must be well defined in the articles of incorporation. However, it is stated in the doctrine that this provision is not applicable.

There are two methods for recognizing the right to be represented on the board of directors: One is the election of the board member from among the group to which the right is granted, and the other is the nomination of candidates to the board by the group to which the right is granted.. The method of electing board members from among the shareholders belonging to the privileged group is straightforward. In this method, the general assembly has the right of preference, and it is sufficient for the general assembly to elect the board member from among the shareholders of the

group to which the right is granted. Accordingly, the general assembly is completely free to choose among the shareholders belonging to the group. It is obligatory for the general assembly to comply with this right, i.e. to elect the number of board members stipulated in the articles of association from among the shareholders of the group to which the right is granted. However, the existence of good cause is the limit of this obligation. Shareholders belonging to the group that is entitled to propose a candidate to the board of directors must hold a meeting to exercise this right and determine the candidate. However, there is no explicit regulation in the TCC on how and in what manner this meeting shall be held. At this point, the doctrine states that a meeting shall be held in order to exercise the right to propose a candidate and that the provisions regarding general assembly meetings may be applied to this meeting to the extent appropriate to its nature. In our opinion, the meeting quorum should not be required for this meeting. However, in terms of the quorum, the majority of the votes present must be present. It should be noted here that the legislator has introduced a numerical limitation for the election of members within the context of the privilege of representation in the board of directors. Indeed, pursuant to TCC 360/1, the right to be represented in the board of directors, which may be granted through both methods, cannot exceed half of the number of board members in public joint stock companies.

The limit of the right to be represented is good cause. If there are good cause for not electing the proposed candidate or the shareholders belonging to the privileged group as a member of the board of directors, the general assembly may not elect such candidate. However, if the candidate proposed by the group entitled to representation is not elected without a justified reason, a violation of law will occur. An action for annulment may be filed against the decision of the general assembly not to elect a person from among the group entitled to be represented in the board of directors or the candidate nominated by the referred group without a good cause.

Giriş

Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde, anonim şirket yönetim kurulunun seçimi hususunda tek yetkili olarak genel kurul kabul edilmiş ve bu yetkinin başka bir organa devredilmesi yasaklanmıştır¹ (TTK m. 408/2, b). Buna ilaveten yönetim kurulu üyelerinin seçimi de basit yeter sayılara bağlanmıştır (TTK m. 418). Bu bağlamda, genel kurul toplantılarında ve özellikle yönetim kurulu üyelerinin belirleneceği toplantılarda temsil edilen oyların çoğunluğunu² elinde bulunduran pay sahibi veya pay sahiplerinin yönelimleri doğrultusunda karar alınır. Bu durum ise diğer pay sahiplerinin şirket yönetiminden uzaklaşmasına, genel kurul toplantılarına olan ilgilerinin azalmasına ve giderek toplantılara katılımın azalmasına neden olmaktadır³.

Anılan nedenler doğrultusunda anonim şirkette sahip olunan sermaye açısından azınlık konumunda olan pay sahiplerinin korunması amacıyla bireysel haklar ve azınlık hakları olarak nitelendirilen bir takım özel hakların düzenlenmesi söz konusu olmuştur⁴. Ancak bu hakların etkin bir şekilde kullanılabilmesi, şirketin işleyişi hakkında bilgiye sahip olunmasını da gerektirdiğinden söz konu-

¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 390; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Yetkin Yayınları 2019) 302; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, (Adalet Yayınevi 2020) 385; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınevi 2019) 151, 239; Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 354.

² Kural olarak %50+1 olarak ifade edilen bu oran, pay sahibi sayısına ve sermayeye katılım oranına göre değişebilmektedir. Bundan dolayı özellikle pay sahibi sayısının oldukça fazla olduğu halka açık anonim ortaklıklarda bu oran %20'lere kadar düşebilmektedir [Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta Yayınevi 1999) 181 dñn 1]. Zira sermayenin çoğunluğunu elinde bulunduran küçük yatırımcı olarak adlandırılan pay sahiplerinin sayısının fazla olması bu pay sahiplerinin birlikte hareket edebilmesini güçleştirmekte ve bu pay sahiplerinin asıl amacının şirketin işleyişine katılmaktan çok kâr elde etmek oluşu da genel kurul toplantılarına olan ilgilerini azaltmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan güç boşluğundan faydalanarak azınlık şirketin yönetimini ele geçirebilmektedir. [İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt I (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013) 430]. Güç boşluğu kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2008) 7 ve orada dñn 8.

³ Mustafa Çeker, 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması' (2004) 13 (1) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 37, 37; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 181.

⁴ Gamze Turan, 'Anonim Şirketlerde Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz' (2007) 65 (4) Ankara Barosu Dergisi 125, 129, 130.

su pay sahiplerinin bu hakları zamanla anlamını yitirmekte ve pay sahipleri tamamen korumasız kalmaktadır⁵.

Yukarıda bahsedilen sakıncaları gidermek amacıyla, tarihsel süreç içerisinde şirket sözleşmelerine azınlığın veya münferit pay sahiplerinin şirket yönetim organında temsil edilmesine olanak sağlayan özel hükümler konulması yoluna gidilmiş, sonradan bu haklar hukuk sistemlerince tanınarak yasal zemine oturtulmuştur⁶. Türk hukuku bakımından 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK) döneminde söz konusu hakka ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktaydı. Ancak bu dönemde, kanunda herhangi bir yasaklama bulunmadığından ve ayrıca sözleşme özgürlüğü ilkesi anonim şirketler hukuku alanında da geçerli olduğundan⁷, şirket esas sözleşmelerine bu yönde bir hüküm konularak belirli pay gruplarının yönetim kurulunda temsiline olanak sağlanmaktaydı⁸. 6102 sayılı yeni TTK ise bu hususu açıkça düzenlemiştir. “*Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi*” kenar başlıklı TTK m. 360 uyarınca esas sözleşmede öngörülmek şartıyla belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmıştır^{9,10}.

⁵ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 182, 183.

⁶ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 183 ve orada dph 9.

⁷ Zira bugün TTK m. 340 uyarınca anonim şirket esas sözleşmesine her husus yazılamayacaktır.

⁸ Rauf Karasu, ‘Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı’ (2016) 2 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 31, 32; Çeker, ‘Yönetime Katılma’ (n 3) 7; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 218, 219.

⁹ Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanunu’nun (OR) 709. maddesinden alınmıştır (Madde Gerekeşi). OR Art. 709 şöyledir:

“(1) Bestehen in Bezug auf das Stimmrecht oder die vermögensrechtlichen Ansprüche mehrere Kategorien von Aktien, so ist durch die Statuten den Aktionären jeder Kategorie die Wahl wenigstens eines Vertreters im Verwaltungsrat zu sichern.

(2) Die Statuten können besondere Bestimmungen zum Schutz von Minderheiten oder einzelnen Gruppen von Aktionären vorsehen.

(1) Şayet oy hakkı veya malvarlığı haklarına ilişkin talepler açısından birden fazla pay kategorisi varsa, esas sözleşme, yönetim kuruluna en az bir temsilci seçmek imkânını her bir kategorideki pay sahiplerine sağlar.

(2) Esas sözleşme, azınlıkların veya münferit pay sahipleri gruplarının korunmasına yönelik özel hükümler öngörebilir”. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de> Erişim Tarihi 26 Şubat 2024.

¹⁰ Doktrinde, belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi, yönetim kurulu üyelerini atamaya yetkili kişiler açısından “*karma yapı*” şeklinde nitelendirilmiştir. Zira esas sözleşmede belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesine olanak sağlayan bir hüküm bulun-

I. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Amacı, Hukuki Mahiyeti ve Grup Temsilcisinin Hukuki Statüsü

A. Amacı

Anonim şirketlere hâkim olan ilkelerden birisi çoğunluk ilkesidir. Bu ilke geçince genel kurullarda alınacak kararlarda çoğunluk oyları aranır (TTK m. 418/2). Çoğunluk oyun nasıl belirleneceğini ise TTK m. 434 göstermiştir. Buna göre “*pay sahipleri, oy haklarını genel kurulda, paylarının toplam itibari değeri ile orantılı olarak kullanır*”. Bu hüküm de anonim şirketlere egemen olan ilkelere oransallık ilkesini karşımıza çıkarmaktadır¹¹. Anılan iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde anonim şirkette sermayenin çoğunluğuna sahip olan pay sahiplerinin şirkete etki edebilme imkânının yüksek olduğu, bu pay sahiplerinin şirketin politikalarına yön verebileceği sonucuna ulaşılabacaktır. Yönetim kurulu üyelerini seçmek, ibraları hakkında karar vermek ve onları görevden azletmek genel kurulun devredilemez yetkilerindedir (TTK m. 408/2, b). Tüm bu belirtilenler ışığında söylenebilir ki, bir şirkette oyların çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin hepsini diledikleri gibi belirleyebilecek ve diğer pay sahipleri bu duruma hiçbir şekilde müdahale edemeyecektir. İşte çoğunluk ve oransallık ilkelerinin şirket bünyesinde ortaya çıkardığı bu dezavantajlı durumların, TTK m. 360 ile düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ile giderilmesi öncelikli amaç olarak ortaya çıkmaktadır¹². Zira bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim isteme gibi diğer pay sahipliği hakları, bu hakların kullanımına yönetim kurulunun müdahale edebilmesi sebebiyle etkisiz kalmaktadır. Oysa azlığın TTK m. 360 vasıtasıyla yönetim kurulunda temsil edildiği durumlarda azlık, yönetim kurulundaki temsilcisi sayesinde yönetim işleri hakkında doğrudan bilgi sahibi olabilecek, kendi iradesinin yönetime aktarılmasını sağlayabilecek ve denetim hakkını daha verimli bir biçimde kullanabilecektir¹³.

duğu takdirde yönetim kurulu üyeleri her ne kadar genel kurul tarafından atanacaksa da normal atamaya kıyasla bu durumda genel kurulun yetkisine bir sınırlama getirildiğini kabul etmek gerekir. Bu sınır da genel kurulun, hak sahibi grup tarafından önerilen adayı veya hak sahibi gruba dâhil bir pay sahibini yönetim kuruluna seçmek zorunda olmasıdır [Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 426].

¹¹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 1) 246.

¹² Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 183 vd; Çeker, ‘Yönetime Katılma’ (n 3) 37.

¹³ Arslan Kaya, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001) 25; Ayhan Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 45; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 184.

Bu asıl amacın yanı sıra uygulamada çeşitli gayeler için de TTK m. 360'dan faydalandığı görülmektedir. Bunlardan ilki mevcut şirkete yapılacak yatırımları daha çekici kılmak amacıyla yatırım yapacak olan kişi veya kişilere yönetim kurulunda temsil edilme hakkının sağlanmasıdır. Söz konusu hakkın sağladığı imkân ile yatırımcı temin ettiği kaynağın nasıl ve ne şekilde kullanıldığını bizzat müşahade edebilecek ve gerektiğinde yönetime müdahale edebilecektir¹⁴. Bu sayede yabancı yatırımcı şirkete sermaye koymakta tereddüt etmeyecektir. Diğer bir amaç ise yönetim kurulunda hali hazırda var olan etkinliğin devam ettirilmek istenmesidir. Özellikle büyümek isteyen aile şirketlerinde başvuru bu yöntem sayesinde bir yandan şirkete dışarıdan sermaye akışı sağlanırken diğer yandan şirket üzerindeki kontrolün kaybı önlenmiş olur¹⁵.

B. Hukuki Mahiyeti ve Grup Temsilcisinin Hukuki Statüsü

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının hukuki niteliği ile grup temsilcisinin hukuki durumunun belirlenmesi, bunların tabi olacağı rejimin belirlenmesi açısından önemlidir¹⁶. Nitekim 6762 sayılı eTTK döneminde kanunda yönetim kurulunda temsil edilme hakkı açıkça düzenlenmediğinden bu hakkın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır¹⁷. Baskın görüş ve Yargıtay uygulaması, bu hakkın eTTK 401. maddesinde¹⁸ geçen “*sair hususlar*” ibaresi kapsamında bir imtiyaz olduğu yönündeydi¹⁹. Bugün ise yeni TTK, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayıldığını hükme bağlayarak bu hususu tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturmuştur (TTK m. 360/2)²⁰.

¹⁴ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 183.

¹⁵ Sami Karahan, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması* (Kazancı Kitap Ticaret AŞ 1991) 126; Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 187; Karasu (n 7) 33.

¹⁶ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 231.

¹⁷ Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat Kitapçılık 2016) 47.

¹⁸ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.6.1956, RG 9.7.1956/9353. eTTK m. 401: “*Esas mukavele ile bazı nevi hisse senetlerine kar payı veya tasfiye halindeki şirket mevcudunun dağıtılması ve sair hususlarda imtiyaz hakları tanınabilir*”.

¹⁹ Doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay kararları için bkz. Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 231 vd; Karahan (n 14) 127 ve orada dnp 6. Aksi görüş ve gerekçeleri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 240 vd.

²⁰ Bununla birlikte TTK'nın Ön-Tasarı'sında yönetim kurulunda temsil edilme hakkı imtiyaz olarak nitelendirilmemişti [Ersin Çamoğlu, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili' Halil Arslanlı Bilim Arşivi <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/ErsinCamoglu-Anonim-Ortaklik-Yonetim-Kurulunda-Belirli-Grupların-Temsili.pdf>> 1, 2 Erişim Tarihi 1 Mart 2024; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) 252].

Kanundaki ifadenin bu kadar açık olmasına rağmen, doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Nitekim *Baltalı* TTK m. 360 ile düzenlenen hakkın imtiyaz olmadığı görüşündedir. Yazar bu görüşüne dayanak olarak, TTK m. 478/3 hükmüyle TTK m. 360'ın saklı tutulmasının, TTK m. 360'ın imtiyaz sayılmadığını belirtmek anlamına geldiğini ifade etmiştir²¹. *Kaya*, imtiyazın paya bağlanabileceği gerekçesiyle belirli grup oluşturan pay sahipleri ile azlığa tanınan temsil edilme hakkının imtiyaz değil, grup hakkı olduğunu belirtmiştir²². Benzer şekilde *Moroğlu* da TTK m. 360'ta imtiyazın tanınacağı zikredilen son iki grubun paylarla değil, pay sahipleriyle ilişkili olduğunu ve bu nedenle bu gruplara tanınacak hakkın imtiyaz niteliğinde olmasının çelişkiye yol açacağını ifade etmiştir²³. Nihayet *Kendigelen* de tasarının ilk halinde açıkça imtiyaz olmadığı belirtilen bu hakkın tasarının son halinde imtiyaz olarak belirtilmesinin yeterince gerekçelendirilmediğini, bu durumun sorgulanabileceğini ve ayrıca mevcut hukuk bakımından belirli grup oluşturan pay sahipleri ile azlığın somut bir ayırım yapılmadan imtiyazdan faydalanamayacağını belirtmiştir²⁴.

Kanaatimizce, TTK m. 478/3 ile imtiyazın yalnızca paya tanınabileceğine yönelik ilkeye istisna getirilmiştir. Zira anılan hükümde imtiyaza ilişkin ilkeler ilk iki fıkrada belirtilmiş, akabinden üçüncü fıkra ile TTK m. 360 saklı tutulmuştur. Kanun koyucunun bu tavrını, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının belirli pay sahipleri grupları ile azlığa imtiyaz olarak tanınabileceği şeklinde yorumlamak, imtiyazın yalnızca paya değil, pay sahiplerine de tanınabileceğini kabul etmek gerekmektedir²⁵. Bundan dolayı sonradan esas sözleşme değişikliği ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmak istenirse TTK m. 421/3, b'deki nisaba uyulmak; bundan başka şayet genel kurul kararı söz konusu mevcut hakkı ihlal edecek nitelikte olursa, genel kurul kararı, hak sahiplerinin TTK m. 454/1 çerçevesinde alacakları bir kararla onanıncaya kadar uygulanamaz²⁶.

²¹ Baltalı (n 14) 257 vd.

²² Arslan Kaya, 'Yürürlüğün 1. Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu-Tartışmalar' (2012) 16 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143, 143.

²³ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu-Değerlendirme ve Öneriler* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) 170.

²⁴ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 252.

²⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 638; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 1) 532 vd; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 89.

²⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 429; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 439; Karasu (n 7) 32.

Burada ayrıca belirtmelidir ki, TTK m. 360 uyarınca atanacak yönetim kurulu üyelerinin yalnızca temsil ettikleri grubun menfaatlerini gözeticeği gibi bir yaklaşım söz konusu olamaz²⁷. Zira TTK'da bu üyelerin hukuki niteliğine veyahut diğer yönetim kurulu üyelerinden başka şekilde değerlendirmeye tabi tutulacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, bu temsilciler de genel kurul tarafından seçilen bir yönetim kurulu üyesi olduğundan, diğer üyelerle aynı haklara sahip ve aynı yükümlülüklerle tabidirler²⁸. Bu bağlamda özellikle özen ve bağlılık yükümlülüğü bakımından şirketin menfaatlerini göz önünde bulundurmamak (TTK m. 369); herhangi bir nedenle temsil ettikleri hak sahipleri ile şirketin menfaatleri çatışırsa öncelikle şirketin menfaatlerini korumak zorundadırlar²⁹.

II. Yönetim Kurulunda Temsil Edilebilecek Gruplar

TTK m. 360'ta yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilecek gruplar gösterilmiştir. Bunlar "belirli pay grupları", "özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri" ve "azlık"tır. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı kuruluş aşamasında ilk esas sözleşme ile tanınabileceği gibi sonradan yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile de tanınabilir.

Hukukumuzda, mehz İsviçre hukukundan farklı olarak, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının sağlanması için imtiyaz nedeniyle farklı pay kategorilerinin oluşturulmasına gerek yoktur. Dolayısıyla yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sağlanacak olan grubun nasıl oluşturulduğu önemli değildir. Oysa İsviçre hukukunda yönetim kurulunda temsil edilme hakkının sağlanabilmesi için oy hakkında veya malvarlığı haklarında imtiyaz tanınmak suretiyle farklı pay kategorilerinin bulunması gereklidir³⁰. Bu açıdan diğer bir fark ise İsviçre hukukunda bu şekilde pay kategorilerinin varlığı halinde her bir kategori pay sahiplerine yönetim kuru-

²⁷ Abuzer Kendigelen, 'İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709)' in Hayri Domaniç, Mehmet Helvacı ve Abuzer Kendigelen (eds), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı* (Beta Yayıncılık 1999) 380; Karasu (n 7) 32; Çamoğlu (n 19) 2; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 438.

²⁸ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 438; Karasu (n 7) 32; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 288, 289.

²⁹ Çamoğlu (n 19) 2; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 438; Karasu (n 7) 33; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 288, 289. Bununla birlikte özen ve bağlılık yükümü sınırları dâhilinde temsil ettikleri grubun menfaatlerini de korumalıdır [Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 438; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 289; Akdağ Güney (n 16) 54].

³⁰ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II-III (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 1245; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 257.

lunda temsil edilme hakkının sağlanmasının zorunlu olmasına mukabil, Türk Hukuku'nda bunun tamamen ihtiyari olmasıdır. Yani hukukumuz açısından imtiyaz tanınmak suretiyle farklı pay kategorilerinin oluşması halinde dahi bu gruplara yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınması zorunlu değildir³¹.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabileceği birden fazla grubun varlığı halinde bu hak yalnızca bir veya birkaç gruba tanınabileceği gibi bütün gruplara birbirinden bağımsız olarak da tanınabilir³². Buna karşılık mehaz OR Art. 709 ise her bir kategori pay sahiplerine (*den Aktionären jeder Kategorie*) en az bir temsilci (*wenigstens eines Vertreters*) seçme imkânı sağlamaktadır³³.

A. Belirli Pay Grupları

“Belirli pay grupları” TTK m. 360 ekseninde yönetim kurulunda temsil edilme imkânına sahip olabileceği belirtilen ilk gruptur. Belirli pay gruplarına 6762 sayılı eTTK döneminde de yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilmekteydi³⁴. Bu bağlamda hüküm yenilik getirmemekte, yalnızca eTTK dönemindeki Yargıtay içtihatlarını pozitif bir düzenlemeye kavuşturmaktadır³⁵. Nitekim bu husus 360. maddenin gerekçesinde şu cümlelerle ifade edilmiştir:

“... Bu madde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını hem pay sahibi gruplarına hem azlığa hem de pay gruplarına tanımıştır. Kârda, oyda, tasfiye payında veya diğer herhangi bir malvarlığı hakkında imtiyazlı olan bir pay grubuna yönetim kurulunda temsil hakkı tanınabilir. Söz konusu hak, imtiyaz gibi her paya değil, belirli pay sahipleri grupları ile belirli pay gruplarına ve azlığa bir bütün olarak tanınmaktadır. Böylelikle bu hükümde 478

³¹ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 427 dph 104; Pulaşlı, Şerh (n 29) 1245.

³² Kendigelen, İmtiyaz (n 2) 257; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 427.

³³ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 427 dph 104; Pulaşlı, Şerh (n 29) 1245.

³⁴ eTTK döneminde Yargıtay ve doktrin, esas sözleşmelerde yer alan yönetim kurulunda temsil edilmeye yönelik hükümleri 401. maddede geçen “sair hususlar” kapsamında imtiyaz olarak nitelendirmiş, ancak diğer imtiyazlardan farklı olarak şirket yönetim organında temsil edilme hakkının gruptaki her bir paya tek başına değil, belirli pay grubuna bir bütün olarak tanındığını kabul etmiştir. Bu fark dolayısıyla bu haktan her bir imtiyazlı payın tek başına ve gruptan bağımsız bir şekilde yararlanması mümkün olmayıp, bu hakkın ancak gruba dâhil pay sahipleri tarafından birlikte kullanılabilmesi belirtilerek yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bir “grup imtiyazı” olarak nitelendirilmiştir [Kendigelen, İmtiyaz (n 2) 211, 237; Karahan (n 14) 126; Mustafa Çeker, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2000) 70].

³⁵ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 427; Karasu (n 7) 33.

inci maddeye bir istisna getirilmiştir. Bu istisna tarihi sebeplere dayanmaktadır. Çünkü 6762 sayılı Kanunda bu tür bir istisnaya yer verilmiş olmamasına rağmen Yargıtayın otuz yılı aşkın süreden beri uygulanan yerleşik içtihadı “grup imtiyazı”nın tanınması yönündedir. Teori ile bağdaştırılması güç olan bu istisna, ilkesel kararlar ve öğreti ile kendini kabul ettiren bir hukuk haline gelmiştir. Bu yolla oluşan hukuka gerekli önemin verilmesi ve bu hukukun tanınması hukuk biliminin kabul ettiği bir olgudur. Aksi yönde bir değişiklik, uygulamada büyük güçlükler yaratabilir ve tanınacak uyarlama olanak ve süreleri amacın elde edilmesine yetmeyebilirdi. Bu sebeple ikinci fıkra öngörülerek Yargıtay kararlarında yer alan ilke kanunlaştırılmıştır”.

Hukumumuz açısından yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınacağı belirli pay grubunun istenilen şekilde esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür³⁶; yeter ki hakkın tanındığı gruba dâhil paylar esas sözleşme ile net bir şekilde somutlaştırılsın³⁷. Ayrıca burada somutlaştırmada başvuru kriterlerin herhangi bir önemi olmadığı gibi hakkın tanındığı gruba dâhil payların veya bu paylara malik olan pay sahiplerinin sayısının da bir önemi yoktur³⁸. Keza kimlerin belirli pay grubuna dâhil payları elinde bulundurduğunun da bir önemi yoktur. Tekrar önemini vurgulamak gerekirse, burada önemli olan payların yeterince somutlaştırılması ve bu paylardan ayrı bir grup oluşturulmasıdır³⁹.

Mehaz İsviçre hukukunda ise durum farklıdır. OR Art. 709’a göre ancak oy veya malvarlığı haklarında imtiyazlı paylar bulunduğu takdirde her bir pay grubuna (kategori) yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması zorunludur⁴⁰. Bu bağlamda esas sözleşme ile istenilen şekilde grup oluşturulamayacak, ancak oy hakkında veya malvarlığı haklarında imtiyazlı paylar varsa bir grup olarak bunlara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınacaktır⁴¹.

³⁶ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 1) 381.

³⁷ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 212; Kortunay (n 12) 49.

³⁸ Örneğin nama yazılı payların bir grup, hamiline yazılı payların da diğer bir grup oluşturacağı kararlaştırılabileceği gibi oyda imtiyazlı payların bir grup ve kârda imtiyazlı payların da diğer bir grup oluşturacağı kararlaştırılabilir. Bu örnekler çerçevesinde nama yazılı paylar ile kârda imtiyazlı payların adedinin bir önemi olmadığı gibi hamiline yazılı paylar ile oyda imtiyazlı payları ellerinde bulunduran pay sahiplerinin sayısı da önemli değildir. Benzer yönde bkz. Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 213; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1251, 1252; Kortunay (n 12) 49.

³⁹ Örneğin payları A, B veya C şeklinde gruplamak yahut pay senetlerinin çıkarıldığı ihtimalde senetlerin üzerinde yer alan numaralara göre ayırmak mümkündür [Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 212].

⁴⁰ Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1245; Kırcı, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 427 dpn 104; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 199, 200. OR 709 hükmünün eleştirisi için bkz. Kendigelen, ‘Temsil’ (n 26) 349, 350.

⁴¹ Buna ilişkin örnekler için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 1) 380, 381.

TTK m. 360/1 uyarınca imtiyazın belirli pay grubuna tanınmasının, özellik ve nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınmasına kıyasla en önemli farkı payın devrinde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, belirli pay grubuna imtiyaz tanınması halinde, bu gruba dâhil paylardan birini devralan kimse başkaca hiçbir şart aranmaksızın o gruba tanınan imtiyazdan yararlanabilir. İmtiyazın özellik ve nitelikleri itibariyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınması durumunda ise bu nitelikteki bir kimseden payı devralan kişi kendiliğinden o gruba tanınan imtiyazdan faydalanamaz⁴². Yalnızca o grubun özellik ve niteliklerini taşırsa imtiyazdan faydalanabilir, aksi halde bu haktan yararlanamaz. Bununla birlikte esas sözleşmede öngörülen özellik ve niteliklere sahip olan bir kişi, pay iktisap ettiğinde payı devreden özellik ve niteliği önem arz etmeksizin kendiliğinden imtiyazdan yararlanabilecektir⁴³. Başka bir anlatımla, payı devreden imtiyaz tanınan gruba dâhil olmasa da devralan esas sözleşme ile belirlenen özellik ve niteliklere sahipse kendiliğinden imtiyazlı pay sahipleri grubuna katılır. İki tür grup arasındaki bu fark, başka bir farkı da zorunlu olarak beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının belirli pay grubuna tanındığı varsayımında payların sayısı daima sabittir⁴⁴. Buna karşılık, özellik ve nitelikleri ile belirli grup oluşturan pay sahiplerine imtiyaz tanınması varsayımında ise payların sayısı farklılaşabilir. Zira son durumda imtiyaz paya değil, pay sahiplerinin özellik ve niteliklerine bağlanmıştır⁴⁵.

B. Özellik ve Nitelikleriyle Belirli Bir Grup Oluşturan Pay Sahipleri

Özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerine tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tamamen yeni bir kurumdur^{46,47}. Yenilik kurumun daha önce 6762 sayılı eTTK'da düzenlenmemiş olmasından ve özellikle imtiyazın paya tanınması gerektiği yönündeki genel kabul gören ilkenin aksine, pay sahibine tanınmasından kaynaklanmaktadır⁴⁸.

⁴² Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1254; Karasu (n 7) 35.

⁴³ Karasu (n 7) 35; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 427.

⁴⁴ Pek tabii ki, yeni imtiyazlı pay ihraç edilmesi durumu müstesnadır.

⁴⁵ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 427, 428.

⁴⁶ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 427. Bu hükmün eleştirisi için bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 19) 252.

⁴⁷ İsviçre hukukunda bu yönde bir düzenlemenin OR 709'da açıkça yer almamasına karşın doktrinde kabul edildiği hususunda bkz. Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1246.

⁴⁸ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 427; Akdağ Güney (n 16) 52. Nitekim madde gerekçesinde ve Adalet Komisyonu Raporunda "belirli bir grup oluşturan pay sahipleri" ile paylara değil pay sahiplerine vurgu yapılmakta olduğu belirtilmiştir.

Pay sahiplerinden belirli bir grup oluşturabilmek için esas sözleşmede pay sahiplerinin özellik ve niteliklerinin açıkça belirlenmesi gereklidir⁴⁹. Bu husus madde gerekçesinde “... *Bu hükmün uygulanabilmesi için hem azlığın hem de belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, yani bir anlamda diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerekmektedir...*” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁰. İsviçre hukukunda bu kavram çok geniş yorumlanmakta ve pay sahipleri arasında bir grup oluşmasını sağlayabilecek her kıstasın yeterli olacağı savunulmaktadır⁵¹. Bu yaklaşımın hukukumuz açısından da benimsendiğini söylemek yanlış olmaz⁵². Nitekim Adalet Komisyonu Raporunda belirli pay sahipleri gruplarının meslekler, işletme konuları vb. ölçütlerle belirlenebileceği ifade edilmiş, bu konuda şirketin bayilerinin, süt ve pancar üreticilerinin, şirketin ürettiği ürün ile ilgili yan sanayi sahiplerinin (mesela ürün binek otomobil ise oto elektrik tesisatçıların, oto boya üreticilerinin, koltuk döşemecilerinin vs.) özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahipleri olabileceği belirtilmiştir⁵³. Doktrinde *Çamoğlu*, bir derneğin veya vakfın hatta bir parti ya da spor kulübünün üyelerinin sahip oldukları paylarla oluşturacakları grubun da yönetim kurulunda temsil edilme hakkından yararlanabileceğini belirtmektedir⁵⁴. Benzer şekilde *Tekinalp* de belirli bir ailenin halen pay sahibi olan altsoylarına aynı imtiyazın tanınabileceği görüşündedir⁵⁵.

Kanunda “*özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinden*” bahsedildiğinden, ismen belirli somut bir kişiye bu kapsamda imtiyaz ta-

⁴⁹ Bu mecburiyetin esasen “imtiyazın tabi olduğu şartların belirli olması ilkesi”nin bir sonucu olduğu yönünde bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 428.

⁵⁰ Doktrinde *Pulaşlı* bir anonim şirketin pay sahiplerinin hepsinin aynı özellik ve nitelikte olması durumunda, bu şirkette yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının özellikleri ve nitelikleri ile belirli grup oluşturan pay sahiplerine tanınmayacağı görüşündedir. Zira bu imtiyazın tanınabilmesi için anonim şirketin pay sahipliği yapısının buna uygun olması gerekir [Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1808]. Bir anonim şirketteki pay sahipliği yapısının her an değişmesinin mümkün olması karşısında yazarın görüşüne katılmadığımızı belirtelim.

⁵¹ Kendigelen, ‘Temsil’ (n 26) 385; Karasu (n 7) 34.

⁵² Hiç şüphesiz bunun sınırı emredici hükümler, genel ahlak ve dürüstlük kuralıdır [Cafer Emi-noğlu, ‘TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası’ in Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya (eds), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 335, 343].

⁵³ Çamoğlu (n 19) 2; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 428.

⁵⁴ Çamoğlu (n 19) 2.

⁵⁵ Tekinalp (n 24) 236. Benzer yönde Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 428.

nınamaz⁵⁶. Çünkü bu şekilde somut bir kimsenin adı belirtildiğinde artık özellik ve nitelik belirtmeye yer kalmadığından pay sahipleri grubu oluşturmak da mümkün olmayacaktır⁵⁷. Şu halde, esas sözleşme ile “Ali Ak yönetim kurulu üyesi seçilir” veya “Yönetim kurulunun bir üyesi Basri Batı’nın gösterdiği adaylar arasından seçilir” şeklinde imtiyaz tanınmaz⁵⁸; ancak Ali Ak veya Basri Batı özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerinden olmak kaydıyla aday olarak gösterilebilir veya genel kurulca üye olarak seçilebilir.

C. Azlık

TTK m. 360 uyarınca yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilecek son grup azlıktır⁵⁹. Bu hüküm de yenidir⁶⁰. Yönetim kurulunda temsil edilme

⁵⁶ Buna karşılık esas sözleşmede belirtilen özellik ve niteliklere yalnızca pir pay sahibi uygun düşebilir. Ama buradan hareketle, yalnızca bir kişiye hitap edecek şekilde özellik ve nitelik belirlemenin mümkün olduğu gibi bir sonuca varılmamalıdır [Argun Karamanlıoğlu, ‘TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları-Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi’ (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225, 262, 263].

⁵⁷ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 428; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 220; Karasu (n 7) 34. Aksi yönde bkz. Çamoğlu (n 19) 2; Tekin Memiş, ‘Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?’ (2014) 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3105, 3111; Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 176 vd.

⁵⁸ Bu hususta eTTK döneminde esas sözleşmeye konulan bu türden hükümlere değinmekte fayda vardır. eTTK döneminde Yargıtay, esas sözleşmelere konulan bu türden hükümlerin imtiyazın paya tanınabileceği ilkesinden hareketle imtiyaz olmadığına, esas sözleşme ile tanınan akdi bir hak niteliğinde olduğuna, dolayısıyla ancak sahibinin onayıyla değiştirilebileceğine hükmetmekteydi (Yargıtay 11 HD, 3211/10546, 12.11.1992) [Yargıtay’ın bu kararı ve eleştirisi için bkz. Karasu (n 7) 34, 35]. Yargıtay’ın kararının isabetinin tespiti bir yana, burada sorun eTTK döneminde konulan bu türden hakların yeni TTK döneminde de 6103 sayılı Kanun m. 5 uyarınca kazanılmış hak olarak geçerli olup olmayacağı ekseninde yoğunlaşmaktadır. Doktrinde *Karasu* soruna şu şekilde yaklaşarak bir çözüm bulmaya çalışmıştır: 6103 sayılı Kanun m. 28/2, eTTK döneminde geçerli bir şekilde kazanılmış olan imtiyazların kazanılmış hak olarak kabul edilip korunacağını hüküm altına almıştır. Oysa bu durumda eTTK döneminde geçerli bir şekilde kazanılmış imtiyaz söz konusu değildir. Dolayısıyla bu türden bir hükmün yeni TTK döneminde korunmasından bahsedilemez. Ancak 6103 sayılı Kanun m. 25’e göre “TTK’nın yürürlüğe girdiği tarihte görevde bulunan anonim şirket yönetim kurulları ile limited şirket müdürleri, görevden alınmaları veya yönetim kurulu üyeliğinin herhangi bir sebeple boşalması hali hariç, sürelerinin sonuna kadar görevlerine devam ederler”. Dolayısıyla eTTK döneminde esas sözleşmedeki hüküm uyarınca yönetim kurulu olarak atanan bir kimsenin üyeliği, görevden alınması veya herhangi bir sebeple üyeliğinin düşmesi hali hariç, görev süresinin sonuna kadar devam edecektir. Ancak eTTK döneminden kalan hakkı imtiyaz niteliğinde olmadığından yeni TTK döneminde korunmaz. Zaten TTK m. 340 da buna engeldir [Karasu (n 7) 34, 35]. Aynı yönde bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 429.

⁵⁹ TTK m. 360 hükmünün metninde geçen “azlık” kelimesinin “azınlık” olarak değiştirilmesi gerektiği yönünde bkz. Moroğlu, *Değerlendirme* (n 22) 169.

⁶⁰ Hükme yönelik eleştiriler için bkz. Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 430, 431; Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 19) 252.

hakkının kullanılabilmesi ve bu hakkın bir imtiyaz olması hasebiyle imtiyaza ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi açısından azlığın esas sözleşmede iyi bir şekilde tanımlanması gerekmektedir⁶¹. Bu hususa madde gerekçesinde yer alan şu ifadelerle de dikkat çekilmiştir:

“Bu hükmün uygulanabilmesi için hem azlığın hem de belirli pay sahipleri gruplarının belirlenebilir ve tanınabilir bir şekilde tanımlanması, yani bir anlamda diğer pay sahiplerinden ayrılabilir olmaları gerekmektedir. [...] Önemli olan azlığın belirlenebilir olmasıdır. Bunun için, somut olayın özelliklerinin ortaya çıkarılabileceği istisnalar bir yana, yüzdelerin anılması yeterli olmayabilir⁶². Bunun yerine pay senedi numaraları veya sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür. Azlığın iyi tanımlanmaması imtiyazların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını güçleştirebilir”.

Gerekçede yer alan “pay senedi numaraları veya sayıları ayırt edilebilirlik yönünden daha iyi bir ölçüttür” ifadesi doktrinde Kırca tarafından bu şekilde zaten belirli bir pay grubu oluşturulmuş olacağı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Bununla birlikte yazar “yüzdelerin anılması yeterli olmayabilir” yönündeki ibareyi, örneğin sermayenin %40’ını oluşturan pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilmesine olanak veren bir esas sözleşme hükmünün varlığında %40’ın içeriğindeki değişkenlik sebebiyle bu %40’lık grubun içine hangi pay sahiplerinin gireceğinin belirli olmaması nedeniyle isabetli bulmuştur⁶³. Benzer şekilde *Kendigelen* de bu düzenlemenin Türk uygulamasında henüz herhangi bir örneğine rastlanmadığını belirterek pay sahipleri ve azlığa tanınmak istenen bu hakkın, somut bir pay grubu ayırımı yapılmadığı takdirde uygulanma kabiliyetinin olmayacağını ifade etmiştir⁶⁴.

Bu başlıkta değinilmesi gereken bir diğer husus ise “azlık” ibaresidir. Hükümde azlık ile kastedilen -dar ve teknik anlamıyla- kanunun kendisine tanıdığı haklardan faydalanabilmesi için sermayenin belirli bir oranını⁶⁵ karşılaması ge-

⁶¹ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 430; Karasu (n 7) 35.

⁶² Gerekçedeki bu ifadeye rağmen *Tekinalp* esas sözleşme ile sermayenin %12, %18, %32 veya %22’si gibi bir oranı oluşturan payların sahiplerine yönetim kuruluna bir üyelik için aday göstermek hakkı tanınabileceğini ve bu suretle tanınan aday gösterme imtiyazının TTK m. 454 kapsamında korunacağını belirtmiştir [Tekinalp (n 24) 237, 238].

⁶³ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 431. Aynı yönde bkz. *Kendigelen*, *İmtiyaz* (n 2) 214.

⁶⁴ *Kendigelen*, *İlk Tespitler* (n 19) 252.

⁶⁵ TTK m. 411, 420, 439, 531, 559 hükümlerinde öngörülen hakların kullanılabilmesi bakımından azınlık, sermayenin en az onda biri, halka açık anonim şirketlerde ise yirmide biri olarak belirlenmiştir.

reken pay sahipleri değil, geniş anlamda azlık, yani yarıdan fazla oya sahip çoğunluk⁶⁶ karşısındaki pay sahipleridir⁶⁷.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapmak gerekirse, aslında azlığa TTK m. 360 anlamında imtiyaz tanınmasının mümkün olmayacağını, bu hükmün ölü doğduğunu söyleyebiliriz. Çünkü sadece yüzdelerin anılması durumunda yukarıda bahsedilen (örneğin anılan yüzdenin içine hangi pay sahiplerinin girdiği, aday önerme toplantısı yapılması ihtimalinde hangi pay sahiplerinin toplanıp karar alacağı vb. gibi temsil hakkının kullanılmasında ve korunmasında) karışıklıkların meydana gelmesi kaçınılmazdır.

III. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Kullanılmasına Dair Usuller ve Sınır

TTK m. 360 hükmü uyarınca “... yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur”. Hükümden de açıkça görüleceği üzere yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasına ilişkin iki yöntem vardır: a) yönetim kurulu üyesinin hakkın tanındığı grup arasından seçilmesi b) hakkın tanındığı grubun yönetim kuruluna aday önermesi (Vorschlagsrecht)⁶⁸.

Kanunda hakkın tanınmasına ilişkin yöntemlerin sınırlayıcı bir şekilde gösterilmesi ve ayrıca emredici hükümler ilkesi dolayısıyla bu iki yöntemin dışında bir yolla Kanunda sayılan gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sağlanamaz⁶⁹.

⁶⁶ Çoğunluk ve azınlık kavramlarının şirketteki ortak sayısı, payların dağılımı vb. sebeplerle değişiklik gösterebileceği hakkında bkz. yukarıda dñn 2.

⁶⁷ Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1258; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 430; Karasu (n 7) 35; Çamoğlu (n 19) 1 dñn 1. Gerçekten de bu husus madde gerekçesinde yer alan “... Azlığın iyi tanımlanmaması imtiyazların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasını güçleştirebilir” şeklindeki ifadededen çıkarılabilir görünmektedir.

⁶⁸ Uygulamada esas sözleşmelerde “yönetim kurulu üyesinin hakkın tanındığı grup arasından veya onların göstereceği adaylar arasından seçileceği” şeklinde hükümlerle karşılaşılabildiği, böylesi durumlarda öncelikle hakkın tanındığı grubun aday önermesinin beklenilmesi gerektiği, şayet ilgili grup bir öneride bulunmazsa o zaman yönetim kurulu üyesinin ilgili gruba dâhil pay sahipleri arasından seçilmesi gerektiği belirtilmiştir [Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 259; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 432 dñn 115].

⁶⁹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 219 vd; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 433; Karasu (n 7) 36; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 427. Burada Alman Hukuku’ndaki üye gönderme hakkına

Buna karşılık mehzada durum farklıdır. İsviçre hukukunda bu hak bir takım yollarla tanınacak bir imtiyaz olarak nitelendirilmeyip, belirli şartların gerçekleşmesi halinde yasal zorunluluk olarak ortaya çıkan fer'i nitelikte bir özel hak, bir grup hakkı olarak nitelendirilmektedir⁷⁰. Şöyle ki, oy hakkında veya malvarlığı haklarında imtiyaz sebebiyle farklı pay kategorileri mevcutsa, her bir kategori pay sahiplerine yönetim kuruluna en az bir temsilci seçmek imkânı sağlanmak zorundadır⁷¹; şayet pay kategorileri herhangi bir sebeple mevcut bulunmazsa temsil hakkı da ortadan kalkacaktır. Hukukumuzda ise yasadan kaynaklı böyle bir zorunluluk söz konusu olmayıp, ancak arzu edildiği takdirde esas sözleşmede öngörülme kaydıyla bu hak tanınabilir⁷².

A. Yönetim Kurulu Üyesinin Belirli Gruplar Arasından Seçimi

TTK m. 360 ile tanınan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının kullanılmasına ilişkin, yine aynı hükümde gösterilen ilk yol, yönetim kurulu üyesinin imtiyazlı grup arasından genel kurulca seçilmesidir. Yönetim kurulu üyelerinin imtiyazlı gruba giren pay sahipleri arasından seçilmesi yönteminin işleyişi, diğer yöntem olan aday önerme yöntemine kıyasla daha sorunsuz olup, genel kurulun bu yöntemde riayet etmemesi haricinde herhangi bir sorun teşkil edecek nitelikte değildir⁷³. Zira bu yöntemde tercih hakkı genel kuruldadır; aday önerme yönteminin aksine, imtiyaz tanınan grubun bir toplantı yapması ve genel kurula bir aday önermesi gerekmemektedir. Bunun yerine genel kurulun yönetim kurulu üyesini -kanuni şartları da haiz olması kaydıyla- hakkın tanındığı grup pay sahipleri arasından seçmesi yeterlidir. Bu doğrultuda, gruba dâhil pay sahipleri arasından yapılacak seçimde genel kurul tamamen serbesttir⁷⁴. Genel kurul hakkın tanındığı gruptan, esas sözleşmede kararlaştırıldığı kadar üyeyi

(Entsendungsrecht) değinmekte fayda vardır. Bu yöntemde yönetim kurulunda görev alacak üyenin doğrudan hakkın tanındığı grup tarafından seçilmesi söz konusu olup, bu hususta genel kurulun yetkisi yoktur. Dolayısıyla bu yöntemin Türk Hukuku bakımından uygulanması mümkün değildir. Çünkü TTK m. 408/2, b hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerinin seçimi münhasıran genel kurulun yetkisindedir [Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 390, Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1260; Şener (n 1) 354; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 220; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 433].

⁷⁰ Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1245; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 203, 204; Akdağ Güney (n 16) 49; Karasu (n 7) 32.

⁷¹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 204; Akdağ Güney (n 16) 49.

⁷² Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 427 dnp 104; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1245; Karasu (n 7) 32.

⁷³ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 261; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 436.

⁷⁴ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 436.

seçtiği takdirde imtiyaz kullanılmış olacaktır⁷⁵. Burada hemen belirtilmelidir ki, imtiyaz tanınan gruba dâhil pay sahiplerinin, üye seçiminin yapılacağı genel kurul toplantısına katılması zorunlu değildir. Nitekim TTK m. 360 ile bahsedilen imkân, ilgili grup bakımından herhangi bir zorunluluk getirmemektedir⁷⁶. Bu takdirde imtiyazlı grubun bu hakkını kullanmaktan feragat ettiği söylenebilir.

Aday önerme hakkında olduğu gibi genel kurulun bu hakka riayet etmesi, yani esas sözleşmede öngörülen sayıda yönetim kurulu üyesini hakkın tanındığı grup pay sahipleri arasından seçmesi zorunludur. Ancak haklı sebeplerin varlığı söz konusu zorunluluğun sınırındır⁷⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin belirli grup pay sahipleri arasından seçilmesi yönteminde toplantı yapılması söz konusu olmamasına rağmen, pay sahipleri toplantı yapmak suretiyle bir aday belirlemişlerse de genel kurul bu kişiyi seçmek zorunda değildir⁷⁸. Benzer şekilde genel kurulun, imtiyazın tanındığı grup içerisindeki sermaye oranla çoğunluk paylara sahip olan kişiyi seçmesi de zorunlu değildir⁷⁹.

B. Yönetim Kuruluna Aday Önerme

Yönetim kuruluna aday önerme hakkı tanınan gruba dâhil pay sahipleri, bu hakkını kullanmak ve adayını belirlemek amacıyla -imtiyazlı payların tamamının bir pay sahibinin elinde toplanması varsayımı hariç- toplantı yapmak durumundadır⁸⁰. Ancak TTK'da bu toplantının nasıl ve ne şekilde yapılacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığı gibi böyle bir toplantının gerekliliğine dair bir işaret de yoktur. TTK m. 360 yalnızca belirli pay gruplarının, özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahiplerinin ve azlığın aday önerme hakkına sahip olabilece-

⁷⁵ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 260.

⁷⁶ Numan Sabit Sönmez, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin İmtiyaz Yoluyla Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha Yayıncılık 2024) 417.

⁷⁷ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 261. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 436. İmtiyazdan sapa-bilmek için haklı sebebin ilgili gruptaki pay sahiplerinin hepsinde bulunması gerektiği yönün-de bkz. Ölmez (n 56) 196; Baltalı (n 14) 394.

⁷⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku* (n 1) 384; Karasu (n 7) 37. Ancak bu toplantı sonucunda pay sahiplerinin oybirliği ile önerdiği kişinin genel kurul tarafından seçilmemesi durumunda şartlarının varlığı halinde genel kurul kararı aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık dolayısıyla iptal davası açılabileceği yönünde bkz. Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 436.

⁷⁹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 260, 261.

⁸⁰ Karasu (n 7) 37; Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 433; Karahan (n 14) 128; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 262, 264; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1263. Bu toplantı ve toplantıya kıyasen uygulanacak hükümlere yönelik eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Sönmez (n 75) 305 vd.

ğini ve genel kurulun -haklı bir sebep olmadıkça- önerilen adayı seçmek zorunda olduğunu hüküm altına almıştır. Bu noktada doktrin, aday önerme hakkının kullanılabilmesi için bir toplantı yapılacağını ve bu toplantıya niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel kurul toplantılarına⁸¹ yahut imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna⁸² ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini belirtmektedir⁸³. Kanaatimizce *Kendigelen* ve *Kırca*'nın da belirttiği üzere, aday önerme toplantısında uygulanacak nisaplar bakımından imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda aranan nisapların dikkate alınmaması gerekir. Çünkü bu nisaplar, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden genel kurul kararlarının varlığı halinde uygulanacak olan nisaplar olduğu için ağır yetersayılara tabi tutulmuştur⁸⁴. Oysa aday önerme toplantısı bir hakkın kullanılmasına yöneliktir. Bu bağlamda doktrin bir adım daha ileri giderek, aday önerme toplantısında toplantı nisabı aranmaması gerektiğini belirtmektedir⁸⁵. Kanaatimizce bu son görüşe öncelik verilmelidir. Zira belirli bir toplantı yeter sayısı aramak, hakkın kullanımını zorlaştırabilir. Kanunla öngörülmemiş olan böyle bir zorunluluğun pay sahiplerine yüklenmemesi gerekir.

Karar nisabı konusunda ise anonim şirketlere hâkim ilkelerden olan çoğunluk ilkesi doğrultusunda toplantıda bulunan oyların çoğunluğunun karar nisabı olması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶. Doktrinde *Ölmez* karar nisabında çoğunluk aranmasını gerektiğini belirtmiş, bununla beraber imtiyazın özellik ve nitelikleri ile belirli grup oluşturan pay sahiplerine tanınmış olması ihtimalinde çoğunluğun sermaye oranına göre değil, baş hesabına göre sağlanması gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁷. *Baltalı* ise mutlak çoğunluğun aranmaması, basit çoğunluğun yeterli kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir⁸⁸.

⁸¹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 266; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1264.

⁸² Çamoğlu (n 19) 4; Eminoğlu (n 51) 348.

⁸³ Bu konuda esas sözleşme ile tamamlayıcı nitelikte hükümler öngörülebileceği yönünde bkz. Çamoğlu (n 19) 4; Karasu (n 7) 37.

⁸⁴ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 265; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 434. Aksi yönde Karahan (n 14) 128; Çamoğlu (n 19) 4; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 385; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1264.

⁸⁵ Ömer Teoman, 'Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar' in Ömer Teoman (ed), *Tüm Makalelerim Cilt I-II* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 1014; Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 267; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 435.

⁸⁶ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 268, Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 434, 435. İmtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin TTK m. 454'te düzenlenen yeter sayıların aranması gerektiği hakkında bkz. Karahan (n 14) 128; Eminoğlu (n 51) 348.

⁸⁷ Ölmez (n 56) 220.

⁸⁸ Baltalı (n 14) 342.

Karar nisabı konusunda *Ölmez*'in görüşüne katılmaya imkan yoktur. Bir de fa saf bir sermaye şirketi olan anonim şirkette kişiler değil, sermaye ön plandadır ve anonim şirkete egemen olan çoğunluk ilkesi sermaye çoğunluğunu temel almaktadır. Bu noktada yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının belirli pay sahiplerine tanınmış olmasının, anılan ilkelerden vazgeçilmesini haklı gösterecek tarafı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, diğer görüşlere paralel olarak, bu toplantıda oyların çoğunluğunun karar yeter sayısı olarak kabul edilmesi en makul ve anonim şirketleri yapısına en uygun çözümdür.

Aday önerme hakkı tanınan grup pay sahipleri, bu haklarını kullanıp kullanmamakta serbesttirler, zira yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı ilgili gruba bir yükümlülük veya görev yüklememektedir. Bununla beraber, önceden bu haktan feragat edilemeyip ancak hak doğduktan sonra feragat edilebilir⁸⁹. Aday önerme hakkı tanınan grup pay sahipleri bu haklarını kullanmazsa üyeyi belirleme yetkisi genel kurula döner. Benzer şekilde, imtiyaza sahip grup aday önerme konusunda uzlaşma sağlayamazsa veya aday belirleyeceği toplantıyı geciktirirse genel kurul öneriyi beklemek durumunda değildir⁹⁰.

Aday önerme toplantısında alınan kararın iptali mümkün olduğu gibi, bu karara istinaden alınan genel kurul kararının iptali de istenebilir⁹¹.

Son olarak belirtilmelidir ki, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanındığı grubun önerdiği adayın, haklı bir neden bulunmadığı takdirde genel kurul tarafından üye olarak seçilmesi zorunludur (TTK m. 360/1). Bu zorunluluk aday önerme hakkı tanınmasının amacından kaynaklanmakta olup, aksinin kabulü halinde belirli pay grubuna, özellikleri ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine veya azlığa tanınan aday önerme hakkının bir anlamı kalmayacaktır. Bu bağlamda hakkın tanındığı grup tarafından yapılan öneri, genel kurul açısından bağlayıcı (verbindlich) niteliktedir⁹². Öte yandan haklı sebeplerin varlığı önerinin bağlayıcılığına sınırdır. Şayet haklı sebepler varsa genel kurul önerilen adayı reddedebilir⁹³. Haklı sebeplerin varlığını takdir ederken kanun ve esas sözleşmede aranan şartların varlığından başka ayrıca şirketin menfaatlerinden hareketle de bir sonuca varılmalıdır⁹⁴. Kanaatimizce adayın haklı sebeple redde-

⁸⁹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 269.

⁹⁰ Teoman (n 84) 1013.

⁹¹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 269; Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1264, 1265.

⁹² Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 275; Karasu (n 7) 37.

⁹³ Pulaşlı, *Şerh* (n 29) 1246.

⁹⁴ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat (n 2) 437.

dilmesi durumunda yeniden aday belirlenmesi ve önerilmesi için genel kurulun ertelenmemesi gerekir. Hak sahiplerine süre vermenin hakkaniyet gereği olduğu düşünülebilirse de diğer pay sahiplerinin bu duruma katlanmaya mecbur oldukları göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan hakkın tanındığı grup, adayını belirlerken tüm ihtimalleri ve gereklilikleri hesaba katmalı ve hem şirket hem de diğer pay sahipleri açısından uygun bir aday önermelidir.

C. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Sınırı

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bağlamında üye seçimi için kanun koyucu sayısal bir sınırlama getirmiştir⁹⁵. Gerçekten de TTK m. 360/1, c. 4 uyarınca her iki yöntemle tanınabilecek olan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Buna göre TTK m. 360 gereği kapalı tip anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının ve hatta tümünün imtiyazlı grup arasından veya onların önereceği adaylardan seçilmesi mümkün iken, halka açık anonim şirketlerde temsil oranının yönetim kurulu üye sayısının yarısını geçemeyeceği kuralı öngörülmüştür. Burada amaç imtiyazlı gruba bahsedilen gücün sınırlanması değil, diğer payların yönetim kurulunda temsil imkânının ve genel kurulun yönetim kurulunu tayin etme yetkisinin bütünüyle ortadan kalkmasını önlemektir⁹⁶.

Burada karşılaşılabilecek bir sorun, eTTK döneminde halka açık anonim şirket esas sözleşmelerinde yönetim kurulunun söz konusu orandan fazlasının imtiyazlı gruba dâhil pay sahipleri arasından veya onların önereceği adaylardan seçileceği yönünde hüküm bulunması noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira bu dönemde de yönetim kurulunda temsil edilme hakkı kabul edilmekteydi, fakat bu hakkı sayı bakımından sınırlandıran herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu gibi geçiş aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için 6103 sayılı Kanun m. 28/2'ye bakılmalıdır⁹⁷. Buna göre, eTTK zamanında ve yeni TTK'nın kabulünden en erken bir yıl önce esas sözleşme ile belirli grup paylara tanınan yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı⁹⁸, TTK m. 360/1'de

⁹⁵ Hemen belirtilmelidir ki bu sınırlama imtiyazlı grubun sermayeye oranı şeklinde bir sınırlama değildir. Daha açık bir ifadeyle, imtiyazlı gruba dâhil payların tüm sermaye karşısındaki oranı önemsizdir [Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 213; Ölmez (n 56) 148].

⁹⁶ Ölmez (n 56) 149.

⁹⁷ Bu hükmün getiriliş amacı ve eleştirisi için bkz. Sönmez (n 75) 199, 200.

⁹⁸ Hükümde her ne kadar yalnızca aday gösterme hakkından söz edilmekteyse de hükmün, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının belirli grup pay sahipleri arasından seçilmesi şeklinde öngörülmesi durumunu da kapsadığını kabul etmek gerekir [Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 428; Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 19) 253 dpn 72; Baltalı (n 14) 354].

gösterilen sınırı aşması halinde dahi kazanılmış hak sayılmaktadır. Başka bir anlatımla, 6102 sayılı TTK'nın kabul edilmesinden en az bir yıl önce halka açık anonim şirketin esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının hatta tamamının belirli pay grubu sahipleri arasından seçileceği yönünde yer alan hüküm kazanılmış hak olarak korunacaktır⁹⁹. Buna karşın yeni TTK'nın kabul edilmesinden önceki bir yıllık süre zarfı içerisinde aynı durumun gerçekleşmesi halinde söz konusu hak kazanılmış hak olamayacaktır¹⁰⁰.

TTK m. 360/1, son cümle'de gösterilen sınırlamaya uyulmadan imtiyaz tanınması ve esas sözleşmedeki bu hükme dayanarak yönetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının imtiyazlı grup arasından seçilmesi yahut bunların önerdiği adayların seçilmesi durumunda, genel kurulun aldığı bu kararın akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce burada kanuna aykırı şekilde alınmış bir genel kurul kararı olup iptal yaptırımına tabi tutulmalıdır¹⁰¹.

Öte yandan TTK m. 360/1'de öngörülen bu sınırlamanın arkasından kolayca dolanılabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki yönetim kurulunun on kişiden oluştuğu bir halka açık anonim şirkette beş kişinin imtiyazlı grup tarafından önerileceğini farz edelim. Genel kurul önerilen beş kişiyi kabul edip, akabinden kalan beş üyenin ikisini de imtiyazlı grup pay sahipleri arasından seçse TTK m. 360/1'de yer alan sınırlamanın etkisi kalmayacaktır. Zira görünüş itibarıyla, hem imtiyazlı grubun önerdiği adaylar seçilmiş hem de kalan üyeleri genel kurul belirlemiştir. Hukuka uygun görünen bu durum aslında sınırlama hükmünün etkisiz hale getirilmesidir. Kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırı bu seçim, iptal edilebilir görünmektedir.

IV. İmtiyazın Sınırlanması

TTK m. 478'e 6335 sayılı Kanun'la¹⁰² eklenen dördüncü fıkraya göre "*Sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların*

⁹⁹ Karasu (n 7) 38.

¹⁰⁰ Söz konusu bir yıllık sürenin eleştirisi ve süre sınırı konulmaksızın eski dönemdeki tüm müktesep hakların geçerli kabul edilmesinin gerektiği yönünde bkz. Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 19) 253, 254.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Ölmez (n 56) 158.

¹⁰² Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6335, Kabul Tarihi: 26.6.2012, RG 30.06.2012/28339.

üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde¹⁰³; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Bu hüküm, payları borsada işlem gören anonim şirketlere, 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan kredi kuruluşlarına ve finansal kuruluşlara uygulanmaz". Söz konusu hükme göre, hükümde sayılanların, sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu bir anonim şirkette ve bu şirketlerin aynı oranda sermayeye sahip olduğu iştiraklerinde hükümde sayılanların sahip olduğu payların haricindeki diğer paylara, belirli grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa TTK'da düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez. Burada dikkat edilmelidir ki, konusu itibarıyla fark gözetmeksizin hiçbir imtiyazın tanınamayacağı hüküm altına alınmıştır; yoksa sadece yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı değil¹⁰⁴. Buna göre TTK m. 478/4'te sayılanların bulunduğu bir şirkette imtiyazlı paylar bu sayılanların elinde bulunursa bu kişiler imtiyazdan yararlanacaktır, zira yasak tek taraflıdır. Buna mukabil diğer kişiler, ellerinde bulunan imtiyazlı paylardan faydalanamayacaklardır. Bu durum TTK m. 478/4'te sayılanların, imtiyazlı payların bulunduğu bir anonim şirkette, sermayenin yarıdan fazlası oranda payların sonradan iktisap etmesi halinde de gerçekleşir. Fakat bu ihtimalde diğer pay sahiplerinin ellerinde bulunan paylardan doğan imtiyazlar geçersiz hale gelmez, yalnızca geçici olarak donar. TTK m. 478/4'te sayılanlar herhangi bir sebeple şirketten ayrılırsa veya sahip oldukları payların oranı hükümde belirtilen orandan daha az olursa donan imtiyazlar tekrar canlanır¹⁰⁵.

Bununla birlikte fıkranın son cümlesinde bu genel kurala, yasak hükmünün beklenilmeyen sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle¹⁰⁶, bir istisna getirilmiş, fıkranın ilk cümlesindeki yasağın payları borsada işlem gören şirketleri, 5411 sayılı Kanun m. 3'te belirtilen mevduat ve katılım bankaları ile finansal kuruluşları kapsamadığı belirtilmiştir.

¹⁰³ Kanımızca buradaki "iştirak" ibaresi hatalıdır. Çünkü "iştirak" kamu iktisadi teşebbüslerinin veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde on beşine, en çok yüzde ellisine sahip buldukları anonim şirketlerdir [bkz. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2016) 129 dnp 4]. Oysa hükümde aynı oranda sermaye payına sahip olmaktan, yani sermayenin yarısından fazlasından bahsedilmektedir. Şu halde hükümde geçen "iştirak" kelimesi "bağlı ortaklık" olmalıdır.

¹⁰⁴ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 441.

¹⁰⁵ Karasu (n 7) 36; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 444, 445.

¹⁰⁶ Kendigelen, *İlk Tespitler* (n 19) 252.

Benzer bir düzenleme BankK m. 18/2'de de yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca bir bankanın yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme hakkı veren paylar oluşturulacaksa veya devredilecekse BDDK'dan izin almak gerekecektir. Zira bu türden paylar, yani yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar Bankacılık Kanunu anlamında nitelikli paydır (BankK m. 3). Bu paylara sahip olabilmek için bankaların kurucu ortakları için aranan nitelikleri (BankK m. 8) taşımanın yanı sıra, bu payların tesisi ile devri için BDDK'nın izni şarttır. İzin alınmaksızın yapılan işlem hükümsüzdür¹⁰⁷.

V. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkına Hukuka Aykırı Şekilde Uyulmamasının Sonuçları

TTK m. 360/1'de yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba mensup bir kişinin haklı bir sebep olmadığı takdirde genel kurul tarafından üye olarak seçilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰⁸. Hükme yakından bakıldığında, temsil edilme hakkının sınırının haklı sebep olduğu görülebilecektir. Buradan çıkarılabilecek bir sonuç, genel kurulun yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına riayet etmemesinin her durumda hukuka aykırılık doğurmayacağıdır. Gerçekten de önerilen adayın yahut imtiyazlı gruba dâhil pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemesi için haklı nedenler varsa ve bu nedenlere istinaden genel kurul adayı seçmemişse, bu tercihin hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez¹⁰⁹. Bu nedenle, bu başlık altında genel kurulun haklı bir sebep olmadığı halde ilgili adayı seçmemesinin sonuçları üzerinde durulacaktır.

¹⁰⁷ Erkan Eren, 'Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi "Kanuna Karşı Hile" Olarak Değerlendirilebilir mi?' (2021) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013, 1018.

¹⁰⁸ Hükümün bu şekilde kaleme alınmış olması doktrinde *Moroğlu* tarafından eleştirilmektedir. Yazara göre hüküm bu haliyle, belirli grupların yönetim kurulunda temsili hakkının kâğıt üstünde kalmasına elverişlidir. Zira çoğunluk pay sahipleri herhangi bir neden ileri sürerek hakkın kullanılmasını en azından açılacak dava sonucuna kadar erteleyebilirler ve şirketi anılan hakka sahip grubun temsilcisi olmadan yönetebilirler. Dolayısıyla hükmün sözü edilen kısmının "Yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya aday gösteren gruba veya azınlığa mensup bir pay sahibinin seçilmesi zorunludur. Şirket veya pay sahipleri bu seçimin haklı nedenle iptalini dava edebilirler" şeklinde değiştirilmesi gereklidir [*Moroğlu, Değerlendirme* (n 22) 170].

¹⁰⁹ Bu ihtimalde yeniden aday önerilmesi için genel kurul toplantısının ertelenmemesi, imtiyaz hakkının kullanılmasının diğer pay sahipleri bakımından külfet getirmemesi gerektiği, eğer mümkünse aynı genel kurul toplantısı esnasında yeniden aday önerilebilmesi yönünde bkz. Ölmez (n 56) 237.

TTK m. 360 kapsamında haklı sebep mevcut değilken genel kurulun temsil hakkına riayet etmemesinin, hükmün emredici niteliği göz önüne alındığında, butlan sonucunu doğuracağı düşünülebilir. Ancak her emredici hükme aykırılık yokluk veya butlan sonucunu doğurmamaktadır¹¹⁰. Şu halde, TTK m. 360'a aykırılık halinde kamu düzeninden ziyade pay sahiplerinin özel çıkarlarının ihlali söz konusu olacağından, bu hükmün nisbi emredici nitelikte olduğunu, dolayısıyla da söz konusu hükme aykırı kararların iptal edilebilir mahiyette kararlar olduğunu söyleyebiliriz¹¹¹.

Buradan hareketle, genel kurulun yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan grup arasında bir kişiyi veya anılan grubun gösterdiği adayı haklı bir gerekçe olmaksızın seçmemesine yönelik kararı aleyhine iptal davası açılabilir¹¹². Doğal olarak bu davada mahkemenin inceleyeceği sorun, haklı bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır¹¹³.

Burada iptal davasını mahkemenin kabul etmesinin ne anlama geldiği hususunda İsviçre ve Türk hukuklarında savunulan bir görüşe değinmek gerekir. Söz konusu görüşe göre iptal davasının kabulü, haksız olarak reddedilen adayın seçildiği anlamına gelir¹¹⁴. Bu görüş taraftarlarına göre, mademki genel kurulun önerilen adayı reddetmesi haklı nedenlerin varlığı halinde geçerlidir, o halde ileri sürülen gerekçe haksızsa önerilen adayın üye olarak seçildiği kabul edilebilir; aksi takdirde önerinin bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir¹¹⁵.

¹¹⁰ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 67 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 1) 596; Karasu (n 7) 38.

¹¹¹ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 281; Karahan (n 14) 129. Ancak bu aykırılığın, hükmün sağladığı hakkın ileriye yönelik olarak ortadan kalkması veya sınırlandırılması şeklinde olmaması gerekir, aksi halde butlan yaptırımını gündeme gelecektir [Moroğlu, *Hükümsüzlük* (n 109) 71, 72].

¹¹² Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 281; Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 437; Akdağ Güney (n 16) 53. Doktrinde, örneğin halka açık bir anonim şirketin esas sözleşmesinde yer alan yönetim kurulu üyelerinin tamamının belirli bir grup tarafından önerilen adaylar arasından seçileceği yönündeki hükmün, kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilerek butlan yaptırımının uygulanması gerektiği belirtilmiştir [Karasu (n 7) 38].

¹¹³ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 282.

¹¹⁴ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 283; Baltalı (n 14) 369; Kortunay (n 12) 55; benzer yönde Moroğlu, *Hükümsüzlük* (n 109) 343. Bu ihtimal aday önerme hakkıyla sınırlıdır, zira yönetim kurulunda temsil edilme hakkının belirli grup arasında seçilmesi şeklinde öngörülmesi durumunda üye olarak seçilecek kişi net olarak belirli değildir. Dolayısıyla mahkemenin iptal kararı vermesi sonucunda ortada üye olarak atandığı kabul edilecek bir kimse yoktur. Ancak bunun da istisnası imtiyaz tanınan grupta imtiyaz tanınan sayıda pay sahibinin bulunmasıdır [Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 438].

¹¹⁵ Kendigelen, *İmtiyaz* (n 2) 283.

Bu sonucun pratik ve hakkın kullanılması bakımından faydalı olduğu aşikâr ise de görüş usul hukuku yönünden sorunludur. Çünkü genel kurul kararlarının iptali davası bir hukuki durumun ortadan kaldırılmasına yönelik inşâî davadır; yoksa mahkeme genel kurul yerine geçerek karar alamaz¹¹⁶. Bu bağlamda doktrinde, TTK m. 360'a aykırılık nedeniyle açılacak davada haklı bir gerekçenin olmadığı ileri sürülerek kararın iptaline ve önerilen adayın üye sıfatıyla tesciline karar verilmesi yönünde talepte bulunularak soruna bir çözüm getirilebileceği ifade edilmiştir¹¹⁷.

Yukarıda ifade edilen bu çözüm tarzının, halli gereken başka bir sorunu da beraberinde getirebileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki, genel kurulun imtiyazlı grup tarafından önerilen adayı reddettiğini ve tüm üyeleri kendisinin seçtiğini varsayalım. İptal davasının kabulüyle önerilen adayın seçilmiş sayılacağı görüşü kabul edildiğinde, bu sefer de karşımıza seçilen üyelerden hangisinin üyeliğinin iptal edileceği, önerilen adayın hangi üyenin yerine seçilmiş sayılacağı sorunu çıkacaktır. Çözüm olarak, diğer üyelerin yanında, önerilen adayın da yönetim kurulu üyesi kabul edileceği düşünülebilirse de bu takdirde esas sözleşmede öngörülen sayıdan fazla üye seçilmesi gündeme gelebilir. İşte bu ve benzeri sorunlara zorlama çözümler sunmak yerine, genel kurulun seçim kararının tümünden iptal edilip, baştan seçim yapılması en sağlıklı yol olacaktır.

Sonuç

Bu çalışma kapsamında ulaştığımız sonuçları şöyle sıralayabiliriz:

- Çoğunluk karşısında güçsüz konumda bulunan pay sahiplerini korumak amacıyla, TTK m. 360'a göre belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa esas sözleşmede öngörülme kaydıyla yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir.
- Esas sözleşme ile tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının hukuki niteliği eTTK döneminde kanunda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle tartışmalıydı. Baskın görüş bu hakkın imtiyaz olduğu yönündeydi. Bugün ise yeni TTK bu hakkın imtiyaz sayılacağını açıkça hükme bağlamıştır. Dola-

¹¹⁶ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 437.

¹¹⁷ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat (n 2) 438. Yazar bu görüşünü TTK m. 454/7'ye dayandırmaktadır. Öte yandan, bu ve benzeri çözüm önerilerinin fazla zorlama olduğu, en doğru yöntem olarak bu konuda kanun koyucunun yasal düzenleme yapması gerektiği hakkında bkz. Sönmez (n 75) 394 vd.

yısıyla sonradan esas sözleşme değişikliği ile böyle bir imtiyaz tanınmak istenmesi veya genel kurul kararının mevcut imtiyazı ihlal edecek nitelikte olması halinde imtiyaza ilişkin hükümler dikkate alınmak zorundadır (TTK m. 421/3, b; m. 454).

- Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına dayanılarak atanan yönetim kurulu üyeleri temsil ettikleri grubun emir ve talimatlarıyla bağlı olmayıp, normal yolla atanan yönetim kurulu üyeleri ile hukuki durumu eşittir. Bu bağlamda diğer üyelerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabidirler.
- İmtiyazın ancak paya tanınabileceği yönünde kabul edilen genel ilkeye bir istisna olarak yeni TTK m. 360 ile yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının belirli pay gruplarının yanı sıra özellik ve nitelikleri itibarıyla belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa da tanınabileceği öngörülmüştür.
- Belirli bir grup oluşturan pay sahipleri kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda pay sahipleri arasında bir grup oluşturmaya imkân sağlayacak herhangi bir kriter yeterli sayılmalıdır. Ancak ismen belirli bir kimseye yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmaz, çünkü bu halde özellik ve nitelik belirtmeye ihtiyaç kalmayacağı için bir gruptan da söz edilemez.
- Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilme hakkı esas sözleşmede başlıca iki yöntemle düzenlenebilir: a) yönetim kurulu üyelerinin belirli pay grupları, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlık arasından seçilmesi yöntemi b) belirli pay grupları, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri veya azlığın yönetim kurulu üyeliği için aday önermesi yöntemi. Kanunda bu yöntemler sınırlı şekilde sayıldığından bu iki yöntemin haricinde başka bir şekilde düzenleme yapılamaz.
- Yönetim kurulu üyesinin hak sahibi grup tarafından önerilmesi yönteminde önerinin bağlayıcılığı söz konusudur. Dolayısıyla genel kurul hak sahibi grup tarafında önerilen adayı ancak haklı sebeplerin varlığı durumunda yönetim kurulu üyeliğine seçmeyebilir. Aynı zorunluluk yönetim kurulu üyesinin hak sahibi gruba dâhil pay sahipleri arasından seçilmesi yönteminde de söz konusudur. Buna göre genel kurul, kanuni ve esas sözleşmesel şartları taşımak ve haklı bir sebep bulunmamak kaydıyla yönetim kurulu üyesini hak sahibi gruba dâhil pay sahipleri arasından seçmek zorundadır.
- Kendisine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan grup bu hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ancak bu haktan önceden feragat edilemez. Şayet hak sahibi grup bu hakkını kullanmazsa yönetim kurulu üyesini seçme yetkisi tekrar genelle kurula geçer.

- TTK m. 360'a aykırılık halinde iptal yaptırımı gündeme gelecektir. Doktrin-
de iptal davasını mahkemenin kabul etmesinin, aynı zamanda haksız olarak
reddedilen adayın seçilmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir. Kanaati-
mizce bu sonuç pratik ve usul ekonomisi yönünden faydalıdır. Fakat teorik
olarak sorunlu görünmektedir. Bu nedenle ilgili yasal düzenlemenin yapıl-
ması ve bu çözümün hukuki zemine oturtulması en makul çözüm olarak
görünmektedir.

Kaynakça

- Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (Vedat Kitapçılık 2016).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (22. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2016).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (Yetkin Yayınları 2019).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (Güncellenmiş 13. Bası, Beta Yayınevi 2019).
- Baltalı C, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Çamoğlu E, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili' Halil Arslanlı Bilim Arşivi <<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/ErsinCamoglu-Anonim-Ortaklik-Yonetim-Kurulunda-Belirli-Grupların-Temsili.pdf>> Erişim Tarihi 1 Mart 2024 1-4.
- Çeker M, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2000) (Oy Hakkı).
- , 'Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Yönetime Katılması' (2004) 13 (1) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 37-56 (Yönetime Katılma).
- Eminoğlu C, 'TTK m. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası' in Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin ve Sinan Sarıkaya (eds), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 335-352.
- Eren E, 'Banka Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı Veren Pay Sahipleri Sözleşmesi "Kanuna Karşı Hile" Olarak Değerlendirilebilir mi?' (2021) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013-1046.
- Karahan S, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması* (Kazancı Kitap Ticaret AŞ 1991).
- Karamanlioğlu A, 'TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları-Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi' (2021) 16 (197-198) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-279.
- Karasu R, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı' (2016) 2 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 31-40.
- Kaya A, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2001) (Bilgi Alma).
- , 'Yürürlüğün 1. Yılında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu-Tartışmalar' (2012) 16 (3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 143-143 (Tartışmalar).
- Kendigelen A, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz* (Beta Yayınevi 1999) (İmtiyaz).

- , 'İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili (OR Art. 709)' in Hayri Domaniç, Mehmet Helvacı ve Abuzer Kendigelen (eds), *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı* (Beta Yayıncılık 1999) 339-402 (Temsil).
- , *Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler* (3. Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) (İlk Tespitler).
- Kırca İ, Şehirli Çelik F H ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt I (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013).
- Kortunay A, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Memiş T, 'Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nite likli Pay Sayılır mı?' (2014) 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3105-3121.
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu-Değerlendirme ve Öneriler* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) (Değerlendirme).
- , *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) (Hükümsüzlük).
- Ölmez F, *Belirli Grupların Yönetim Kurulunda Temsil Edilmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, (Adalet Yayınevi 2020) (Şirketler Hukuku).
- , *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II-III (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) (Şerh).
- Sönmez N S, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin İmtiyaz Yoluyla Yönetim Kurulunda Temsili* (On İki Levha Yayıncılık 2024).
- Şehirli Çelik F H, *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmele-rine Karşı Önlemler* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2008).
- Şener O H, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Teoman Ö, 'Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar' in Ömer Teoman (ed), *Tüm Makalelerim Cilt I-II* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012).
- Turan G, 'Anonim Şirketlerde Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz' (2007) 65 (4) Ankara Barosu Dergisi 125-138.

Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler^(*)

Arş. Gör. Dr. Osman KARAKÖSE^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DEMİR^(***)

Öz

Hukuk düzeninde bir uyuşmazlığı çözmeyi talep etmek, gerekli yargılama masraflarını karşılamayı da gerektirmektedir. Ekonomik gücü olmayanların da adalete erişim hakları bulunmakta ve bu hakların sağlanmasında adli yardımın önemli bir işlevi vardır. Hukuk düzeni, finansal kaynaklardan yoksun olanların taleplerinde haklı görünmeleri halinde onları yargılamanın sonuna kadar yargılama giderlerinden bağışık tutmaktadır. Başvuranların yargılama sonucunda haksız çıkmaları halinde ise devletçe yapılmış olan giderler, ilgili kişilerden tahsil edilmektedir.

Adli yardımdan faydalanan kişilerin kapsamı, ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. Çoğu ülkede gerçek kişilere tanınan adli yardım imkânı, tüzel kişilere sınırlı olarak tanınmaktadır. Türk Hukuku'nda da mevcut düzenlemeye göre sadece gerçek kişiler ile kamuya faydalı dernek ve vakıflar adli yardım talep edebilirler. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 334 kamuya yararlı olmayan diğer tüzel kişiler ile ticaret şirketleri lehine adli yardım hakkı tanımamaktadır. Kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışın-

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.05.2024.

Atıf Şekli: Osman Karaköse ve Ömer Faruk Demir, 'Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Taleplerine İlişkin Değerlendirmeler' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 699, 736.

DOI: 10.52273/sduhfd..1468555.

^(**) Dicle Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Diyarbakır, Türkiye.

E-posta: zaoskargm@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6391-2638>.

^(***) Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Diyarbakır, Türkiye.

E-posta: omerfaruk.demir@dicle.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0254-1890>.

daki diğer tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanamayacağı hususu, yargı kararlarında da genel kabul görmektedir.

Yakın bir zamanda Anayasa Mahkemesi, hukuki yardım talebinin kabul edilmediği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunan bir anonim şirketin talebini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, ticaret şirketleri lehine hukuki yardıma izin vermeyen yasal düzenlemenin hak ihlaline neden olduğu sonucuna varmıştır.

AYM'nin bu kararından sonra kamuya yararlı dernek ve vakıf dışındaki tüzel kişilere adli yardım yasağı getiren hukuki düzenlemenin tartışma konusu haline geleceği değerlendirilmiş ve bu çalışmada ticaret şirketlerinin adli yardım talepleri inceleme konusu yapılarak olası bir yasa değişikliğinde ticaret şirketleri açısından kanuni düzenleme önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Ticaret Şirketleri, Adli Yardım, Bireysel Başvuru, Mahkemeye Erişim Hakkı.

Assessments Concerning Legal Assistance Requests of Commercial Companies

Abstract

Requesting to resolve a dispute in the legal order also requires to cover the necessary costs of the proceedings. Those who do not have economic power also have access to justice, and legal assistance has an important function in ensuring these rights. The legal order is immune to those who lack financial resources from the costs of judging them until the end of the trial if they appear to be right in their demands. If the applicants are wronged as a result of the trial, the expenses made by the state are collected from the relevant persons.

The extent of persons benefiting from legal assistance varies from country to country. In most countries, legal aid is limited for legal entities. According to the current regulation in Turkish Law, only natural people and associations and foundations beneficial to the public can request legal assistance. HMK m. 334 does not grant legal assistance in favor of other legal entities and trade companies. The fact that other legal persons other than associations and foundations beneficial to the public cannot benefit from legal assistance is also generally accepted in judicial decisions.

Recently, the Constitutional Court accepted the request of a joint stock company that made an individual application on the grounds that the request for legal assistance was not accepted. The Supreme Court has concluded that legal regulation that does not allow legal assistance in favor of commercial companies causes a violation of the right.

After this decision of the Constitutional Court, it was evaluated that the legal regulation banning legal assistance to legal entities would become a matter of discussion, and in this study, legal assistance requests of commercial companies were examined and legal regulation suggestions were presented for commercial companies in case of a possible change in the law.

Keywords

Commercial Companies, Legal Assistance, Individual Application to the Constitutional Court, Right of Access to Court.

Extended Summary

Requesting to resolve a dispute in the legal order also requires to cover the necessary costs of the proceedings. Those who do not have economic power also have access to justice, and legal assistance has an important function in ensuring these rights. The legal order is immune to those who lack financial resources from the costs of judging them until the end of the trial if they appear to be right in their demands. If the applicants are wronged as a result of the trial, the expenses made by the state are collected from the relevant persons.

The extent of persons benefiting from legal assistance varies from country to country. In most countries, legal aid is limited for legal entities. According to the current regulation in Turkish Law, only natural people and associations and foundations beneficial to the public can request legal assistance. HMK m. 334 does not grant legal assistance in favor of other legal entities and trade companies. The fact that other legal persons other than associations and foundations beneficial to the public cannot benefit from legal assistance is also generally accepted in judicial decisions.

The European Court of Human Rights considers applications for legal assistance within the scope of the right to a fair trial and examines their compliance with Article 6 of the European Convention on Human Rights. The ECHR accepts that the right to access the court is not an absolute right and that some limitations may be prescribed for filing a lawsuit, but these limitations should not affect the essence of the right. According to the ECHR's approach, the European Convention on Human Rights does not impose a duty on member states to regulate the legal assistance institution. Member states have discretion whether to regulate the legal aid institution and, if so, to determine the conditions for benefiting from legal assistance. However, despite this, the ECHR does not accept that legal entities are completely deprived of the right to legal assistance in the face of excessively high amounts of judicial fees, and in these cases it issues rights violation decisions.

A commercial company, whose request for legal assistance was not accepted recently, made an individual application to the Constitutional Court for this reason. Reminding that commercial companies are legal subjects with rights and action capacity, and therefore active and passive litigation capacity, the Constitutional Court stated that these persons also have the right to be plaintiffs or defendants before the court, and stated that a categorical ban on legal assistance against commercial companies is not a proportionate limitation. In this case, the Constitutional Court decided that the Legislator did not use his discretion in moderation and that the relevant legal limitation caused a violation of rights against the applicant Company.

In the civil procedure law, people who will benefit from legal assistance are listed in limited numbers. According to the law, real persons and public associations and foundations may request legal assistance. According to the regulation in the law, other persons will not be able to request legal assistance. Commercial companies are also deprived of the right to legal assistance.

In Turkish Law, all commercial companies have legal personality. Legal entities do not have all the spiritual values that real persons have. Values such as human dignity and protection of the family are not applicable to legal entities. In Turkish Law, it is not

accepted to establish commercial companies for any purpose other than earning and sharing profits. Trading companies have the title of merchant by law. The merchant is under the obligation to act as a prudent business person in his commercial affairs and affairs. The trader's obligation to act as a prudent business person also reduces his need for protection. For this reason, a merchant who does not act foresight should be deprived of some of the protective opportunities granted to non-merchants. The obligation to act as a prudent business person should also include foreseeing that there may be legal disputes related to commercial affairs and that resolving these disputes will result in some financial requirements. The most important condition for requesting legal assistance is poverty, which is also the reason for the existence of the legal aid institution. Poverty for real persons imposes positive obligations on the state as a requirement of being a social state. For legal entities, economic problems are often the reason for the termination of the legal entity. All these reasons constitute justification for depriving commercial companies of legal assistance.

Considering the structure, function and purposes of commercial companies, not granting legal assistance to commercial companies is a preferable option. However, in order to more accurately establish concrete case justice, commercial companies should be provided with the right to legal assistance in some exceptional cases. Opening the door to legal assistance for commercial companies will also reduce the number of rights violation decisions before the ECHR and the Constitutional Court. Even if commercial companies are granted the right to legal assistance, it is also necessary to subject companies to a different regime than natural persons regarding legal assistance. For companies, their right to request legal assistance should be subject to stricter conditions and the judge should be given a discretionary power. The judge examining the request must consider whether the company managers have taken the necessary precautions to protect the assets of the requesting company, the degree of justification in the company's lawsuit or other legal demands, and accept the request if it seems more fair to provide legal assistance in the concrete case.

Giriş

Günümüz hukuk anlayışında fertlerin bir hukuki uyumsuzluğu bizzat kendilerinin çözmesi yasaklanmış ve yargılama yetkisi devlete verilmiştir. Hukuki uyumsuzluklarda devlete müracaat etmenin zorunlu tutulmasının bir gereği olarak da bu yola başvurmak, hukuki ve ekonomik açıdan mümkün olmalı ve bireylerin bu yolla hak talep etmelerinde gerekli kolaylıklar da sağlanmalıdır. Adalete erişim hakkının tanınmış olması yeterli olmaz, bu hakkın kullanılabilmesi için fiili imkânların da mevcut bulunması gereklidir. Yargılama giderlerinin çok yüksek olduğu bir yargılama sisteminde tüm fertler mahkemeye erişim hakkına eşit şekilde sahip olamazlar. Hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışı devletin bazı pozitif görevler yüklenmek suretiyle tüm bireylerin temel hak ve ihtiyaçlarının doyurucu ve adil bir şekilde karşılanmasını gerektirmektedir.

Sosyal devlet ilkesinin (Anayasa m. 2) yargılama hukukundaki yansımalarından bir tanesi de adli yardım kurumudur¹. Adli yardım ekonomik açıdan zor durumda olan kişilerin yargı hizmetinden faydalanabilmelerine imkân sağlayan bazı mali kolaylıkların ilgililere sunulmasıdır. Adli yardım kurumu, sosyal ve hukuk devletinin bir gereği olarak, ilgililerin adalete erişim hakkını kullanabilme ve böylelikle etkin bir yargılamanın yapılması imkânını sağlamaktadır.

Mahkemeden bir hakkın korunması veya yerine getirilmesi talebinde bulunmak isteyen ilgililerin mali durumu yargılama giderlerini karşılamaya yetmeyebilir. Haklı olmasına rağmen ilgilinin yoksul olması nedeniyle dava hakkını kullanamaması durumunda adli yardım, yoksul kişilere yargılama giderlerinden geçici bağışıklık imkânı sunmakta ve bu kişiler dava hakkını kullanabilmektedir.

Hukuk devletinde bireylerin yargılama hizmetlerinden bedelsiz yararlanması ilkesi ile özel hukuktan doğan haklara ilişkin uyumsuzlukların çözülmesi için ilgiliden talep edilen yargılama giderinin bulunması, birbiriyle esasen ters de düşmemektedir. Zira yargılama hizmetinin (başvurunun) tamamen ücretsiz olması, dava sayısının oldukça fazla artmasına ve yargı faaliyetinin işlevinin azalmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla yargı faaliyeti bedelinin tamamının değil fakat bir kısmının ilgiliden alınması, etkin ve işlevsel bir yargılama için faydalı olmaktadır. Buna mukabil, bireylerin adalete erişim hakkını ortadan kaldıracak veya zorlaştıracak şekilde yüksek harçların (yargılama giderlerinin) ilgililerden talep edilmemesi gerekmektedir. Sosyal bir hukuk devletinde bahsettiğimiz bu

¹ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, Cilt 3 (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) (Pekcanitez Usûl) 2410.

dengeyi koruyacak şekilde bir hukuk politikasının takip edilmesi önem arz etmektedir².

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) kimlerin adli yardım talebinde bulunabileceği açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 334'teki düzenlemeye bakıldığında, esasen sadece gerçek kişilerin ve buna ek olarak kamuya faydalı dernek ve vakıfların adli yardım kurumundan faydalanabilecekleri belirtilmiştir. HMK m. 334 hükmü gereğince kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki tüm tüzel kişilikler, adli yardım kurumundan faydalanamazlar. Yargı kararlarında da kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki diğer tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanamayacağı hususu istikrar kazanmıştır³.

Kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki diğer tüzel kişilerin, adli yardımdan faydalanabilmelerinin mümkün olup olmaması hususu, çalışmamızın özünü oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak bir ticaret şirketinin yapmış olduğu bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) vermiş olduğu ihlal kararının, başta ticaret şirketleri olmak üzere kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki diğer tüzel kişilerin adli yardım taleplerine ilişkin tartışmaların alevlenmesine sebep olacağı tarafımızca öngörülmektedir. Biz de bu çalışmamızda, kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki diğer tüzel kişilerin, adli yardımdan faydalanabilmelerinin mümkün olup olmadığını Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı ile birlikte değerlendirecek, ticaret şirketlerinin adli yardım taleplerine ilişkin olarak de lege ferenda değerlendirmelerde bulunacak ve çalışmanın sonunda yasal değişiklik önerisinde bulunacağız.

I. Genel Olarak Adli Yardım

A. Adli Yardım Kurumunun Adalete Erişim Hakkının Kullanılmasındaki İşlevi

Devletin temel fonksiyonlarından biri olan yargılama, bir kamu hizmeti olup bu yolla adalet dağıtımını tesis edilmektedir. Adalet dağıtımını devlet tarafından

² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) (Ders Kitabı) 560.

³ Yargıtay 12 HD, 5979/9662, 02.04.2014: "... Görüldüğü üzere yasada adli yardımdan mağduriyeti yasal mercilerce belirlenen gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların yararlanabileceği, bu bağlamda sermaye şirketlerinin adli yardımdan faydalanamayacağı anlaşılmaktadır..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; Benzer başka kararlar için bkz. Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024; Yargıtay 15 HD, 5208/5910, 19.11.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

kural olarak karşılıksız (ücretsiz) yerine getirilmektedir. Buna karşılık özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde bu yargılama hizmetinin görülebilmesi için gerekli olan harcamaların (masrafların) bir kısmının bu hizmetten faydalanan kişilerden alınması, modern sosyal hukuk devletlerinde genel kabul görmektedir⁴. Yargılama gideri olarak ilgiliden talep edilen kısım, yargılama faaliyeti için yapılan harcamaların tamamı değil; sadece belirli bir kısmından ibarettir. Dolayısıyla esasen yargılama faaliyetinin tüm bedeli ilgiliden alınmamakta, sadece aldığı yargılama hizmetinin bir kısmı talep edilmektedir.

Günümüz koşullarında yargılama faaliyetinden yararlanılması (dava açılması veya icra takibinin yapılması), oldukça masraflı bir hal almıştır. Özellikle de avukat vasıtasıyla yargılamada temsil edilme hususu maddi açıdan ilgilileri zorlamaktadır. Bu durum, yukarıda değindiğimiz üzere sosyal hukuk devletinin izlemesi gereken hukuk politikası ile bağdaşmamakta ve adalete erişim hakkını kısıtlamaktadır. Ayrıca yargılamanın oldukça masraflı olması hususu, yurttaşların hukuki güvenliğini tehlikeye sokmakta ve *'kanun önünde eşitlik'* ilkesini de ihlal etmektedir. Zira ekonomik koşullar nedeniyle dava açma hakkı zorlaşan ya da ortadan kaldırılan taraf bakımından Anayasal ilke (Anayasa m. 10) olan kanun önünde eşit olma hakkından bahsedilemez⁵.

Yargılama masraflarının (harçlarının) fazla olması, Anayasa m. 36'da açıkça ifade edilen *'hak arama özgürlüğü'* ve Anayasa m. 5'te ifade edilen devletin görevleri açısından birlikte değerlendirildiğinde, maddi durumu yargılama masraflarını karşılamaya yetmeyen (veya zorlanan) yurttaşların sırf ekonomik sebeplerden dolayı haklarını dava yoluyla arayamamaları, sosyal hukuk devletinde kabul edilemez bir durumdur. Belirttiğimiz bu olumsuz sonucun bertaraf edilmesi, yoksul yurttaşların da adalete erişiminin sağlanması ve haklarını dava yoluyla kullanabilmesi amacıyla sosyal hukuk devleti uyarınca yoksul vatandaşlara adli yardım kurumu düzenlenmiştir⁶.

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes (n. 2) 560.

⁵ Seyithan Deliduman, 'Adli Yardım İsteminin Zamanaşımı Üzerine Etkisi ve Konuya İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2005) 79 (4) İstanbul Barosu Dergisi 1115, 1115; Pekcanitez/Atalay/Özekes (n. 2) 569-570.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes (n. 2) 570. Yargıtay 1 HD, 8156/1289, 01.03.2018: "... Bilindiği üzere, Anayasa'da aranan hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için gerekli yargılama giderlerini ödemedeki sıkıntıya düşecek veya ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü mali ve hukuki korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devletinin ilkelerinden olup, bu gereğin yerine getirilebilmesi de adli yardım ile mümkündür..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

Doktrinde adli yardım, haklı olan bir kişinin mali gücünün olmaması (yoksul olması) sebebiyle dava açılmasının gerektirdiği mali külfetlerden geçici olarak muaf bırakılması olarak tanımlanmaktadır⁷. Adli yardım, mali durumu elverişli olmayan ilgililere hak arama özgürlüğünü (Anayasa m. 36/1) kısıtlayan engellerin adalete erişim hakkı kapsamında devletçe kaldırılmasını amaçlamaktadır⁸. Adli yardım ayrıca (sosyal devlet gereği olan) sosyal yardımın yargı alanındaki özel görünüm şeklidir.

Sosyal hukuk devletinde hukuksal güvence, her yurttaşın eşit bir şekilde ve ekonomik durumlarına göre değişmeksizin yargı faaliyetinden yararlanmasını gerektirir. Dayanağını Anayasa m. 10'daki düzenlemeden alan kanun önünde eşitlik ilkesi, mali durumu olmayan kişilerin ekonomik açıdan zor duruma düşmeden haklarını arayabilme ve talep edebilmelerini ifade etmektedir⁹. Adli yardım kurumu da sosyal hukuk devletinde zikredilen hususlar bağlamında HMK m. 334 ve devamında düzenlenmiştir¹⁰. Böylelikle yargılama faaliyetinden sadece maddi durumu yetenlerin yararlanılmasının önüne geçilmiş ve ekonomik açıdan zor durumda olanlara da hakkını arayabilme olanağı tanınmıştır¹¹.

B. Adli Yardımın Şartları

Adli yardımdan yararlanabilmek için ilgilinin (adli yardım talebinde bulunanın) bazı koşullara sahip olması gerekmektedir. Ayrıca adli yardım talebinde bulunanın bu şartlara haiz olduğunu yardım talebinde bulunduğu mahkeme önünde kanıtlaması gerekmektedir¹². Adli yardım talebinde bulunulması halinde, mahkemece bu

⁷ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt V (Demir Yayıncılık 2001) 5418. Başka bir tanımda ise adli yardım, kendisi veya ailesinin geçimini zor duruma sokmayacak şekilde, ilgili kişinin yargılama veya takip giderlerinden (haklı olduklarına dair peşinen kanaat uyandırmaları şartıyla) geçici olarak muaf olmalarını sağlayan kurum olarak tanımlanmıştır. Ayşe Kılınc, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Adalet Yayınevi 2013) 9; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I (Yetkin Yayınları, 2016) 1055.

⁸ Kuru (n 7) 5418; Deliduman (n 5) 1115.

⁹ Faruk Erem, 'Adli Yardım', İmran Öktem'e Armağan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 107, 108; Alim Taşkın, 'Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı' (1999) (3) TBB 831, 836; Pekcanitez/Atalay/Özekes (n 2) 570.

¹⁰ Ayrıca Avukatlık Kanunu m. 176-179 hükümleri arasında da adli yardıma ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

¹¹ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (Yazarın Kendi Yayını 2000) 775.

¹² Üstündağ (n. 11) 776; Deliduman (n. 5) 1117. HMK m. 336'nın gerekçesinde, adli yardım talebinde bulunan ilgilinin, haklı olduğunu ispata yarayacak asıl dava veya işle ilgili bilgi ve delillerinin neler olduğunu ve yoksul olduğunun ispatına yarayacak, mali durumuna ilişkin belgeleri de adli yardım talebiyle birlikte mahkemeye sunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

adli yardım talebi hakkında karar verilmeden esasa ilişkin inceleme yapması ve hüküm kurulması, ağır bir usulü hata oluşturmaktadır¹³. Adli yardımdan yararlanma şartları, genel olarak fakirlik (yoksulluk) ve haklılık olmak üzere iki tanedir¹⁴.

1. Fakirlik (Yoksulluk)

HMK m. 334/1'de kendisi veya ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, yargılama ya da takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselerin adli yardımdan yararlanabileceği düzenlenmiştir.

Tarafların yargılama giderlerini karşılayamayacak durumda olduklarını belirtmeleri yeterli olmamakta; ayrıca adli yardım taleplerinin ilgili mahkemece uygun görülüp kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵. Dolayısıyla, adli yardım talep eden kişilerin, yoksul ve yargılama (ve takip) giderlerini karşılayamayacak durumda olduklarını gösteren belgeleri¹⁶ ilgili mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Şayet adli yardım talep eden kişi bu belgeleri sunmazsa ya da mahkeme, talepte bulunan kişinin yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda olduğu kanaatine varırsa adli yardım talebi reddedilir¹⁷.

2. Haklılık

Adli yardım talebinde bulunan kişinin adli yardım talebinden yararlanabilmesi için haklı olması da gerekir (HMK m. 334). Adli yardım talep edenin haklı

¹³ Yargıtay 2 HD, 5178/6418, 24.04.2001: "... Davalı adli yardım isteğinde bulunmuş, mahkeme bu konuda gerekli araştırmayı yapmadığı gibi bu konuda kararda vermemiştir. Davalının adli yardıma layık olması halinde ona vekil tayin edilmek üzere gerekli girişimlerde bulunularak vekille temsili sağlanmaması savunmayı etkileyen önemli bir usul hatasıdır..." <www.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

¹⁴ Bu iki şarta ek olarak, yabancı gerçek kişilerin adli yardım kurumundan faydalanabilmeleri için, tabi oldukları Devlet ile Türkiye Devleti arasında bu hususa ilişkin bir karşılıklı bir işlemin (anlaşmanın) varlığı şarttır (Tanrıver (n 7) 1055).

¹⁵ Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018: "... Davalının adli yardım talebini içeren dilekçesi ve dosya kapsamındaki belge ve bilgiler birlikte değerlendirildiğinde; kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin gereken kanun yoluna başvuru giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olduğu kanaatine varıldığından, davalının adli yardım talebinin kabulüne karar vermek gerekmiştir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

¹⁶ HMK m. 336'nın gerekçesinde, mali durumunu ispat etmesi açısından ilgilinin, hâkimde kanaat uyandırmaya elverişli her tür belgeyi delil olarak kullanabileceği hususu açık bir şekilde ifade edilmiştir.

¹⁷ Yargıtay 3 HD, 1844/47, 08.01.2024: "... Adli yardım talebinde bulunan davacının talebini adli yardıma ihtiyaç duyduğuna dair hiçbir belge eklememesi halinde adli yardım talebi reddedilmelidir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

olup olmadığının takdiri talepte bulunulan mahkemeye aittir. Adli yardım talep edenler, bir davada (iddia ve savunmalarında) veya geçici hukuki korunma taleplerinde taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler (HMK m. 334/1). HMK m. 334/1'den de anlaşılacağı üzere adli yardım talebinde bulunanın haklılığından kasıt, davayı kazanabilir olmasıdır yoksa tam ispat ölçüsü aranmamaktadır. Adli yardım talebinde bulunan kişinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesi yeterli görülmüştür¹⁸.

C. Adli Yardımın Usul ve Sonuçları

1. Usulü

Adli yardım kurumunun usul ve esaslarına ilişkin hükümler HMK m. 334-340 arasında düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca, adli yardım talebi, dava ve geçici hukuki himaye talepleri bakımından asıl talebin veya işin karara bağlanacağı mahkemeden; takip hukukunda ise takibin yapıldığı veya yapılacağı icra dairesinin bağlı olduğu yerdeki icra mahkemesinden talep edilir (HMK m. 336)¹⁹. Kanun yoluna başvuru esnasında adli yardım talebinde bulunulacak mahkemeler, bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay'dır (HMK m. 336/3).

Adli yardım kurumuna çekişmeli yargılamada başvurulabildiği gibi çekişmesiz yargı halleri için de başvurulabilir²⁰. Bunun yanında HMK'da düzenlenen adli yardım kurumuna idari yargı yolunda da başvurulabilir (İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 31)²¹. Yargılama hukukunun yanında icra ve iflas takibi işlemleri²² (icra ve iflas Kanunu m. 15/2) için de adli yardım talebinde bulunulabilir²³.

¹⁸ Tanrıver (n 7) 1057.

¹⁹ HMK m. 336'nın gerekçesinde, adli yardım kararının mutlaka mahkemece verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

²⁰ Üstündağ (n 11) 776; Deliduman (n 5) 1116.

²¹ Ejder Yılmaz, 'Adil Yardım Kurumunun idari Yargıda Uygulanması' (1987) (7) Mali Hukuk 12, 16. Benzer şekilde ceza yargılaması için de adli yardım kurumuna başvurulabilir (Taşkın (n 9) 836).

²² Belirtmek gerekir ki HMK m. 336 gerekçesi uyarınca, iflas kararından sonra, müflisin adli yardım talebinde bulunması mümkün değildir.

²³ Deliduman (n 5) 1116; Üstündağ (n 11) 776. Benzer şekilde ihtiyati tedbir taleplerinde de adli yardıma başvurulabilir. Bkz. Yargıtay 11 HD, 2768/3403, 28.03.2016: "... İhtiyati haciz talep eden 19.11.2015 tarihli dilekçesi ile adli yardım talep etmiş olup HMK 336/2 ve 337/1. maddeleri çerçevesinde incelemenin evrak üzerinde yapılması gerekli görülmekle dosya kapsamı, talep dilekçesi içeriği ve ekli belgeler ve harcın tutarı gözetilerek, davalının kanun yolu harç ve giderleri bakımından adli yardımdan yararlandırılmasına karar vermek gerekmiştir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Şubat 2024.

İlk derece mahkemelerinde adli yardım talebinde bulunulabileceği gibi bölge adliye mahkemeleri ve temyiz aşamasında da adli yardım talebinde bulunulabilir (HMK m. 336/3)²⁴.

Adli yardım talebinin incelenmesi bakımından mahkeme duruşma yapmadan da adli yardım talebi hakkında karar verebilir²⁵. Fakat taraflarca adli yardım talebinin duruşmalı incelenmesi talebi mevcutsa, mahkemece inceleme duruşmalı olarak da yapılabilir (HMK m. 337/1)²⁶.

Yukarıda da değinildiği üzere, adli yardım talep eden ilgili, iddia ve savunmasının özetiyle birlikte dayanak delilleri ve yoksul olduğunu gösteren belgeleri ilgili mahkemeye sunmak zorundadır (HMK m. 336). Belirtmek gerekir ki, adli yardım talebinde bulunmak için herhangi bir harç veya vergi ödenmez²⁷.

Adli yardım talebi mahkemece reddedilen kişi, kararın kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde bu ret kararına karşı itiraz edebilir. İtiraz dilekçeyle ve ret kararı veren mahkemeye yapılır. İtiraz dilekçesini alan mahkeme, itiraz incelemesinin yapılabilmesi için dosyayı o yerde birden fazla hukuk mahkemesi varsa, numara olarak kendisinden sonra gelen hukuk mahkemesine; o yerde başka hukuk mahkemesi yoksa aynı işleri bakmaya görevli olan en yakın mahkemeye göndermesi gerekir. İtiraz incelemesi neticesinde ilgili mahkemenin verdiği karar kesindir (HMK m. 337/2)²⁸.

2. Sonuçları

Adli yardım talebinin mahkemece kabul edilmesiyle ilgili kişi lehine bazı sonuçlar doğmaktadır. Adli yardım talebinin kabul edilmesinin ilgisine sağladı-

²⁴ Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018: "... Davalı, temyiz dilekçesinde adli yardım talebinde bulunmuştur. Adli yardıma ilişkin usul ve esaslar Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334-340. maddelerinde düzenlenmiş olup, aynı Kanunun 336/3. maddesine göre adli yardım talebi kanun yollarına başvuru sırasında Yargıtay'a da yapılabilir ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 337/1. maddesi uyarınca da duruşma yapılmaksızın talep hakkında karar verilebilir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 12 Şubat 2024.

²⁵ Yargıtay 1 HD, 8156/1289, 10.03.2018: "... HMK 337/1. maddesinde de duruşma yapılmaksızın talep hakkında karar verilebileceği hükme bağlanmıştır..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 11 Şubat 2024.

²⁶ Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 01 Şubat 2024.

²⁷ Yargıtay 4 HD, 12742/463, 24.01.2017: "... Adli yardım talebine ilişkin evrak, her türlü harç ve vergiden muaftır..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 17 Şubat 2024.

²⁸ Tanrıver (n 7) 1055 vd. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir (HMK m. 337/2).

ğl imkânlar genel olarak, dava (ve takip) sürecince yapılacak tüm yargılama (ve takip) giderlerinden ilgilinin geçici olarak muaf tutulmasıdır. Ayrıca adli yardım talebi kabul edilen ilgili, yargılama ve takip giderleri için göstermesi gereken teminattan da muaf olur. Adli yardım talebinin kabul edilmesiyle dava ve icra takibi esnasında yapılması zorunlu olan tüm giderler Devlet tarafından avans olarak ödenir. Son olarak, kanunen davanın avukat ile takip edilmesi gerekiyorsa, ücreti sonradan ilgili tarafından ödenmek üzere adli yardım talebi kabul edilen ilgiliye bir avukatın teminin temini sağlanır (HMK m. 335)²⁹.

Adli yardım talebinin kabulü kararından sonra ertelenen yargılama giderleri ve Devlet tarafından ödenen avanslar, dava (ve takip) neticesinde haksız çıkan taraftan tahsil edilir. Şayet adli yardım talebi kabul edilen kişi yargılama neticesinde haksız çıkarsa, mahkemece uygun görülmesi durumunda, yargılama giderlerinin en çok bir yıl içerisinde olmak şartıyla eşit taksitler şeklinde ödenmesine de karar verilebilir. Ancak adli yardımdan yararlanan ilgilinin haksız çıkması durumunda bu giderlerin kendisinden tahsili mağduriyete sebep olacaksa mahkemece bundan da muaf tutulmasına karar verilebilir (HMK m. 339).

II. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukuku'nda Adli Yardımdan Yararlanacak Kişilerin Kapsamı ve Ticaret Şirketlerinin Durumu

A. Fransız Hukuku'nda

Fransız Hukukunda adli yardım (*l'aide juridique*), bu konuya münhasır 1991 tarihli özel bir kanunla³⁰ düzenlenmiştir. Bu kanun, sadece mahkeme nezdindeki hak arama talepleriyle sınırlı olmayıp avukatlık ve danışmanlık hizmetleri ile mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinde de sağlanacak hukuki yardıma ilişkin hususları düzenlemektedir (m. 1).

²⁹ HMK m. 335'te adli yardım talebinin kabulüyle gerçekleşen sonuçlar genel olarak şunlardır;

1. Dava (ve takip) sürecince yapılacak tüm yargılama ve takip giderleri ve harçlarından geçici olarak muafiyet,
2. Yargılama ve takip giderleri için adli yardım talebi kabul edilenin teminat göstermekten muaf olması,
3. Dava ve icra takibi esnasında yapılması zorunlu olan tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi,
4. Davanın avukat ile takip edilmesi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukatın adli yardım talebi kabul edilen ilgiliye temini.

³⁰ Loi N. 91-647 du 10 Juillet 1991 Relative à l'Aide Juridique, <<https://www.legifrance.gouv.fr/>> Erişim Tarihi 25 Mart 2024.

Fransız Hukukunda adli yardımdan yararlanabilecek kişilerin kapsamı sınırlı tutulmuştur. Kanuna göre, yargı organlarına başvurmak için gerekli olan parasal kaynaklara sahip olmayan gerçek kişiler adli yardımdan yararlanabilir³¹. Tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanmaları ise oldukça kısıtlanmıştır. Fransa’da ikametgâhı olup yargı organlarına başvurmak için gerekli finansal kaynaklara sahip olmayan tüzel kişilerden sadece kâr amacı gütmeyenler adli yardım talep edebilir³².

Görüldüğü üzere Fransız Hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları için kamuya yararlı olmak gibi bir şart öngörülmemiştir. Kâr amacı gütmemek adli yardım hakkına sahip olmak için yeterlidir. Ticaret şirketleri kâr amacıyla kurulduklarından bu kişilerin adli yardımdan faydalanmaları söz konusu olmaz. Ayrıca Fransız Hukukunda adli yardımdan faydalanmak için haklı görünmek gibi bir şart da öngörülmemiştir.

B. Alman Hukukunda

Alman Hukukunda adli yardıma (*Prozesskostenhilfe*) ilişkin hükümler Alman Medeni Yargılama Kanunu’nun (*Zivilprozessordnung*³³) 114-127. maddelerinde düzenlenmiştir. Gerçek kişilerin adli yardımdan yararlanabilmeleri; kişisel veya ekonomik durumlarının dava masraflarını karşılamaya müsait olmaması, davada başarı şansının olması ve taleplerinin anlamsız olmaması şartlarına bağlıdır³⁴ (m. 114).

Alman Hukukunda tüzel kişilerin de adli yardım talep edebilecekleri kabul edilmiştir ancak bu imkân gerçek kişilere göre daha sınırlı tutulmuştur. Düzenlemeye göre tüzel kişiler ve taraf ehliyetine sahip diğer kuruluşlar da adli yardım talep edebilirler. Tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanmaları, tüzel kişinin veya dava konusuyla parasal açıdan etkilenecek diğer kişilerin yargılama giderlerini karşılayabilecek miktarda malvarlıklarına sahip olmamaları ve dava açıl-

³¹ Art. 2, Al. 1: “*Les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d’une aide juridictionnelle. Cette aide est totale ou partielle*”.

³² Art. 2, Al. 2: “*Son bénéfice peut être exceptionnellement accordé aux personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France et ne disposant pas de ressources suffisantes*”.

³³ Zivilprozessordnung <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>>.

³⁴ ZPO Art. 114/1: “*Eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, erhält auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint*”.

mamasının veya savunma yapılmamasının kamu yararına aykırı düşecek olması şartlarına bağlı tutulmuştur (ZPO m. 116/2)³⁵.

Görüldüğü üzere Alman Hukukunda tüzel kişilerin adli yardım taleplerinde de kamu yararı ön planda tutulmuştur. Ticaret şirketleri, kamuya yararlı müesseseler olmadığından bunların adli yardımdan yararlanma hakları yoktur.

C. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de adli yardım kurumu (*l’assistance judiciaire*), kanton hukuklarında düzenlendiği gibi federal düzeyde de düzenlenmiştir. Burada sadece federal düzeydeki düzenlemelere değinilecektir. İsviçre Medeni Yargılama Kanunu (*Code de Procédure Civile*)³⁶ 117. maddesine göre adli yardımdan faydalanmanın iki koşulu bulunmaktadır³⁷. Birinci şart, adli yardımdan faydalanacak kişinin yeterli mali güce sahip olmamasıdır. İkinci şart ise başvuran kişinin davasının başarılı olma şansından tamamen yoksun bulunmamasıdır.

İsviçre Hukukunda adli yardımdan yararlanabilecek kişilere yönelik olarak kanuni düzenlemenin yoruma açık olduğu görülmektedir. Kanundaki ifadenin biçiminden tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasının mümkün olduğu izlenimi uyanmaktadır. Gerçekten de kanunda geçen “*une personne*” kelimesinin sadece gerçek kişileri ifade ettiği iddia edilse bile, tüzel kişiler “*personne morale*” terimiyle ifade edildiklerinden tüzel kişilerin de yararlanmalarına kapsamına girdiğini söylemek mümkün görünmektedir. Ancak belirtelim ki İsviçre Hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanamayacağı yaklaşımı, Federal Mahkeme tarafından kabul edilen görüştür³⁸. İçtihatlarda genel kanı böyle olmakla birlikte, adli yardımın gerçek kişilere hasredilmiş olduğunun sadece prensipte geçerli olduğu ve tüzel kişilerin mutlak anlamda yasaklı olduğunun söylenemeyeceği görüşleri de dikkat çekmektedir³⁹. İsviçre Hukukunda tüzel

³⁵ ZPO Art. 116/2: “*eine juristische Person oder parteifähige Vereinigung, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründet und dort ansässig ist, wenn die Kosten weder von ihr noch von den am Gegenstand des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und wenn die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde*”.

³⁶ CPC, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/fr#art_380>.

³⁷ Art. 117: “*Une personne a droit à l’assistance judiciaire aux conditions suivantes: a. elle ne dispose pas de ressources suffisantes; b. sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès*”.

³⁸ Tribunal Fédéral, BGE 131 II 306; Tribunal Fédéral, 2D_41/2018.

³⁹ Tribunal Fédéral, 4A_173/2023, Arrêt du 7 Juillet 2023.

kişilerin adli yardım hakkına sahip olduğu görüşü kabul edilirse, ticaret şirketleri dâhil tüm tüzel kişilerin yararlanma hakkına sahip olduğu kabul edilecektir. Ancak Alman Hukukundan esinlenen bir görüş, İsviçre Hukukunda da tüzel kişinin davasına dâhil olan gerçek kişilerin de ekonomik açıdan yetersiz olması şartını aramaktadır⁴⁰. Son tahlilde İsviçre Hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanıp faydalanamayacağı hususu, içtihatlarla göre şekillenmektedir.

D. Türk Hukuku'nda

Adli yardım kurumu, esas itibariyle mali açıdan yoksul olan kişiler için düzenlenmiş bir kurumdur⁴¹. HMK m. 334'te kimlerin adli yardımdan yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. HMK m. 334/1'de kendisi ve ailesinin geçimini önemli şekilde zor bir hale düşürmeksizin, yargılama (ve takip) giderlerini kısmen ya da tamamen ödeyemeyen kimselerin, iddia ve savunmasında, geçici hukuki koruma talebinde ve icra takibinde, ileri sürdüğü taleplerinin açık bir şekilde dayanaktan yoksun olmamak şartıyla adli yardımdan yararlanabilecekleri hüküm altına alınmıştır. HMK m. 334/2'de ise, kamuya faydalı dernek ve vakıfların, ileri sürdükleri iddia ve savunmalarında haklı olmaları ve ekonomik açıdan zor duruma düşmeksizin gerekli yargılama giderlerini kısmen ya da tamamen ödeyememeleri halinde adli yardımdan faydalanabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ayrıca HMK m. 334/3'te karşılıklılık şartının olması koşuluyla yabancı kişilerin de adli yardımdan faydalanabilecekleri düzenlenmiştir.

HMK m. 334'teki düzenlemede, kimlerin adli yardımdan faydalanabileceği hususunda bir sınırlama getirilmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında sadece gerçek kişiler (HMK m. 334/1 ve m. 334/3) ile kamuya faydalı dernek ve vakıfların adli yardımdan faydalanabileceği (HMK m. 334/2) hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla HMK m. 334 hükmü uyarınca kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki tüm tüzel kişilikler adli yardım kurumundan faydalanamazlar. Aynı şekilde yargı kararlarında da kamuya faydalı dernek ve vakıflar dışındaki diğer dernek ve vakıflar ile ticaret şirketlerinin adli yardımdan faydalanamayacağı hususu istikrar kazanmıştır⁴².

⁴⁰ Tribunal Fédéral, 4A_173/2023, Arrêt du 7 Juillet 2023.

⁴¹ Tanriver (n 7) 1054.

⁴² Yargıtay 12 HD, 5979/9662, 02.04.2014: "... Görüldüğü üzere yasada adli yardımdan mağduriyeti yasal mercilerce belirlenen gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların yararlanabileceği, bu bağlamda sermaye şirketlerinin adli yardımdan faydalanamayacağı anlaşılmaktadır..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 07 Şubat 2024. Benzer nitelikte başka kararlar için bakınız: Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 07 Şubat 2024; Yargıtay 15. HD, 5208/5910, 19.11.2015 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi

III. Ticaret Şirketlerinin Adli Yardım Talep Etme Haklarına İlişkin AİHM ve AYM'nin Yaklaşımı

A. AİHM'nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), adli yardıma ilişkin hak ihlallerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) Adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesine dayandırmaktadır⁴³. Sözü edilen madde, adli yardıma ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemektedir. AİHM, adli yardıma ilişkin başvuruları adil yargılanma hakkı kapsamında görüp Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk incelemesi yapmaktadır.

AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve dava açmak için bazı sınırlandırmaların öngörülebileceğini ancak bu sınırlandırmaların hakkın özüne dokunmaması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁴. AİHM içtihatlarına göre yargılama masrafları tek başına hak ihlali oluşturmaz. Özellikle ciddi yetten yoksun olup da mahkemeleri gereksiz yere meşgul eden taleplerin önüne geçmek açısından yargı masrafları, AİHM tarafından da olumsuz karşılanmamaktadır. İhlal sebebi oluşturan yargılama masrafları, ölçüsüz derecede yüksek olan harçlardır⁴⁵.

06 Şubat 2024; Yargıtay 20 HD, 7908/6350, 07.07.2017: "... Kanunun 334. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise; tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflarla sınırlıdır. Kanunda adli yardımdan yararlanacak kişiler arasında sayılmadığı için sermaye şirketleri adli yardımdan yararlanamaz..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 05 Şubat 2024; Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015: "... Adli yardımdan yararlanacak kişiler 6100 sayılı HMK'nın 334. maddesinde sayılmıştır. Anılan maddenin 1. bendine göre ancak gerçek kişiler, 2. bendine göre de ancak kamuya yararlı dernek ve vakıflar adli yardımdan yararlanabilir. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları mümkün değildir. Davalı Anonim Şirket olup yasa gereği adli yardımdan yararlanması mümkün bulunmadığından adli yardım talebi yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir..." <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 04 Şubat 2024.

⁴³ İlgili maddenin çalışmamızı ilgilendiren kısmı şöyledir: "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir".

⁴⁴ Bkz. AİHM, Eşim v. Türkiye, 2013, paragraf 19. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-126355%22]}>; ayrıca AİHM, Granos Organicos Nacionales S.A. v. Almanya, paragraf 45, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-109807%22]}>.

⁴⁵ Gökhan Çayan, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016) (28) TAAD 235, 255.

AİHM'in yaklaşımına göre AİHS, üye devletlere adli yardım kurumunu düzenleme ödevi yüklemektedir⁴⁶. Üye devletler, adli yardım kurumunu düzenleyip düzenlememekte ve düzenleyecekse adli yardımdan yararlanma şartlarını belirlemekte takdir yetkisine sahiptir⁴⁷. Ancak AİHM, adli yardıma ilişkin ulusal hukuklarda bir düzenleme varsa buna uyulmamış olmasını hak ihlali sebebi olarak görmektedir.

Tüzel kişilere adli yardımdan faydalanma hakkının tanınıp tanınmaması hususu sözleşmeye taraf ülkelerde yeknesak bir uygulama haline dönüşmüş değildir. Bunu göz önünde bulunduran AİHM, tüzel kişilerin adli yardımdan faydalandırmanın devletlerin takdirinde olduğunu kabul etmektedir. Ancak buna rağmen AİHM, aşırı yüksek miktarlardaki yargı harçları karşısında tüzel kişilerin adli yardım hakkından tamamen mahrum olduğunu kabul etmemekte ve bu durumlarda hak ihlali kararları vermektedir⁴⁸.

B. AYM'nin Yaklaşımı

Yukarıda açıklandığı üzere Türk Hukuku'nda ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanması yasal düzenleme gereği mümkün değildir. Gerek yerel mahkemeler gerekse Yargıtay, kanuni düzenlemeye uygun olarak, ticaret şirketlerinin adli yardımdan yararlanma hakkının bulunmadığı şeklinde kararlar vermektedir. Ancak yakın bir tarihte, bir anonim şirketin bireysel başvurusunu inceleyen AYM, adli yardım talebinin kabul edilmesini engelleyen kanuni düzenlemenin hak ihlaline sebep olduğu şeklinde karar vermiştir⁴⁹. AYM'nin bu kararı aşağıda ayrıntısıyla incelenecektir.

1. Bireysel Başvuru Konu Olayın Özeti

İnşaat alanında faaliyet gösteren bir ticaret şirketi (Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.), Diyarbakır'ın Sur ilçesinde bir konut sitesinin inşaatını tamamlamıştır. Büyükşehir Belediye Meclisinin revizyon nazım imar planının iptali için Valilik tarafından idare mahkemesi nezdinde iptal davası açılmış ancak yerel mahkeme, süre geçtiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz aş-

⁴⁶ AİHM, Granos Organicos Nacionales S.A. v. Almanya, paragraf 46, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%20itemid%22:%2022001-109807%22>>.

⁴⁷ Çayan (n 45) 257.

⁴⁸ Bkz. AİHM, Nalbant ve Diğerleri v. Türkiye (2022), paragraf 39, <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%20itemid%22:%2022001-217282%22>>.

⁴⁹ Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu, RG 08.11.2023/32363.

masında ise yerel mahkeme kararı, davanın süresi içinde açıldığı gerekçesiyle bozulmuş ve bunun üzerine dosyayı esastan inceleyen yerel mahkeme, tarım arazisinin Toprak Korumu Kurulu kararı olmaksızın imara açıldığı gerekçesiyle sözü edilen revizyon nazım imar planını iptal etmiştir. İptal kararı üzerine İlçe Belediyesi, ilgili yapıların yıkılması yönünde karar almış ve yapılar yıktırılmıştır.

Yapıların yıktırılması üzerine şirket; Büyükşehir Belediyesi, İlçe Belediyesi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı aleyhine tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde şirket, yapıların ilgili İlçe Belediyesi'nin inşaatın yapılması sırasında yürürlükteki imar planlarına göre düzenlenen ruhsatlara dayanılarak inşa edildiğini, imar planının sonradan iptal edilmesi ve yapıların hukuka aykırı olarak yıktırılması sebebiyle zarara uğradığını iddia etmiştir. Şirket, fazlaya ilişkin zararını saklı tutarak dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte 5.000 TL talep etmiştir.

Düzenlenen bilirkişi raporu doğrultusunda davacının gerçek zararının yıkım tarihinde 3.842.481 TL tutarında olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerinde davacı, bilirkişi raporundaki miktarın esas alınması yönünde ıslah dilekçesi vermiş ancak ıslah harcını ödemeyerek adli yardım talebinde bulunmuştur. Davacı, adli yardım talebinin gerekçesi olarak, başka davalarının da bulunduğunu ve talep edeceği tazminat miktarlarının yüksekliği sebebiyle yüksek miktarda harç yatırması gerektiğini ancak iflasın eşiğinde olduğundan yargılama masraflarını karşılayacak maddi güçten yoksun bulunduğunu ileri sürmüştür. Yerel mahkeme ise davacının yargılama masraflarını karşılayabilecek durumda olmadığını gösterir herhangi bir belge sunmadığı ve bu sebeple adli yardım talep etme koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle adli yardım talebini geri çevirmiştir. Bunun üzerine davacı, ekonomik durumunu gösteren bazı belgelerle birlikte adli yardım talebinin kabul edilmemesine itiraz etmiştir ancak itirazı inceleyen yerel mahkeme, özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanmalarına yönelik bir hukuki düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle itirazı haklı görmemiştir. Bunun üzerine davaya bakan yerel mahkemece ret kararı ve masraf isteme yazısı davacıya tebliğ edilmiştir. Davacı, ıslah harcını yatırmadığından yerel mahkeme, ıslaha ilişkin olarak, ıslah harcının yatırılmadığı gerekçesiyle ıslah talebinin yapılmamış sayılmasına ve davanın ıslahtan önceki miktar üzerinden görülmesine karar vermiştir.

Esasa ilişkin olarak da yerel mahkeme, davacının, İlçe Belediyesi'nin yürürlükte bulunan imar planlarını esas alan bir ruhsata dayanarak yapı inşa ettiği, hukuka aykırı bulunan imar planının sonradan iptal edildiği, iptal kararının geçmişe yürüyerek imar planının düzenlendiği tarihten itibaren ortadan kalktığı

ve bu sebeple sitenin ruhsatsız inşa edilmiş olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Yine mahkeme, hukuka aykırı olarak imar planı düzenleyen idareyi kusurlu bulmuş ve idarenin vermiş olduğu ruhsata güvenerek yapı inşa etmiş olan iyi niyetli davacıyı haklı bularak yapıların yıktırılması sebebiyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Şirket, adli yardım talebinin kabul edilmemiş olmasını sebep göstererek adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gitmiştir⁵⁰.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Değerlendirmesi

AYM, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasını⁵¹ hatırlatarak başvuruyu adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu ifade ettiği mahkemeye erişim hakkı açısından değerlendirmiştir. AYM, hak arama özgürlüğünü sınırlandıran yasal düzenlemelerin Anayasa'nın 13. maddesinde⁵² belirtilen ölçütleri taşıması halinde hak ihlalinin söz konusu olacağını ifade etmiştir⁵³. AYM, Anayasa 13. maddesine uygunluk testinde, AİHM içtihatlarına da paralel olarak, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük olmak üzere üç adet kriterin mevcut olup olmadığını araştırmaktadır. Ticaret şirketlerinin adli yardım talep etmelerine izin vermeyen HMK m. 334 karşısında kanunla sınırlanma kriterinin tamam olduğunu belirten AYM, bu şirketlerin adli yardımdan yoksun bırakılmasında meşru amaç kriterini tek başına değerlendirmekten kaçınmış ve üçüncü kriter olan ölçülülük ilkesi ile birlikte dikkate alarak inceleme yapmıştır⁵⁴. Böylece AYM, adli yardıma ilişkin sınırlandırmanın meşru amaca hizmet edip etmemesini, bu sınırlandırmaların ölçülü olup olmamasına bağlamıştır. AYM'yi bu iki kriteri birlikte değer-

⁵⁰ Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararına itiraz edilmesi üzerine itirazı inceleyen mercii tarafından verilen karar kesindir (HMK m. 337/2). İnceleme konusu yaptığımız bu somut olayda davacı şirket, adli yardım talebinin reddi kararına karşı bireysel başvuru süresi içinde başvurmamıştır ancak AYM, adli yardım taleplerinin davanın her aşamasında yapılabileceği gerekçesiyle davanın nihai kararıyla birlikte yapılan başvuruyu süresi içinde yapmış olduğunu kabul etmiştir (Paragraf 48).

⁵¹ Anayasa m. 36/1: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir".

⁵² Anayasa m. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

⁵³ Paragraf 54.

⁵⁴ Paragraf 58-60.

lendirmesine yönelten husus, Yüksek Mahkeme'nin, adli yardımdan yararlanma hakkının sınırlandırılabilceğini kabul etmesi ancak bu sınırlandırmanın ölçülü olmasının gerekmesidir. Diğer bir deyişle AYM, ölçülü sınırlandırmayı, meşru amaç için gerekli ve yeterli görmüştür.

AYM'ye göre ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeyi kapsar⁵⁵. AYM, mahkemeye erişme hakkını sınırsız bir hak olarak görmemekte ve devletin bazı sınırlandırıcı düzenlemeler yapmakta takdir yetkisini haiz olduğunu ancak bu sınırlandırmaların meşru amaca hizmet etmesi, sınırlandırıcı düzenlemelerin açık ve ölçülü olması ve yargılama talep eden kişiye ağır bir külfet yüklememesi gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶. Yüksek Mahkeme, gereksiz yere dava açılmasını önlemek suretiyle mahkemelerin meşgul edilmemesini ve yargılamaların makul sürede bitmesini temin eden bazı yasal sınırlandırmaların devletin takdir yetkisi kapsamında olduğunu ve getirilecek sınırlandırmaların dava açma hakkını ortadan kaldırmadığı veya aşırı derecede zorlaştırmadığı sürece adil yargılanma hakkının ihlal edilmeyeceğini değerlendirmiştir⁵⁷.

Ticaret şirketlerinin hak ve fiil ehliyetine, dolayısıyla aktif ve pasif dava ehliyetine sahip bir hak süjesi olduğunu hatırlatan AYM, bu kişilerin de mahkeme önünde davacı veya davalı olma haklarının bulunduğunu belirterek ticaret şirketleri aleyhine adli yardımdan kategorik bir yasaklamanın ölçülü bir sınırlandırma olmadığını belirtmiştir⁵⁸. Yüksek Mahkeme'ye göre, ekonomik durumları göz önünde bulundurmaksızın ticaret şirketlerinin kesin bir şekilde adli yardım hakkından yoksun bırakılmasının objektif ve makul bir gerekçesi yoktur⁵⁹. Özellikle borca batık ticaret şirketlerinin dava açmakta zorlanacağını veya tamamen yoksun kalacağını, bu şirketlerin dava açmasını kolaylaştıran başkaca bir yöntemin de bulunmadığını göz önünde bulunduran Yüksek Mahkeme⁶⁰, bu konuya ilişkin olarak Kanun Koyucunun takdir yetkisini ölçülü kullanmadığını ve ilgili yasal sınırlandırmanın başvuru şirket aleyhine bir hak ihlaline sebep olduğunu karar vermiştir⁶¹.

⁵⁵ Paragraf 62.

⁵⁶ Paragraf 63.

⁵⁷ Paragraf 64.

⁵⁸ Paragraf 72.

⁵⁹ Paragraf 70.

⁶⁰ Paragraf 73.

⁶¹ Paragraf 74-75.

Yukarıda sözü edilen hak ihlali, bir kanun hükmünün yanlış uygulanmasından doğmayıp kanun hükmünün bizzat kendisinden kaynaklanmaktadır. AYM, kanundan doğan hak ihlallerinin giderimi olarak tazminata karar vermemekte, kanuni düzenlemenin ihlal sebebi olduğunu belirterek yeni bir düzenleme yapılması için durumu TBMM'ye bildirmekte ve yeniden yargılama yapılması için de karar örneğini derece mahkemesine göndermektedir. Nitekim somut olayda da AYM, keyfiyeti TBMM'ye iletmeye ve yeniden yargılama yapmak üzere karar örneğinin derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir⁶².

3. Anayasa Mahkemesi Kararına İlişkin Değerlendirmelerimiz

AYM, daha önceki tarihlerde bir ticaret şirketinin adli yardım talebinin kabul edilmemesine dayanarak yapmış olduğu bir bireysel başvuruyu, bireysel başvuru için öngörülen masrafın yatırılmayarak adli yardım talebinde bulunduğu ancak ticaret şirketlerinin adli yardım talep haklarının olmadığı gerekçeyle esas incelemeye almamış ve usulden reddetmiştir⁶³. AYM, yukarıda inceleme konusu yaptığımız kararda ise daha önceki kararında, sadece usulü inceleme yaptığını ve adli yardıma ilişkin anayasaya uygunluk incelemesi yapmadığını ifade etmiştir⁶⁴. Burada şöyle bir tutarsızlık göze çarpmaktadır: Adli yardım taleplerinin kabul edilmemesi sebebiyle yapılan bireysel başvuruların incelenmesi de başvuru masraflarının ödenmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla aslında hak ihlali sebebi olan olgu, bireysel başvuru hakkı açısından hak arama özgürlüğünün bir şartı olmaktadır. Burada sorgulanması gereken husus, bir yasal değişiklik olmadığı sürece bundan sonraki tarihlerde bireysel başvuru hakkını kullanmak isteyen tüzel kişilerin bireysel başvuru için öngörülen masrafları yatırmak zorunlu olup olmadığıdır. AYM, masrafların yatırılmaması sebebiyle başvuruların incelenmesini reddederse kendi içtihatlarıyla çelişmiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'e paralel davranma eğiliminde olduğu görülmektedir. Globalleşen dünya düzeninde bu paralellik olumlu karşılanmalıdır. Öte yandan AİHM'nin pek çok ülkeden gelen başvurular sebebiyle insan hakları konusuna oldukça vakıf olması, Anayasa Mahkemesi'nin AİHM'nin tecrübe-lerinden faydalanmasının önemini bir kat daha artırmaktadır. Ancak esaslı sebeplerinin bulunması halinde AYM, AİHM'den farklı yaklaşımlar ortaya koyabilmelidir. AİHM, kendisine gelen başvuruları incelerken söz konusu ihlalin ilgili oldu-

⁶² Paragraf 83.

⁶³ Bkz. AYM, Türkoğlu Demir Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu.

⁶⁴ Paragraf 69.

ğü ülkenin mevzuatını da göz önünde bulundursa da tüm ülkelere hitap edebilen ortak bir yaklaşım sergilemeye de gayret etmektedir. Ticaret şirketlerinin adli yardım taleplerine ilişkin olarak da AİHM, üye ülkelerin farklı düzenlemeler yaptıklarını göz önünde bulundurarak bu konuda net bir tavır takınmaktan sakınmıştır. AİHM, ticaret şirketlerinin adli yardım taleplerine ilişkin olarak, mevzuat üzerinden değerlendirme yapmaktan imtina etmekte ve somut duruma odaklanmaktadır. Somut vakada hak ihlali yoksa sırf mevzuatın ticaret şirketlerine adli yardım hakkını tanınamış olmasına dayanarak hak ihlali kararı vermemektedir. AYM ise yukarıda incelediğimiz başvuruda, mevzuatın şirketlere adli yardımdan faydalanma hakkı vermediği sebebiyle ihlal kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarıyla hukuk kurallarını ayıklama yetkisi yoktur. AYM de bu hususu dikkate alarak inceleme konusu yaptığımız bu kararda somut norm denetimi yoluyla ilgili kanunun iptalini sağlamak için esas hakkında karar verecek olan mahkemeye itiraz yoluna gitmesi için yol göstermekte ve derece mahkemesine bu yolla mesaj vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünün önüne gelmesi durumunda iptal ederim şeklindeki mesajını olumlu bulmamaktayız. Böyle bir mesaj, kanunların iptal usulüne de ters düşmektedir. Kanun hükümlerinin iptal yolları, soyut norm denetimi ve somut norm denetimi olmak üzere iki yolla mümkündür. Somut norm denetimi yolunu harekete geçirmek görevi, derece mahkemesine düşmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bu denetim yolunda nihai karar veren mercidir. Karar verecek olan mercinin somut norm denetimi prosedürünü başlatmak istemesi, olası böyle bir denetim girişiminin sonucunun daha baştan belli olması demek olacaktır ve bu durum mahkemelerin tarafsızlığıyla bağdaşmayacaktır. AYM'nin alt derece mahkemesine bu şekilde yol göstermesi; herhangi bir organ, makam, merci veya kişinin mahkemelere tavsiye ve telkinde bulunmasını yasaklayan Anayasa'nın 138'inci maddesine de uygun düşmez.

Yürürlükte olan kanunların Anayasaya aykırı olması halinde, bu kanunlar iptal edilmediği sürece uygulanmaya devam ederler. AYM'nin kanunları iptal etme yetkisi varsa da kanunların uygulanmasını askıya alma yetkisi yoktur. Kanunların hak ihlali sebebi olarak görüldüğü durumlarda AYM tarafından verilen ihlal kararları, bireysel başvuru yoluyla yürürlükteki kanunların adeta işlevsiz hale gelmesidir. Böyle bir durum, kuvvetler ayırımına ters düştüğü gibi esasen hak tanımına da uygun düşmemektedir. Kanunların tanımadığı bir menfaati hak olarak tanımlamak güçtür. Mevcut kanuni düzenlemeye göre ticaret şirketleri lehinde adli yardım talep hakkı mevcut değildir. Ancak AYM, hak ihlali vakalarını inceleyen bir merci olmanın ötesine geçmiş ve hak ihdas eden kurum haline gelmiştir.

AYM değerlendirmelerinde, ticaret şirketleri ile gerçek kişileri eşit şartlarda telakki etmiştir. Oysa adli yardım kurumu, anayasal hak arama özgürlüğünü ilgilendirse de temelinde gerçek kişilerin insan onuruna yarışır bir muamele görmesi ilkesinin gereğidir. Tüzel kişilerin de korunması gereken bir kişiliği olsa da bu koruma tüzel kişiliğin yapısıyla uyumlu olmalıdır. Bazı değerler, sadece insana özgüdür. Bu anlamda fakirlik, sosyal yardım gibi kavramlar esasen insanlar için geçerli olan kavramlardır. Öte yandan ticaret şirketlerinin bir malvarlığı organizasyonu olduğu, ticari girişimlere ilişkin rizikonun girişimci üzerinde kalması gerektiği hususları AYM tarafından dikkate alınmamıştır.

Böyle bir başvuruda AYM'nin tüzel kişilerin yapısal farklılıklarını, özellikle ticaret şirketlerinin amaç ve işlevini dikkate alarak bir karar vermesi daha yerinde olurdu. Kanaatimizce AYM, ticaret şirketlerinin özelliklerini dikkate alarak başvuran şirketin içinde düştüğü ekonomik sorunların meydana gelmesinde şirketin üzerine düşen özeni gösterip göstermediğini de inceleyerek bir değerlendirme yapması isabetli olurdu. Ticaret şirketlerinin adli yardım talep edemeyecek olmasına dayanan teorik bir hak ihlali sebebi bundan sonraki yasal düzenlemeyle de sorun oluşturacak nitelik taşıyacaktır. Zira yapılabilecek bir yasal değişiklikle, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanma şartları ve gerçek kişilerin yararlanma şartları eşit değilse yine hak ihlali kararları verilecek veya AYM içtihat değiştirmek durumunda kalacaktır. Oysa aşağıda açıklandığı üzere ticaret şirketlerinin adli yardım talepleri, gerçek kişilerin taleplerinden farklı bir şekilde düzenlenmelidir.

IV. Ticaret Şirketlerinin Adli Yardımdan Faydalanabilmelerine Yönelik Değerlendirmelerimiz ve Yasal Düzenleme Önerimiz

A. HMK m. 334 Hükmünün Yorum Yoluyla da Ticaret Şirketlerine Uygulanamaması

HMK m. 334/1 adli yardımdan faydalanacak kişileri sayarken gerçek kişi ve tüzel kişi ayrımı yapmaz. Bu fıkra tek başına tüzel kişilerin adli yardımdan yoksun bırakılması sebebi olarak gösterilemez. Fıkroda geçen "... ve ailesinin" ibaresi ancak gerçek kişiler için kullanılan bir ifade olsa da bu ibare tüzel kişileri dışlamaya yetmemektedir. Zira "*kendisi ve ailesinin*" ifadesindeki *ve* bağlacı *veya* olarak anlaşılması gerektiği gibi "*kendisi*" ifadesi, gerçek veya tüzel tüm kişileri kapsar.

HMK m. 334/2 ise kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardım talep edebilecekleri düzenlenmiş ancak diğer tüzel kişileri açıkça dışlayan bir dil kullanılmamıştır. Bu durumda lafzi yorum yöntemiyle kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardım talep edemeyecekleri söylenemez. Ancak

birinci ve ikinci fıkra birlikte değerlendirildiğinde, kanunda adli yardımdan faydalanacak kişilerin sınırlı olarak sayıldığı ve bunlar dışındaki kişilerin adli yardım talep edemeyeceği sonucuna zıt kanıt yöntemi (*a contrairo*) ile ulaşılabacaktır.

Kanunun bu düzenlemesi karşısında, gerçek kişiler dışındaki kişilerin adli yardımdan faydalanamamalarının prensip olduğu, kamuya yararlı dernek ve vakıfların ise bu prensibin bir istisnası olduğu anlaşılmaktadır. Böylece adli yardımdan faydalanamayacak kişiler veya oluşumlar, oldukça fazla sayıdadır. Ticaret şirketleri başta olmak üzere kamuya faydalı statüsünde olmayan dernek ve vakıflar, özel bir dernek niteliği taşıyan sendikalar, siyasi partiler, spor kulüpleri ve tüzel kişilik oluşturmayan miras ortaklığı, aile malları ortaklığı, vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK m. 552/2.7) ve iflas idaresi adli yardım talep edemez.

B. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin AİHS ve Anayasa Hükümlerinin Doğrudan Uygulanarak Ticaret Şirketlerinin Adli Yardımdan Faydalandırılması Sorunu

Anayasa hükümleri iç hukuktaki en üst normlardır. Öte yandan Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraftır. AİHS hükümleri ile ulusal kanunların çatışması halinde AİHS hükümleri uygulanır (Anayasa m. 90/5). Böylece adil yargılanma hakkına ilişkin Anayasa'nın 36. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesi, Türk Hukuku bakımından doğrudan uygulanabilir hükümlerdir. Ancak ne Anayasa m. 36 ne de AİHS m. 6, doğrudan adli yardıma ilişkin olmadıklarından ve adli yardım da adil yargılanma hakkının zorunlu içeriğine dâhil olmadığından, HMK m. 334'deki açık düzenleme karşısında bunların doğrudan uygulanması mümkün değildir. Zira adli yardım kurumu, adil yargılanma hakkını takviye eden bir kurum olsa da AİHS, üye ülkelere adli yardımı düzenleme ödevi yüklememektedir. Buna rağmen çoğu ülke gerek sosyal devlet anlayışının gereği gerekse bir hukuk politikası olarak adli yardım kurumunu düzenlemiştir. Bu durumda adli yardımdan faydalanmamak, tek başına hak ihlali sebebi değildir. Hak ihlali oluşturan husus, adli yardımdan adil yararlanmamak, diğer deyişle adli yardım konusunda eşitsizlik yaratılması veya yargılama harçlarının yüksekliğinin kişilerin adalete erişim haklarının özüne dokunmasıdır.

Öte yandan adli yardıma ilişkin uygulamanın detaylı bir hukuki düzenleme gerektirmesi de anayasal normun burada doğrudan uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Günümüz devletleri, adli yardımdan yararlanma şartları, adli yardım taleplerinin incelenmesi, adli yardımın kapsamı, dava sonucunda devletçe sağlanmış olan giderlerin kişilerden tahsili gibi konuları ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedirler. Bu detaylı düzenleme ihtiyacı, adli yardımın ancak kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Böylece kanun olmadan, Anayasa veya AİHS hükümleri doğrudan uygulanamayacaktır.

C. Ticaret Şirketlerini Adli Yardım Hakkından Mahrum Etmeyi Haklı Kılan Bazı Sebepler

1. Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliğe Sahip Olması

Adli yardım konusunda kanun koyucu, hukuki yollara başvuran kişilerin ekonomik durumunun yanında talepte bulunan kişinin ailesinin geçimini de dikkate almıştır (HMK, s. 334). Kişilerin maddi ve manevi değerleri ile ailenin korunması, anayasal güvence altına alınmış ve bu değerlerin etkin korunması için devlete pozitif görevler yüklenmiştir (Anayasa m. 17 ve m. 41). Yukarıda açıklandığı üzere adli yardım kurumu, hak arama özgürlüğünü kullanan kişilerin yargılama giderleri sebebiyle kendilerinin ve ailelerinin mağdur olmasını önlemeye yönelik bir sosyal yardım niteliğindedir.

Türk Hukuku'nda ticaret şirketlerinin tümü tüzel kişiliğe sahiptir (TTK m. 124/2). Tüzel kişiler, gerçek kişilerin sahip oldukları manevi değerlerin hepsine sahip değildir. İnsan onuru ve ailenin korunması gibi değerler tüzel kişiler için söz konusu olmaz. Ayrıca asgari bir refah seviyesi de tüzel kişiler için söz konusu olamaz. Bu sebeple, ekonomik durumunun düşük olması veya borca batık olma halleri, tüzel kişilere sosyal yardımda bulunmayı gerektirmez.

2. Ticaret Şirketlerinin İktisadi Amaçla Kurulmuş Olması

Adli yardım esas olarak gerçek kişiler için öngörülmüş bir hukuki çaredir. Türk Hukuku'nda tüzel kişilerin adli yardım talep etmelerine kural olarak izin verilmemiş ve tüzel kişilerden sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflara bu hak tanınmıştır (HMK m. 334/2). Kanunun bu düzenlemesi, kanun koyucunun adli yardım kurumunun kamu menfaatine olan etkisini göz önünde bulundurduğunu göstermektedir. Kamusal menfaat gerektirmedikçe özel hukuk tüzel kişilerine adli yardım talep hakkı tanınmamıştır.

Türk Hukuku'nda ticaret şirketlerinin kâr elde etme ve bunu paylaşma amacı dışındaki bir amaçla kurulması kabul edilmemiştir⁶⁵. Anonim şirket ve limited şirket, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç için kurulabilirken (TTK m. 331; 573/3); kollektif şirket ve komandit şirket, ancak bir ticari işletme işletmek amacıyla kurulabilir (TTK m. 211; 304). Kooperatiflerde ise kâr paylaşımı gibi bir amaç bulunmasa da üyelerinin mesleki yardım ve geçim gibi menfaatlerini karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet şeklinde sağlanması tar-

⁶⁵ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 30.

zında olan ve neticede üyelerinin ekonomik menfaatlerine yönelik bir amaç vardır (Kooperatifler Kanunu m. 1). Ticari faaliyetlerin zararlarla sonuçlanması, ticari işlerin doğasında vardır. Ticari faaliyetlerden elde edilen menfaatler, bu faaliyetleri yürüten kişilere ait olduğu gibi bu faaliyetlerden doğan zararlar da yine girişimciye ait olmalıdır. Ticari işlerden doğan zararların kamuya bir külfet olarak yüklenmesi, *nimet-külfet* dengesine de terstir. Devlet, ticari faaliyetlere bir teminat vermiş değildir.

Öte yandan her ne kadar hukuken bağımsız bir kişilik taşıyıcılar da ticaret şirketlerinin ekonomik açıdan bir malvarlığı topluluğu olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Ticaret şirketleri, şirket ortaklarının malvarlıklarını artırmak üzere kurulurlar⁶⁶. Bu açıdan bakılınca ticaret şirketleri, girişimcilerin ticari faaliyetlere özgüledikleri malvarlığıdır. Ticari girişimlere tahsis edilen malvarlığının piyasadaki konjonktüre göre artıp azalması gayet olağandır. Bu özellikleri sebebiyle ticaret şirketlerinin adli yardım talepleri ile gerçek kişilerin adli yardıma olan ihtiyaçları, farklı hukuki rejime tabi tutulmalıdır.

3. Ticaret Şirketlerinin Tacir Sıfatı ve Basiretli Bir İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü

Gerçek kişilerin adli yardım taleplerinde bu kişilerin tacir sıfatına sahip olup olmamasının bir önemi yoktur. Tacir sıfatına sahip gerçek kişiler de adli yardım talep edebilirler. Açılacak davanın ticari dava olması veya takip konusunun ticari bir işe ilişkin bulunması, adli yardım talebine engel değildir. Tüzel kişiler açısından da kanun koyucunun yaklaşımı, tüzel kişinin tacir sıfatına sahip olup olmaması değil, kamusal menfaatin gerektirip gerektirmemesidir. Adli yardım talep edebilen kamuya yararlı dernek ve vakıfların bir ticari işletme işletmiş olmaları, onlara tacir sıfatı vermez (TTK m. 16/2). Kanun koyucunun bu yaklaşımı benimsemesindeki amaç, kamuya yararlı dernek ve vakıfları tacirin tabi olduğu ağır sorumluluktan kurtarmak ve özellikle bu tüzel kişilerin iflaslarına engel olmaktır. Ticari işletme işleten kamuya yararlı dernek ve vakıflar, tacir olmadıkları gibi adli yardım talep edebilirler. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki dernek ve vakıflar ise adli yardım talep edemedikleri (HMK m. 334/2) gibi bir ticari işletme işletmeleri halinde tacir sayılırlar (TTK m. 16/1) ve iflasa tabi olurlar (TTK m. 18/1).

⁶⁶ Osman Karaköse, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Hakları* (Yetkin Yayınları 2023) 79.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, gerçek kişilerin adli yardım taleplerinde kamusal menfaatin değil, kişinin onur ve saygınlığı ile ailenin korunması gibi değerlerin ön plana çıktığı ve tacir olmanın da gerçek kişiler açısından adli yardıma engel bir durum olmadığı görülmektedir. Tüzel kişilerin adli yardım taleplerinde ise kamusal menfaatler ön plana çıkmakta ve tacir sıfatına sahip bulunma ile adli yardım talep hakkı arasındaki ilişki göze çarpmaktadır. Esasen tüzel kişiler açısından da tacir sıfatının tanınmaması ile adli yardım hakkı arasında doğrudan bir neden-sonuç ilişkisi kurulmamakla beraber, gerek ticari işletme işletmesine rağmen tacir sayılmama gerekse adli yardım talep edebilme hallerinin her ikisi de kamusal menfaatin gereklerindedir. Diğer bir deyişle kamusal menfaat gerektirmedikçe, ticari işletme işleten dernek ve vakıflar tacir sayılır ve adli yardım da talep edemezler.

Tacir sıfatı, kanunda adli yardım talep etmenin bir ölçütü olarak düzenlenmiş değildir. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardım talep haklarının bulunması, tacir sıfatına sahip olmamanın gereği değil, kamusal menfaati korumak üzere kanun koyucunun bir tercihidir. Türk Hukuku'nda mevcut yasal düzenleme bu şekilde olmakla beraber biz, *de lege ferenda* açısından, kanuni düzenlemenin değiştirilmesini, özel hukuk tüzel kişileri açısından adli yardım hakkının sağlanmasında tacir sıfatının dikkate alınmasını ve tacir sıfatı bulunan özel hukuk tüzel kişilerinin, özellikle ticaret şirketlerinin adli yardım taleplerinin sınırlı olarak kabul edilmesini öneriyoruz. Bu bakımdan aşağıda ticaret şirketlerinin tacir sıfatı ve tacir olmanın gereği olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün adli yardım talep hakkına *de lege ferenda* etkisi üzerinde duracağız.

Ticaret şirketleri kanunen tacir sıfatına sahiptir (TTK m. 16). Ticaret şirketlerinin tacir sıfatı, bir ticari işletme faaliyeti yürütme şartına bağlı olmayıp şirketin tescili ile beraber tüzel kişilik ve tacir sıfatı doğmuş olacaktır⁶⁷. Ticaret şirketleri; anonim, limited, kollektif ve komandit şirketler ile kooperatiftir (TTK m. 124/1). Kooperatiflerin ticaret şirketi olduğu TTK'da açıkça belirtilmişse de kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir niteliği öğretide tartışma konusu olmuştur⁶⁸. Kooperatifin bu niteliği konusunda yargı kararlarında da farklı yaklaşımlar sergilenmiş ve nihayet içtihatların birleştirilmesi sağlanarak kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir olduğu kabul edilmiştir⁶⁹.

⁶⁷ Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (Dora Yayıncılık 2012) 84.

⁶⁸ Mehmet Bahtiyar, Ali Ayli, Mehmet F. Şua ve Argun Karamanlıoğlu, *Ticari İşletme Hukuku* (Beta, 2022) 125.

⁶⁹ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 2/3, 12.11.2021, RG 01.04.2022/31796.

Tacir, ticari iş ve işlemlerinde basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altındadır (TTK m. 18/2). Buradaki basiretli davranma, tacirin ticari iş ve işlemlerinde tacir olamayan kişilere nazaran daha dikkatli, tedbirli ve öngörülü olmayı ifade eder⁷⁰. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün hukuki niteliği tartışılmış ve bunun bir özen yükümlülüğü⁷¹ olduğu şeklinde görüşler bulunduğu gibi tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğinde⁷² olduğu şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür. Basiretli iş adamı gibi davranma, özen yükümlülüğünün değerlendirilmesinde kullanılan bir referanstır⁷³. Beklenen özeni göstermeyen tacir, özen göstermesi halinde sahip olacağı avantajı kaybettiği cihetle bu özenin bir külfet niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür⁷⁴. Tacirin basiretli davranıp davranmadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir⁷⁵. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tacirin ticari işletme faaliyeti kapsamındaki iş ve işlemeliyle sınırlı olduğu ve ticari iş niteliğinde olmayan faaliyetler açısından söz konusu olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶.

Tacirin bu yükümlülüğü, onun tedbirli bir kişi olarak iş ve işlemlerinde meydana gelebilecek riskleri göz önünde tutmasını da gerektirmektedir. Buradaki özenin ölçüsü de objektif özen ölçüsü olup tacirin kendi şahsi işleri için göstermesi beklenen özen değil; ortalama bir iş insanının iş dünyasında göstermesi gerekli olan özen dikkate alınır⁷⁷.

⁷⁰ Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün tanımı için ayrıca bkz. Bahtiyar, Ayli, Şua ve Karamanlioğlu (n 68) 138; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 179; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022) 153; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 156; Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı ve Alper Özboyacı, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, Dora Yayıncılık 2022) 160.

⁷¹ Tekin Memiş, 'Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı-Yargıtay Kararı İncelemeleri' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 349.

⁷² Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 245.

⁷³ Genel hükümlere göre kusurun ölçüsünün objektifleştirilmiş olduğu gerekçesiyle ayrıca tacir açısından basiretli tacir ölçütüne gerek bulunmadığı görüşü için bkz. Mustafa Alper Gümüş, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/2'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1221, 1227.

⁷⁴ Mine Karayalçın, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 123; İsmail Özgün Karaahmetoğlu, 'Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri' (2012) 10 (116) Legal Hukuk Dergisi 85, 90.

⁷⁵ Gamze Çakı Çiftçi, *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2024) 32.

⁷⁶ Bahtiyar, Ayli, Şua ve Karamanlioğlu (n 68) 139.

⁷⁷ Bahtiyar, Ayli, Şua ve Karamanlioğlu (n 68) 139.

Tüzel kişilerde yetkili organın eylem ve işlemleri, tüzel kişinin eylem ve işlemleri sayılır. Şirket adına yapılan işlemlerde basiretli iş adamı yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı, tüzel kişi adına iş ve işlem yapan kişilerin davranışları esas alınarak belirlenir⁷⁸. Yönetim ve temsile yetkili kimselerin gerekli özeni göstermeleri halinde tüzel kişinin de basiretli davrandığı kabul edilir. Böylece ticaret şirketi, taraf olduğu işlemlerde basiretli iş adamı özenini göstermek zorundadır⁷⁹.

Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, onun korunmaya olan ihtiyacını da azaltır. Bu sebeple öngörülü davranmayan bir tacir, tacir olmayan kişilere bahşedilen koruyucu imkânların bazılarında mahrum edilmelidir.

Basiretli iş adamı gibi davranma yükümü, ticari işlerle ilgili hukuki uyumsuzlukların olabileceğini ve bu uyumsuzlukları çözmenin bazı finansal gereksinimleri doğuracağını öngörmeyi de kapsamalıdır. Tacir, olası dava ve icra takiplerini dikkate alarak bu işler için tedbirli olmalı ve gerekli önlemlerini de almalıdır. Finansal tedbirlerin alınması da tacirin basiretli davranışının gereklerindedir.

4. Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk Esasının Geçerli Olması

Ekonomik durumunun yargılama masraflarını karşılamaya elverişli olmadığı sebebi ile adli yardım talep eden ticaret şirketlerinin bu talepleri olumlu karşılanmamalıdır. Sermaye şirketleri olan anonim şirket (TTK m. 329/2) ile limited şirketlerde (TTK m. 573/2) şirketin borçlarından şirket ortaklarının sorumluluğu kabul edilmemiştir. Bu şirketlerin ortakları açısından sınırlı sorumluluk esas kabul edilmiştir⁸⁰. Bu şirketlerin ortakları, kural olarak, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye paylarını ödemekle sorumludurlar. Zaten ekonomik olarak kötü durumda olan ticaret şirketlerine adli yardımda bulunulması ve şirketin dava sonucunda haksız çıkması halinde sağlanan adli yardım giderlerinin tahsili mümkün olmayacaktır.

⁷⁸ Gamze Çakı Çiftçi, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliğinin Kişi Bakımından Uygulanması' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879, 890.

⁷⁹ Bir kararında Yargıtay, belediye ile sözleşme yapan şirketin sözleşme konusu iş ile ilgili mevzuatı, ilgili belediyenin sözleşmenin konusu iş hakkında yetkili olup olmadığını ve sözleşme içeriğinin ne anlama geldiğini bilmesinin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün gereği olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 15. HD, 17/1642, 19.04.2018 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2024.

⁸⁰ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (11. Bası, Beta, 2016) s. 8; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 1, (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014) 278; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, Cilt 2 (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 391.

Adli yardım talep etmenin en önemli şartı, aynı zamanda adli yardım kurumunun varlık sebebi olan fakirliktir. Gerçek kişiler açısından fakirlik, sosyal devlet olmanın bir gereği olarak devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Gerçek kişilerin ekonomik zorluklarla baş etmesinde devletin desteği vazgeçilemez bir çare olmaktadır. Bu devlet desteği, kişilerin insan onuruna yakışır biçimde yaşamalarının da teminatını oluşturmaktadır. Tüzel kişiler açısından ise ekonomik sorunlar çoğu zaman tüzel kişinin sona erme sebebi olmaktadır. Gerçekten de derneklerin borçlarını ödemediği acze düşmesi, bir sona erme sebebidir (TMK m. 87/1.3). Sermaye kaybı veya borca batık olma hali, ticaret şirketleri açısından da bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (TTK m. 243/1; m. 376/2, 3; m. 633). Tüzel kişilerin maddi yoksunluk içinde bulunması, devletin onlara el uzatma sebebi değil, bilakis tüzel kişilerin tasfiye sebebi olmaktadır.

D. Ticaret Şirketlerini Adli Yardımdan Faydalandırmanın Gerekli Olacağı İstisnai Durumlar

Ticaret şirketlerinin tüzel kişiliğe sahip olduklarını, kâr elde etmek gayesi için kurulup faaliyet gösterdiklerini, tacir sıfatına sahip olarak basiretli davranma yükümü altında olduklarını ve bu sebeplerden dolayı da adli yardımdan yararlanmamalarının adaletsiz bir sonuç doğurmayacağını yukarıda ifade etmiştik. Basiretli iş insanı gibi davranma yükümlülüğü, tacir olmayanlara kıyasla tacirden beklenen özenin çitasını yukarıya taşısa da insanüstü bir beklenti değildir. Ticari hayatta da ortalama bir tacirin öngöremeyeceği olayların yaşanması her zaman mümkündür. Basiretli iş insanı özeni, tedbirli olarak kabul edilen bir tacirin göstereceği özen ölçüsüdür. Bu özeni göstermeyen tacir korunmaya da layık değildir. Ancak kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen, sürpriz sonuçlarla karşılaşan tacirin özensiz davrandığı söylenemez. O halde, gerekli tedbirlere rağmen beklenmedik sonuçlarla karşılaşan taciri tamamen korumasız bırakmak da adil değildir.

Adli yardım talep eden ticaret şirketi, ekonomik durumunu kötüleştiren olaylarla beklenmedik şekilde karşılaşmış, diğer bir ifadeyle ekonomisini olumsuz etkileyen olaylar, tacirin göstermesi gereken özene rağmen vuku bulmuş ise böyle bir şirketin adli yardım talebi olumlu karşılanmalıdır.

Özellikle idareye karşı açılacak davalarda uyuşmazlık konusu işlem veya eylemin idarenin hâkimiyetinde cereyan ettiği, idarenin tek yanlı işlem yaptığı ve buna karşı koymak isteyen şirketin dava açmak dışında bir seçeneği bulunma-

dığı gözetildiğinde idarenin açıkça kusurlu görüldüğü uyuşmazlıklarda şirketin basiretli davranmış olmasının aranmayacağı, zira uyuşmazlığa konu olguların şirketin hâkimiyet alanı dışında geliştiği göz ardı edilemez. Ayrıca üçüncü kişinin ağır kusurundan doğan uyuşmazlıkların da şirketin basiret alanı dışında gerçekleştiği kabul edilebilir. Şirketin basiretli davranışına rağmen vuku bulan gelişmelere ilişkin davalarda hâkime bir takdir yetkisi verilerek mali durumu da gerektiriyorsa adli yardım talebini kabul etmek yerinde olacaktır.

Şirketin adli yardım talebini kabul etmenin faydalı olacağı bir diğer durum ise borca batık olma sebebiyle şirketin iflas isteminde bulunmasıdır. Anonim şirketin (TTK m. 376/3) ve limited şirketin (TTK m. 633) borca batık olması halinde yönetim organı durumu mahkemeye bildirmek ve şirketin iflasını istemek zorundadır. Bu durumda iflas talebi için şirketin yargılama masraflarını ödemesi de gereklidir. Kanun tarafından mahkemeden bir talepte bulunma zorunluluğunun öngörüldüğü durumlarda şirketin yargılama masraflarını karşılayacak mal varlığının bulunmaması halinde adli yardım talebinin kabul edilmesi gerekli olacaktır. Kamu yararının gözetildiği iflas davalarında mali durum nedeniyle iflas talebinin ileri sürülememesi, hem yasa koyucunun amacını hem de kamu yararını zedelemektedir.

E. Yasal Düzenlemeye İlişkin Önerilerimiz

Yukarıda açıkladığımız üzere ticaret şirketleri, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında adli yardım talep edemezler. Ticaret şirketlerinin yapısı, işlevi ve amaçları göz önünde tutulduğunda ticaret şirketlerine adli yardım hakkını tanımamak tercihe şayan bir seçenektir. Ancak somut olay adaletini daha doğru bir şekilde tesis etmek bakımından bazı istisnai hallerde ticaret şirketlerine adli yardım hakkı sağlanmalıdır. Ticaret şirketlerine adli yardım kapısının aralanması, AİHM ve AYM nezdinde hak ihlali kararlarını da azaltacaktır. Ticaret şirketlerine adli yardım hakkı tanınsa bile şirketleri, adli yardım konusunda gerçek kişilerden daha farklı bir rejime tabi tutmak da zorunludur. Şirketler açısından adli yardım talep etme hakları, daha sıkı koşullara tabi tutulmalı ve hâkime bir takdir yetkisi verilmelidir. Talebi inceleyen hâkim, talepte bulunan şirketin malvarlığının korunmasında şirket yöneticilerinin gerekli tedbiri gösterip göstermediğini, şirketin davasında veya diğer hukuki taleplerinde haklılık derecesini göz önünde bulundurmalı ve somut olayda adli yardım sağlamanın daha adaletli görünmesi halinde olumlu karar vermelidir.

Öte yandan ticaret şirketleri, adli yardım talepleri kabul edilse bile, şirketin mağdur olacağı gerekçe gösterilerek davayı kaybeden şirket lehine HMK m. 339/2 uygulanmamalıdır. Adli yardım kapsamında devletçe sağlanan yardımın

tümü, şirket hesabına borç olarak yazılmalı ve şirketin iflası halinde iflas masasına alacak olarak kaydedilmelidir. Aynı gerekçeyle HMK m. 340 da şirketler hakkında uygulanmamalıdır.

Yine adli yardım kararının mahkemece kaldırılmasına ilişkin HMK m. 338'in ticaret şirketleri bakımından uygulanmasında şirket yöneticileri de şirketle birlikte o ana kadar yapılmış yardımların iadesinden sorumlu tutulmalıdır. Böyle bir müteselsil sorumluluk, kamu mallarının korunmasında işlevsel olduğu gibi şirket yöneticilerinin adli yardım talep ederken daha disiplinli hareket etmesine de katkı sağlayacaktır.

Kamuya yararlı dernekler ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardım talep etmelerine engel olan HMK m. 334'ün somut norm denetimi yoluyla AYM tarafından kısmen iptal edilmesi ve daha sonra yasal bir düzenlemenin yapılması durumunda, adli yardım müessesesine yönelik yeni yapılacak yasal düzenlemenin aşağıdaki gibi olmasını önermekteyiz.

Ticaret şirketleri adli yardımdan yararlanamazlar. Ancak somut durumun adli yardımdan faydalanmayı zorunlu kılması halinde hâkim, ticaret şirketinin adli yardım talebini kabul edebilir. Özellikle gerekli tüm tedbirlere rağmen şirketin öngörülemez uyumsuzluklarla karşılaşması ve taleplerinde haklı olduğuna yönelik kuvvetli olasılığın bulunması halinde adli yardım talebi kabul edilir.

Şirketin davayı kaybetmesi halinde bu Kanun'un (HMK) 339. maddesinin 2. fıkrası uygulanmaz ve yargılama giderleri şirket adına kamu alacağı olarak kaydedilir. Ayrıca bu Kanun'un 340. maddesi şirketler hakkında uygulanmaz.

Adli yardım talebinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunun sonradan anlaşılması halinde özellikle şirketin ekonomik durumunu gösteren belgeler gerçeği yansıtmıyorsa adli yardım kararı kaldırılır ve yapılmış olan ödemeler şirket ile yöneticilerinden müteselsilen tahsil edilir.

Sonuç

Özel hukuktan doğan uyumsuzlukların yargısal çözümünü talep etmek, gerekli yargılama giderlerinin ödenmesine bağlıdır. Tüm yurttaşların gerekli yargılama giderlerini karşılayabilecek ekonomik güce sahip olduğunu söylemek güçtür. Yeterli finansal araçlara sahip olmayan kişilerin mahkemeye erişmesini zorlaştıran engellerin ortadan kaldırılması; sosyal devlet anlayışının, eşitlik ilkesinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir. Adalet erişimi herkes için mümkün

kılacak araçlardan birisi de adli yardım kurumudur. Öte yandan yargılama hizmetlerinin tamamen ücretsiz olarak sunulması da tercih edilmemektedir. Zira yargılama hizmetinin tamamen ücretsiz olması, dava sayısının gereksiz yere artmasına ve yargı faaliyetinin işlevinin azalmasına sebep olacaktır. Dolayısıyla yargı faaliyeti bedelinin tamamının değil fakat bir kısmının ilgiliden alınması, etkin ve işlevsel bir yargılama için faydalı olmaktadır. Buna mukabil, bireylerin adalete erişim hakkını ortadan kaldıracak veya zorlaştıracak şekilde yüksek harçların (yargılama giderlerinin) ilgililerden talep edilmemesi gerekmektedir. Sosyal bir hukuk devletinde bahsettiğimiz bu dengeyi koruyacak şekilde bir hukuk politikasının takip edilmesi önem arz etmektedir.

Adli yardımdan yararlanmak bazı koşulların varlığına bağlı tutulmuştur. Adli yardım talep edebilmek, kişinin gerekli masrafları karşılayabilecek ekonomik güce sahip olmamasına bağlıdır. Talepte bulunan kişiler, yargılama masraflarını ödemeleri halinde ekonomik açıdan zor duruma düşeceklerini gösteren kanıtları da mahkemeye sunmalıdır. Adli yardımın diğer bir şartı ise kişinin yargılama da haklı olmasıdır. Ancak haklı olma durumunun kesin bir şekilde ispatı aranmaz, taleplerin açıkça gereksiz veya haksız olmadığına anlaşılması yeterlidir. Bu hususta aranan ispat ölçüsü, yaklaşık ispattır.

Hukuk sistemlerinde adli yardım talepleri, esasen gerçek kişiler için öngörülmuş bir kurumdur. Amaç, gerçek kişilerin kendilerinin veya ailelerinin yargılama giderleri sebebiyle mağdur olmasını önlemektir. Türk Hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasına prensipte imkân tanınmamaktadır. İstisna olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıflar lehine bu hak tanınmıştır. Tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanmaları Fransız Hukukunda, kâr elde etme amaçlarının bulunmamasına, Alman Hukukunda ise kamu yararının bulunması şartlarına tabi kılınmıştır. İsviçre Hukukunda ise tüzel kişilerin ilke olarak adli yardım talep edemeyeceği kabul edilmektedir.

Yargılama giderlerinin yüksek olması, adalete erişim hakkıyla doğrudan ilgili olduğundan yargılama giderleri yüksekliği sebebiyle gerek AİHM gerekse AYM nezdinde bireysel başvuru yoluna gidilmektedir. AİHM yargı harçlarını tek başına hak ihlali sebebi olarak görmemektedir ancak somut olaya göre adli yardım talebinin kabul edilmemiş olmasına dayanarak hak ihlali kararları verebilmektedir. AYM ise bir ticaret şirketinin yapmış olduğu bireysel başvuruyu incelemiş ve tüzel kişiler lehine adli yardım hakkını tanımayan HMK m. 334 hükmünü hak ihlali sebebi olarak görmüştür. AYM'nin bu kararının, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmalarına ilişkin tartışmaların ve yasal değişikliklerin işaret fişegi olacağı tahmin edilmektedir.

Yakın bir gelecekte adli yardımdan yararlanacak kişilerin kapsamına ilişkin kanun maddesinin AYM tarafından somut norm denetimi yoluyla iptal edileceği veya kanun koyucu tarafından bir yasa değişikliği yapılarak tüzel kişilerin adli yardım taleplerinin kabulünü sağlayacak yönde bir adım atılması beklenmektedir. Tüzel kişilere adli yardım hakkı tanınacaksa yararlanma şartları gerçek kişiler için öngörülen şartlardan daha farklı olmalıdır. Özellikle ticaret şirketlerinin adli yardım talep hakları oldukça kısıtlı tutulmalıdır.

Ticaret şirketleri birer tüzel kişidir. Adli yardım gerçek kişilerin insan onuruna yakışır bir şekilde yaşamalarına için öngörülmüş araçlardan bir tanesidir. Sosyal yardım niteliğindeki adli yardım, tüzel kişilikle bağdaşmaz. Öte yandan ticaret şirketleri, kâr elde etmek amacıyla kurulur ve faaliyet yürütürler. Bu şirketlerin faaliyetlerinden elde edilen menfaatler girişimciye aittir. Menfaatler girişimciye ait olduğundan zararların da girişimci üzerinde kalması ve kamuya mal edilmemesi, nimet-külfet dengesinin de gereğidir. Yine şirketlerin ekonomik yetersizlik içinde bulunması, şirketler lehine sosyal yardım sebebi değildir; bilakis borca batık olma, şirketler için bir sona erme sebebidir.

Ticaret şirketleri tacir sıfatına sahiptir. Tacir, ticari iş ve işlerinde basiretli iş insanı gibi davranma yükümlülüğü altındadır. Basiretli iş insanı gibi davranma yükümü, ticari işlerle ilgili hukuki uyumsuzlukların olabileceğini ve bu uyumsuzlukları çözenin bazı finansal gereksinimleri doğuracağını öngörmeyi de kapsamalıdır. Tacir, olası dava ve icra takiplerini dikkate alarak bu işler için tedbirli olmalı ve gerekli önlemlerini de almalıdır. Tüzel kişilik, iktisadi faaliyetin yürütülmesi ve öngörülü davranma yükümlülüğü; ticaret şirketleri lehine adli yardım hakkı tanımamanın gerekçeleri olarak görülebilir.

Ticaret şirketlerini adli yardımdan yararlandırmamak, prensipte isabetli bir yaklaşım olsa da bazı olağan dışı şartların varlığı halinde şirketlerin de adli yardımdan yararlanmaları, adaletin gereğidir. Özellikle şirket yönetiminin özenli davranışlarına rağmen, sürpriz olarak değerlendirilebilecek hukuki uyumsuzlukların ortaya çıkması ve şirketin malvarlığının da yargılama giderlerini karşılamaya yetmemesi hallerinde ticaret şirketlerine adli yardım sağlanmalıdır. Ticaret şirketlerinin adli yardım talep etme koşullarının bu şekilde ağır tutulması, bir yandan kamu kaynaklarının gereksiz yere harcanmasını önlerken diğer yandan da ticaret şirketleri aleyhinde var olan kategorik yasak sebebiyle hak ihlalleri önlenmiş olacaktır.

Kaynakça

- Alim T, 'Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı' (1999) (3) TBBD 831-854.
- Atalay O, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, Cilt 3* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) (Pekcanitez Usûl).
- Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (15. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Bahtiyar M, Aylı A, Şua M F ve Karamanlıoğlu A, *Ticari İşletme Hukuku* (Beta, 2022).
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (11. Bası, Beta, 2016).
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (Dora Yayıncılık 2012).
- Bilgili F, Demirkapı E ve Özboyacı A, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, Dora Yayıncılık 2022).
- Çakı Çiftçi G, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliğinin Kişi Bakımından Uygulanması' (2023) 11 (2), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879-908.
- , *Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Yükümlülüğü* (Seçkin Yayıncılık 2024).
- Çayan G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016) (28) TAAD 235-271.
- Deliduman S, 'Adli Yardım İsteminin Zamanaşımı Üzerine Etkisi ve Konuya İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi' (2005) 79 (4) İstanbul Barosu Dergisi 1115-1128.
- Erem F, 'Adli Yardım', İmran Öktem'e Armağan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970) 107-124.
- Gümüüş M A, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/2'de Yer Alan "Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı" Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1221-1240.
- Karaahmetoğlu İ Ö, 'Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Ölçüsü ve Yargıtay Uygulamasındaki Yeri' (2012) 10 (116) Legal Hukuk Dergisi 85-119.
- Karaköse O, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Hakları* (Yetkin Yayınları 2023).
- Karayalçın M, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliliği' (Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).
- Kayar İ, *Ticari İşletme Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Kılınç A, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Adalet Yayınevi 2013).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V* (Demir Yayıncılık 2001).
- Memiş T, 'Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı-Yargıtay Kararı İncelemeleri' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010* (On İki Levha Yayıncılık 2011).

- Pekcanitez H, Atalay O ve Özeker M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) (Ders Kitabı).
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku Cilt 2* (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2017).
- , *Ortaklıklar Hukuku, Cilt 1* (13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).
- Tanriver S, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I* (Yetkin Yayınları, 2016).
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, Vedat Kitapçılık 2022).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (Yazarın Kendi Yayını 2000).
- Yılmaz E, 'Adil Yardım Kurumunun idari Yargıda Uygulanması' (1987) (7) Mali Hukuk 12-23.

Yargı Kararları

- AİHM, Eşim v. Türkiye, 2013.
- AİHM, Granos Organicos Nacionales S.A. v. Almanya.
- AİHM, Nalbant ve Diğerleri v. Türkiye.
- AYM, Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvurusu.
- AYM, Türkoğlu Demir Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu.
- Tribunal Fédéral, 2D_41/2018.
- Tribunal Fédéral, 4A_173/2023, Arrêt du 7 Juillet 2023.
- Tribunal Fédéral, BGE 131 II 306.
- Yargıtay 1 HD, 8156/1289, 01.03.2018.
- Yargıtay 1 HD, 8156/1289, 10.03.2018.
- Yargıtay 11 HD, 2768/3403, 28.03.2016.
- Yargıtay 12 HD, 5979/9662, 02.04.2014.
- Yargıtay 12 HD, 5979/9662, 02.04.2014.
- Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015.
- Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015.
- Yargıtay 15 HD, 3915/4401, 14.09.2015.
- Yargıtay 15 HD, 5208/5910, 19.11.2015.
- Yargıtay 15. HD, 17/1642, 19.04.2018.
- Yargıtay 15. HD, 5208/5910, 19.11.2015.
- Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018.

Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018.

Yargıtay 2 HD, 4625/9953, 24.09.2018.

Yargıtay 2 HD, 5178/6418, 24.04.2001.

Yargıtay 20 HD, 7908/6350, 07.07.2017.

Yargıtay 3 HD, 1844/47, 08.01.2024.

Yargıtay 4 HD, 12742/463, 24.01.2017.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 2/3, 12.11.2021, RG
01.04.2022/31796.

İş Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü ile Sona Ermesine Bağlı Hukuki Sonuçlar Üzerine Genel Bir Değerlendirme^(*)

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU^(**)

Öz

Taraflardan birinin ölümünün iş sözleşmesinin akıbetine etkileri ve buna bağlı olarak ortaya çıkan hukuki sonuçların belirlenmesinde çeşitli hukuki soru ve sorunlarla karşılaşmaktadır. Kural olarak, işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinin varlığını sürdürdüğü, işçinin ölümünde ise sona erdiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bazı hallerde işverenin ölümü de iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiren bir sebep teşkil etmektedir. Bu durumda iş sözleşmesi sona eren işçinin haklarının belirlenmesi önem taşımaktadır. İşverenin ölümü açısından ele alınacak hukuki sorunlar; hangi hallerde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı, kendiliğinden sona ermeye bağlı olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hakkaniyet tazminatına hangi koşulların varlığı halinde hak kazanılabileceği ve bu tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken esaslar ile iş sözleşmesinin türünün etkisi, ölüm nedeniyle iş sözleşmesi kendiliğinden sona eren işçinin hak sahiplerinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktalarında toplanmaktadır. İşçinin ölümü bakımından ise, sözleşmenin akıbeti belli olmasına karşılık yasal mirasçılar ile diğer hak sahiplerinin işverenden talep edebileceği çeşitli hakların belirlenmesinde bazı sorunlarla karşılaşabilmektedir. Çalışmamızda, iş sözleşmesinin taraflardan birinin ölümü ile sona ermesine bağlı hukuki sonuçların, İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri ile sınırlı olarak mevzuat,

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.04.2024.

Atıf Şekli: Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'İş Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü ile Sona Ermesine Bağlı Hukuki Sonuçları Üzerine Genel Bir Değerlendirme' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 737, 767.

DOI: 10.52273/sduhfd..1470684.

^(**) İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: yeliz.gumrukcuoglu@ihu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2589-0305>.

güncel yargı kararları ve İsviçre Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınması amaçlanmıştır. Bu çerçevede, Türk Borçlar Kanunu ile mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde, Türk Borçlar Kanunu ile getirilen ölüme bağlı müteakip ücret ödeme yükümlülüğünün hukuki niteliği, kapsamı, hak sahipleri, ödenecek miktar ile benzer alacak ve tazminatlarla ilişkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Ölüm, İş Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ölüm Tazminatı, Kıdem Tazminatı, Müteakip Ödeme Yükümlülüğü.

A General Assessment on the Legal Consequences of the Termination of an Employment Contract upon the Death of One of the Parties

Abstract

In our study, it is aimed to discuss the legal consequences of the termination of the employment contract due to the death of one of the parties, limited to the employees within the scope of the Labour Law, in comparison with the legislation, current judicial decisions and Swiss Law. One of the reasons for the automatic termination of the employment contract is death. As a principle, it is accepted that the employment contract continues to exist in the event of the death of the employer and terminates in the event of the death of the employee. Nevertheless, in some cases, the employer's death is considered an automatic termination of the employment contract. In such instance, it is important to ascertain the legal entitlements of the employee who has been terminated. The legal matters to be considered regarding the death of an employer include determining the circumstances under which the employment contract will be automatically terminated, identifying the situations in which employees are entitled to fair compensation as regulated by the Turkish Code of Obligations, establishing the principles for determining the amount of this compensation, addressing any variations resulting from the type of employment contract, assessing the status of employees under the Labour Law, and determining their eligibility for severance and notice payments. In terms of the death of the employee, although the continuation of the contract is certain, some issues may be encountered in determining the various entitlements that the legal heirs of the employee and other beneficiaries can assert vis-à-vis the employer. In this context, the beneficiaries, the amount to be paid and its relationship with similar receivables and compensations of the legal nature and scope of the subsequent payment obligation after death regulated by the Turkish Code of Obligations will be evaluated within the framework of the provisions of the Turkish Code of Obligations and the repealed Labour Law No. 1475 Article 14 that in force on severance pay.

Keywords

Death, Termination of Employment Contract, Death Benefit, Severance Pay, Subsequent Payment Obligation.

Extended Summary

The objective of our study is to examine the implications of the death of one of the parties involved in an employment contract, specifically in relation to Turkish Labour Law. Although there is no current regulation on the subject, the effects of the death of one of the parties on the employment contract have recently been brought to the agenda more frequently both in academic studies and judicial decisions, and different opinions have emerged in different directions. In this regard, we believe that an evaluation of the effects of death on employment contracts in general terms will be useful. Due to its structure, an employment contract is a contract that is personal in terms of the employee and independent of the employer's personality in terms of the employer. Therefore, the effects of the death of the employee and the death of the employer on the continuation of the contract are different. In order to reveal the differences, the effects and consequences of death will be discussed separately in terms of the death of the employee and the death of the employer.

The Labour Law does not regulate the effect of the death of the employee or the employer on the contract and its legal consequences, and the provisions of the Turkish Code of Obligations are applicable. However, the application of these provisions, which are based on the provisions of the Swiss Code of Obligations, to the employees covered by the Labour Law leads to some legal questions and problems. In particular, since the current Article 14 of the repealed Swiss Code of Obligations numbered 1475, the provisions of the Turkish Code of Obligations are applicable to the employees covered by the Labour Law. It should be noted that while the death of the employee is regulated as a reason entitling the employee to severance pay, the death of the employer is not. For this reason, it is controversial in the doctrine whether the employee is entitled to severance pay in cases where the employment contract is automatically terminated with the death of the employer. In our opinion, although it is not possible to be entitled to severance pay in this case within the framework of the current regulations, a legal amendment is needed.

The effect of the death of the employer on the contract is considered only in the case of a real person employer. In the case of the death of a real person employer, as a rule, due to the impersonal aspect of the employment contract, the death of the employer does not cause the termination of the employment contract. On the contrary, the contract will continue to exist with the heirs and by preserving the existing rights and obligations. In this case, the provisions regarding the transfer of the whole or part of the workplace are applied by analogy to the relationship of the employee with the heirs, in other words, with the new employer. The death of the employer does not constitute a justified or valid reason for termination by itself.

The establishment of the employment contract by considering the personality of the employer is an exceptional case. Moreover, it is accepted that the death of the employer will terminate the contract only in cases where the personality of the employer is predominantly taken into consideration, not in all cases. For this reason, it is important to determine in which cases the employment contract is predominantly established by taking into account the personality of the employer. For instance, when

an employment contract is made with a caregiver to look after an old patient, it is understood that the employer's personality has a major role in determining the terms of the contract. Furthermore, in the event of the employer's death, it is not permissible to transfer the contract to their heirs. Since the termination of the employment relationship may cause damage to the employee, it is accepted that the employee may request an equitable compensation from the heirs. However, the wording of the Turkish Code of Obligations on the subject leads to discussions as to which employment contracts it can be applied to. The effect of the type of employment contract on the determination of the amount of compensation should be considered separately.

In the event of the death of the employee, the employment contract terminates automatically in any case, including in cases where there is a performance assistant. This is because the employment contract depends on the personality of the employee and requires personal performance of the performance. Although the legal relationship between the parties is terminated due to death, it is necessary to determine the receivables and compensations that the heirs of the employee and other right holders may claim from the employer.

Although the Labour Law does not specifically address this issue, both the Turkish Code of Obligations and the Swiss Code of Obligations have a clause that requires employers to pay subsequent earnings to the recipients. The applicability of this clause to employees protected by the Labour Law, and its relationship with severance pay, has been a topic of recurrent dispute in both theory and court judgments in the past. Regarding recent rulings, it is now widely held, in accordance with the prevailing concept, that employees protected by the Labour Law have the right to claim it and are entitled to receive it with severance compensation. However, there are still issues that we believe it is necessary to explain concerning the legal status of the following payment, the criteria for eligibility to receive the subsequent payment, the entitlement, the specific amount, the point at which interest will begin to accumulate, the designated location for making the payment, and other related matters.

Ultimately, we have analyzed the impact of death on the employment contract by considering recent rulings, doctrinal viewpoints, and opinions from Swiss scholars. We have also included our own perspectives, while acknowledging that instances where death results in the termination of the employment contract are rare within the framework of Labour Law.

Giriş

Miras bırakanın şahsına bağlı olan borçları, ölüm halinde kendiliğinden sona ermektedir. İş ilişkisinde işçinin asli edim borcunu teşkil eden iş görme borcu şahsa bağlı olmasına karşılık, işverenin borçları bu nitelikte değildir. İş sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü, ölümün sözleşmenin hangi tarafında gerçekleştiğine göre farklı etki ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple de ölümün sözleşme üzerindeki etkilerinin, işçi ve işveren bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Zira iş sözleşmesi her durumda işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşme iken işverenin kişiliğinin belirleyici unsur olması ile nadiren karşılaşılmaktadır¹. Bundan ötürü işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilirken, işverenin ölümü istisnai olarak sözleşmenin sona ermesine yol açmaktadır. İş sözleşmesinin ölüm ile sona erdiği hallerde, sona ermeye bağlanan hukuki sonuçların tespiti gerekmektedir. Gerçek kişilerin ölümü ile devri mümkün olmayan kişisel hak ve değerleri sona ermekte, devri mümkün hakları ve borçları ise mirasçılara geçmektedir. Diğer yandan iş sözleşmesinin işveren tarafında her zaman bir gerçek kişi olmayabilmektedir. Belirtelim ki, işverenin ölümü ancak işveren gerçek kişi olduğunda gündeme gelebilecek olup, sözleşmenin işçi tarafında ise her durumda bir gerçek kişinin varlığı söz konusudur.

Bazı hallerde ise bir kimsenin hukuken ölü kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. Bir kişinin ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlar içerisinde kaybolduğu hallerde ölüm karinesine dayalı olarak ölü kabul edilmesi bunlardan biridir². Bu halde ölü kabul edilmenin hukuki sonuçları karineye konu olayın gerçekleştiği andan itibaren geçmişe etkili olarak doğmaktadır. Dolayısıyla ölüme bağlanan bütün hukuki sonuçlar kişinin hukuken ölü kabul edildiği andan itibaren ortaya çıkmaktadır. Ölüm karinesine dayanarak bir gerçek kişinin ölü olup olmadığının mahkemece tespiti istenebileceği gibi ölü kaydının düşülmesi bazı hallerde idari işlem yoluyla da gerçekleştirilmektedir. Kişinin hukuken ölü kabul edildiği ikinci hal ise gaiplik kararıdır. Ölüm karinesindeki gibi ölüme mutlak gözle bakmayı gerektirecek koşullar söz konusu olmasa da, ölüm tehlikesi altında kaybolma ya da uzunca bir süre haber alınamama durumunda koşulların varlığına bağlı olarak hâkim kararı ile kişinin gaipliğine karar

¹ İşveren kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Engin, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren* (Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 1993) 31 vd.

² Türk Medeni Kanunu'nun 31. maddesine göre, "Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır".

verilebilmesi mümkündür³. Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurmaktadır.

İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nda taraflardan birinin ölümünün iş sözleşmesine etkileri düzenlenmemiş olup, konuya ilişkin düzenleme Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin kısmında yer almaktadır. Bununla birlikte, ilgili kanunların kıdem tazminatına ilişkin hükümlerde işçinin ölümüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁴. Basın İş Kanunu'nda ise işçinin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ereceği ve bu halde ödenecek ölüm tazminatı özel olarak düzenlenmiştir⁵. Ancak işverenin ölümüne ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Çalışmamızda İş Kanunu kapsamındaki ilişkileri ile sınırlı incelemede bulunulacak olup, Türk Borçlar Kanunu hükümleri de bu kapsamda ele alınacaktır. Bu çerçevede aşağıda gerçek kişi işverenin ölümü ile işçinin ölümünün hukuki sonuçları öncelikle genel hatları ile ele alınarak, iş sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı haller ve bunun hukuki sonuçları irdelenecektir. Ölüm karinesi ve gaiplik kararı verilen hallerde ise ancak özellik arz ettiği durumlarla sınırlı olarak değerlendirilecektir. İlk olarak işverenin ölümünün etki ve sonuçları üzerinde durulacak, ardından işçinin ölümünün etki ve sonuçları değerlendirilmeye çalışılacaktır. İşçinin ölümünün iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle gerçekleştiği haller ile buna bağlı olarak ortaya çıkan hukuki sonuçlar çalışmanın kapsamının dışında tutulmuştur.

I. İşverenin Ölümü

İşverenin ancak bir gerçek kişi olması durumunda ölüm halinin iş sözleşmesine etkilerinin tespiti gerekecektir⁶. Belirtelim ki, "işveren" terimini, soyut

³ Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir". Bununla birlikte, gaiplik kararının istenebilmesi ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olmasına bağlıdır (TMK m. 33/1).

⁴ Deniz İş Kanunu'nun 20. maddesine göre, gemi adamının ölümü halinde kıdem tazminatı ödenmesi gerekmektedir. 1475 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler ayrıca detaylı olarak ele alınacaktır.

⁵ Basın İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, "Gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde, eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efradına müteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir".

⁶ Gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren sıfatına sahip olması mümkündür.

işvereni ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır⁷. Gerçek kişi işverenin ölümünün iş sözleşmesinin akıbetine etkisine ilişkin bir düzenlemeye İş Kanunu'nda yer verilmemiş, buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel kanun niteliği gereğince söz konusu hüküm İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Sözü geçen Kanun'un 441. maddesinde işverenin ölümünün iş sözleşmesine etkisi iki farklı ihtimal dikkate alınarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, işverenin kişiliğinin dikkate alınarak kurulan iş sözleşmeleri ile kişiliği dikkate alınmaksızın kurulan iş sözleşmeleri üzerindeki etkileri farklıdır.

A. İşverenin Kişiliğinin İş Sözleşmesinin Kurulmasına Etkisinin Olmadığı Haller

Bir sözleşmenin kurulmasında, taraflardan birinin kişiliğinin diğer tarafın irade açıklaması bakımından belirleyici unsur teşkil ettiği hallerde "intuitus personae" (kişilik) unsurunun ağırlıklı olduğu kabul edilir⁸. Intuitus personae unsurunun ağırlıklı olduğu hallerde, sözleşmeden doğan borçların üçüncü kişilere devri ya da halefiyet yolu ile hak sahiplerine geçmesi mümkün değildir.

İş sözleşmesinin kişiliğe bağlı yönü genellikle yalnızca işçi açısından gündeme gelir. Bir iş sözleşmesinin kurulmasında işverenin kişiliğinin dikkate alınması istisnaidir⁹. Zira iş sözleşmelerinin kurulmasında işçinin kişiliği belirleyici rol oynarken, işveren açısından ise kişisel özelliklerin dikkate alınması söz konusu değildir. Sözleşmenin kurulması esnasında genellikle işçi açısından işyeri ve çalışma koşulları belirleyici olmaktadır. İstisnai durumlar dışında işveren yönünden "intuitus rei" bir diğer deyişle işyerine bağlılık unsuru öne çıkmaktadır¹⁰. Bu nedenle de işverenin kişiliğine bağlı olmaksızın kurulan iş sözleşmesinin ölümüne rağmen mirasçılarıyla sürdürülebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, kural olarak işverenin ölümü ile iş sözleşmesi sona ermemektedir¹¹. Nitekim

⁷ Soyut-somut işveren ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Engin (n 1) 116 vd.

⁸ Engin (n 1) 45.

⁹ Engin (n 1) 44; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku* (Seçkin 2023) 243.

¹⁰ Engin (n 1) 45.

¹¹ Turhan Esener, *İş Hukuku* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi 1978) 215; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta 2023) 469; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta 2023) 538; Engin (n 1) 48; Ercan Akyiğit, 'Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları' (2011) 6 (22) 32, 39; Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (3. Baskı, Seçkin 2016) 169; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (Vedat Kitapçılık 2012) 286; Ş. Esra Baskan, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etki-

Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin 1. fıkrasına göre de, "İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçuları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır¹²." Böylece kişiliği dikkate alınmaksızın yapılan iş sözleşmeleri bakımından, işverenin ölümünün sözleşmeyi sona erdirmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu halde iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar ayrıca bir hukuki

si ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı' (2013) (104) TBB Dergisi, 55, 67; Ender Gülver, *Özellikle Koşulları ve Hukuki Sonuçları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 35; Banu Ülkü Kararmaz, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 24; Emre Ertan, 'İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi' (2022) 2(48) Sicil 129, 130. İsviçre Hukukunda aynı yönde: Wolfgang Portmann, Isabelle Wildhaber, *Schweizerisches Arbeitsrecht* (4. Auflage, Dike 2020), 239; Manuel Vogler, *Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht* (Dike 2016), 31. Yargı kararlarının da aynı yönde olduğu görülmektedir. "Türk Borçlar Kanunu'nun 440'inci maddesi uyarınca işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Aynı Kanun'un 441'inci maddesinde ise kural olarak işverenin ölümü, sözleşmenin sona erme nedeni değildir. Ancak bu kuralın istisnası aynı maddenin ikinci fıkrasında yer almakta olup, işverenin ağırlıklı olarak kişiliği dikkate alınarak kurulan iş sözleşmesi, işverenin ölümü ile kendiliğinden sona erer". İBBGK 9/10, 19.10.2018. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024. Buna karşılık, sigortalı çalışmanın kesintisiz devam edip etmediğinin uyuşmazlık konusu olduğu bir olayda, Konya Bölge Adliye Mahkemesince verilen bir kararda en azından gerekçe bakımından bu esasın gerektiği gibi metne yansımadağı anlaşılmaktadır. Zira karara göre, "Davacının hizmeti bir dönem davalılar murisi yanından bildirilmiş olduğu anlaşılmalı davacının sicil dosyası, ücret bordroları, ücret ödemesi banka yoluyla yapılmış ise banka hesap akış cetveli getirilerek davacının ara verip vermediği ya da kesintisiz çalışıp çalışmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmeli, tanıkların bu yöne ilişkin beyanları arasındaki çelişki giderilmeli, işyerinin muhasebe işlerine bakan tanık K8'in K2 ile arasında muhasebe işlerini yürütmesi için yaptıkları sözleşme örneği getirilmeli, Meram İlçe Gıda, Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğünden davacının imzasının bulunduğu 13.04.2018 tarihli Resmi Kontrol Raporunun onaylı örneği istenmeli, deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Tarafardan birinin ölümü halinde hizmet akdi ilişkisinin sona ereceği nazara alınmalı, İşyerinin anahtarının davacıda olduğu ve işverenin ölümünden sonra bir müddet daha işyerini açtığı ifade edilmiş ise de davalılar ile aralarında hizmet ilişkisi kurulmadan kendiliğinden işyerini açması ve satış yapmasının kendiliğinden taraflar arasında hizmet ilişkisi kurulmasını sağlamayacağı göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle davalıların açık görevlendirmesi ile işyerini açıp açmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır". Konya 8 BAM, 112/1518, 12.11.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024. Oysa kural olarak iş ilişkisi işverenin ölümü ile sona ermez aksine varlığını koruması esas, sona ermesi istisnadır.

¹² Madde gerekçesine göre, "Maddenin birinci fıkrasında, işverenin ölümünün kural olarak hizmet sözleşmesini sona erdirmeyeceği, ölen işverenin yerini mirasçılarının alacağı; ancak mirasçılar ile işçi arasındaki hizmet ilişkisine, hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmektedir. Bilindiği gibi işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin düzenlemeye, Tasarının 427 nci maddesinde yer verilmiştir. Bu düzenlemenin hükümleri, işverenin mirasçuları ile işçi arasındaki hizmet ilişkisine kıyas yoluyla uygulanacaktır".

işleme ihtiyaç olmaksızın işverenin mirasçılarına geçeceğinden, ölüm sonrasında işçi iş görme edimini onun mirasçılarına karşı ifa edecektir. İş sözleşmesinden kaynaklanan haklarını da doğal olarak mirasçılardan talep edebilecektir¹³. Kanun koyucu bu halde iş sözleşmesinin devrine ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulama alanı bulacağını ayrıca ifade etmiştir. Bu durumda iradi değil kanuni bir devir söz konusu olduğundan ilgili hükümlerin kıyasen uygulanacağı benimsenmiştir¹⁴. İşyerinin tamamı yahut bir bölümünün devrinin sonuçları Türk Borçlar Kanunu'nun 428. ve 429. maddesinde, İş Kanunu'nda ise 6. maddede düzenlenmiştir.

Külli hâlefîyet ilkesi gereğince, mirasçılar iş sözleşmesinden doğan tüm borçlardan sorumlu olacaktır. İşverenin ölümü sonrasında tüm hak ve borçları ile iş sözleşmesi işverenin mirasçılarına geçecek, çalışma süresinin esas alındığı hallerde ölen işverenin yanında çalışmaya başladığı tarih esas alınacaktır¹⁵. Bu bakımdan işçinin muvafakati aranmamaktadır. İş sözleşmesinin mirasçılara geçtiği hallerde sözleşme mevcut koşulları ile varlığını sürdürecektir olup, mirasçılarının ölüm nedeniyle sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapabilmesi mümkün değildir. Ancak İş Kanunu'nun 22. maddesinde belirtilen esaslara uyularak sözleşmede esaslı değişiklikler yapılması mümkündür. Bunun gibi mirasçılarının bu iş ilişkisini sürdürmek istememesi bir geçerli ya da haklı fesih nedeni değildir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin genel esaslar çerçevesinde kanunda gösterilen biçimde sözleşme mirasçılar tarafından sona erdirilebilecektir. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından mirasçılarının süre dolmadan fesih hakkı ancak haklı nedenle derhal fesih nedenlerinin varlığına bağlı olarak gündeme gelebilecektir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde süreli feshe ilişkin genel esaslar çerçevesinde değerlendirilmediği bulunacaktır. Elbette haklı nedenlerin

¹³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre, "İşverenin ölümünü düzenleyen TBK 441. maddesi "İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçılar alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır." hükmü yer almaktadır. Müteveffa A..G..'in ölümü ile işyeri mirasçılarının davalılara geçmiştir. Dosya içindeki SSK sigortalı hizmet listesine göre işyeri L.. G.. adına ise de müteveffanın ölüm anıyla birlikte miras mirasçılara intikal ettiğinden davalılardan S.. G.. 17.03.2007 tarihine kadar olan dönem için miras payıyla sınırlı olarak davacının kıdem tazminatı, fazla çalışma, hafta ve genel tatil alacaklarından diğer davalı ile birlikte müteselsilen sorumlu olması gerekirken işçilik alacaklarının tamamından sorumlu tutulması hatalıdır". Yargıtay 9 HD, 721/12501, 31.3.2015. Mirasçılarının sorumluluğuna ilişkin ayrıca bkz. Yargıtay 9 HD, 6322/16893, 26.9.2019. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

¹⁴ Akyiğit (n 11) 40; Yürekli (n 11) 169.

¹⁵ Ayrıca bkz. Akyiğit (n 11) 40; Seda Arslan Durmuş, *İş Hukukunda Kıdem Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 371.

varlığı halinde sözleşme mirasçılar tarafından sona erdirilebilir. Bununla birlikte belirtelim ki, işverenin ölümü tek başına ne haklı ne de geçerli bir fesih nedeni teşkil eder.

İş sözleşmesinin mirasçılarla devam edeceğinin kabul edilebilmesi için mirasçılarının mirası reddetmemiş olması ya da mirastan yoksun kılınmamış olmaları gerekmektedir¹⁶. İşverenin mirasçılarının tamamının mirası reddetmeleri durumunda ise Türk Medeni Kanunu'nun 612. maddesi çerçevesinde miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Bu durumda tasfiye işlemleri sırasında iş sözleşmesinin feshi gündeme gelecek olup, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiğinden bahsedilmeyecektir. Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası ise sözü geçen Kanun'un 501. maddesi gereğince Devlete geçecektir.

B. Ağırlıklı Olarak İşverenin Kişiliği Dikkate Alınarak Kurulmuş İş Sözleşmeleri

1. Genel Olarak

Daha önce de değindiğimiz üzere, genel olarak iş sözleşmelerinde işverenin kişiliği belirleyici değildir. İstisnaen bazı hallerde iş sözleşmesi *ağırlıklı olarak* işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulabilmektedir. Bu hallerde ise işverenin ölümü yukarıda açıkladığımız genel esaslardan farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Kişilik unsurunun ağır bastığı sözleşmeler bakımından, ağırlıklı unsuru teşkil eden kişinin ölümü halinde sözleşmenin üçüncü kişilerle devamı değil, aksine sona ermesi esastır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir*"¹⁷. Böylece işverenin iş sözleşmesinin kanundan doğan bir nedenle kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır¹⁸. Bu düzenleme İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Kendiliğinden sona erme hallerinde tarafların ayrıca bir irade beyanında bulunması ge-

¹⁶ Akyiğit (n 11) 40; Baskan (n 11) 68; Yürekli (n 11) 170.

¹⁷ Madde gerekçesine göre, "*Maddenin ikinci fıkrasına göre, hizmet sözleşmesinde işverenin kişiliği ağırlıklı olarak önem taşıyorsa, onun ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erer; ancak işçi, işverenin mirasçılarında, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir*". Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligationenrecht-OR) 338a maddesi düzenlemeye esas alınmıştır.

¹⁸ Akyiğit (n 11) 40; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (Seçkin 2022), 225; Yürekli (n 11) 169.

rekmediğinden işçinin beyanı aranmaz. Belirtelim ki, geçici iş ilişkisinde geçici işverenin ölümü ya da asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işverenin ölümü sözleşmenin akıbetini etkilemeyecektir.

İş sözleşmesinin hangi hallerde ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuş sayılacağı belirlenmesi hükmün uygulama alanı bulabilmesi açısından önem arz eder. Zira sözleşmenin kurulmasında işçinin irade açıklamasına işverenin kişiliğinin belirleyici ve ağırlıklı unsur teşkil ettiği hallerde hükmün uygulanması söz konusu olacaktır¹⁹. Öğretide isabetle belirtildiği üzere, bu özellikleri taşıyan bir iş sözleşmesinin varlığını kabul edebilmek için işçinin iş görme borcu ile işverenin kişiliği arasında bir bağ bulunmalıdır²⁰. Kanun koyucu yalnızca işverenin kişiliğinin dikkate alınması değil de ağırlıklı olarak dikkate alınmış olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede işverenin kişiliği sözleşmenin işçinin irade açıklamasında baskın unsur niteliği taşımıyorsa, bir başka deyişle mirasçılar tarafından kabul edilebilir bir iş görme edimi bulunuyorsa iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyecektir²¹. İşverenin kişiliğinin iş sözleşmesinin kurulmasında bir asli unsur olarak karşımıza çıkabileceği haller ise istisnaidir. Örneğin, yaşlı bir hastaya bakmak üzere işe alınan bir bakıcı ya da hemşire veya kişisel anıları yazmak için görevlendirilen bir sekreter söz konusu ise bu koşul gerçekleşmiş sayılacaktır²². Benzer şekilde işverenin kişiliğine bağlı bir serbest mesleğin yürütüldüğü hallerde hükmün uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir²³. İsviçre Hukuku'nda örneğin, bir mürebbiye, bakıcı ya da özel şoför ile kurulan sözleşmelerde hükmün uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir²⁴. Ev hizmetlileri bakımından da aynı şekilde kişisel bağlantının her durumda olmasa da söz konusu olabileceği ifade edilmektedir²⁵. İşverenin ölümü sonrasında ev işlerinin görülmesi sürdürüldüğü takdirde, iş ilişkisinin varlığını koruduğu kabul edilmelidir.

¹⁹ Yürekli (n 11) 171; Kararmaz (n 11) 29.

²⁰ Ertan (n 11) 133.

²¹ Ertan (n 11) 134.

²² Akyiğit (n 11) 41; Yürekli (n 11) 171; Gülver (n 11) 34; Ertan (n 11) 133.

²³ Ertan (n 11) 134 vd.

²⁴ Portmann, Wildhaber (n11) 239. Yargıtay 22. (Kapatılan) Hukuk Dairesince verilmiş bir kararda da, "davacının davalının yaşlı annesi ve kardeşinin bakımından sorumlu olarak çalışmış olduğu ve iş ilişkisinin işverenler olan davalının yaşlı annesi ve kardeşinin ölümü ile sona erdiği" isabetle kabul edilmiştir. Yargıtay 22 HD, 2393/8092, 29.6.2020. Aynı yönde: Yargıtay 9 HD, 10727/10636, 4.7.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

²⁵ Vogler (n 11) 31; Yürekli (n 11) 171.

Ayrıca belirtelim ki, işverenin ölümünün iş sözleşmesinin sona ermesine yol açabilmesi açısından sözleşmenin türünün bir önemi bulunmamaktadır²⁶. İster belirli ister belirsiz süreli olsun, işverenin ölümü iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açacaktır.

İşverenin kişiliğinin belirleyici ağırlıklı unsur teşkil ettiği hallerde, mirasçılarla iş sözleşmesinin sürdürüleceğinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı ise öğretide tartışmalıdır²⁷. Bir görüşe göre, hükmün mutlak emredici olması sebebiyle aksinin kararlaştırılmayacağı kabul edilmelidir²⁸. Aksine bir anlaşma halinde mirasçılarla yeni bir sözleşme kurulmuş olacaktır. Kanaatimizce de isabetli bir diğer görüşe göre ise iş sözleşmesinin mirasçılarla devam edeceğinin kararlaştırılması mümkündür²⁹. Bu halde bize göre, taraflarca sözleşmenin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmaksızın kurulduğu kabul edilmektedir. İsviçre Hukuku'nda da iş sözleşmesinin devam edeceği öngörülen ya da mirasçılarla anlaşma-ya varılan hallerde iş sözleşmesinin sona ermeyeceği ifade edilmektedir³⁰.

2. İş Sözleşmesinin Kendiliğinden Sona Ermesinin Sonuçları

İşverenin ölümü ile iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği hallerde, işçi ölüm tarihinden önce doğmuş işçilik alacaklarını mirasçılardan talep edebilecektir³¹. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklar bakımından duru-

²⁶ Yürekli (n 11) 172.

²⁷ Öğreti görüşleri için ayrıca bkz. Yürekli (n 11) 172 vd.; Baskan (n 11) 68 vd.; Ertan (n 11) 133; Kararmaz (n 11) 29 vd.

²⁸ Yürekli (n 11) 172.

²⁹ Akyiğit (n 11) 41.

³⁰ Portmann, Wildhaber (n 11) 239.

³¹ Mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı olup olmadığının değerlendirildiği güncel bir karara göre, "Somut olayda, davacı işçi davalıların mirasbırakanı müteveffa ...'in ofisinde 10.01.2015-18.09.2019 tarihleri arasında çalıştığını ve ödenmeyen işçilik alacakları bulunduğunu ileri sürerek söz konusu alacakların davalılardan tahsilini talep etmiştir. Davacı işçinin, davalılardan ...'e yapılan tebligatların sonuçsuz kalması üzerine yargılamanın uzamaması amacıyla bu davalı yönünden davadan feragat ettiğini beyan etmesi üzerine İlk Derece Mahkemesince davalı mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşı olduğundan, biri için yapılan feragatin diğerlerine de sirayet edeceği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş ise de davaya konu alacaklar davalıların mirasbırakanı ile davacı arasındaki ... ilişkisinden kaynaklanan tereke borcu niteliğinde olup tereke borçlarından müteselsilen sorumlu olan mirasçılara karşı açılacak para alacağı davalarında mirasçılar arasında mecburi değil ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle davalılardan ... yönünden davadan feragat edilmesinin diğer davalılara da sirayet edeceğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 9 HD, 10163/16270, 30.10.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

mun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu halde feshe ilişkin sonuçların uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, işçinin herhangi bir kusuru olmaksızın gerçekleşen bu kendiliğinden sona erme halinin olumsuz sonuçlara yol açacağı aşıkardır. Aşağıda işverenin ölümü ile iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği hallerde, işçinin olası hakları ele alınacaktır.

a. Kıdem Tazminatı

İşverenin ölümü ile iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir fikre göre, kıdem tazminatına ilişkin yasal düzenlemede hukuki bir boşluk olduğu kabul edilerek, bu boşluk kıyas yolu ile doldurulmalıdır. Bunun sonucunda da işçinin kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir³². Buna karşılık kanaatimizce isabetli bir başka fikre göre, mevcut yasal düzenleme çerçevesinde genel olarak iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi yahut işverenin ölümü ile sona ermesi kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında düzenlenmemiş olduğundan kıdem tazminatı talebi mümkün olmayacaktır³³. İşçinin ölümü kıdeme hak kazandıran sebepler arasında düzenlendiği halde işverenin ölümüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğunu düşünmekteyiz³⁴. Ancak olması gereken hukuk açısından kıdeme hak kazanılacağına düzenlenmesi isabetli olacaktır. Mevcut düzenleme çerçevesinde ise işverenin ölümü nedeniyle işçinin hakkaniyete uygun bir tazminat talep edebileceğinin düzenlenmesi karşısında, bu tazminata hükmedilmesi ve miktarı belirlenirken bu hususun gözetilmesinin bir

³² Ertan (n 11) 136 vd.; Kararmaz (n 11) 69.

³³ 2020 yılında verilmiş bir karara göre, "İş sözleşmesi işverenin şahsına bağlı olarak yapılmış olup işverenin ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona ermiştir. İşverenin ölüm tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin 3. fıkrasında sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle işçinin uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir tazminat istenebileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin sona erme şekli itibarıyla davacı ihbar tazminatına hak kazanamamakta ise de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 347/3 maddesi uyarınca hakkaniyet dairesinde hüküm altına alınacak tazminat miktarında ihbar tazminatı ölçüt olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, davacının ihbar tazminatı talebi sözü edilen hüküm çerçevesinde talep edilebilen tazminat olarak değerlendirildiğinden bu husus bozma nedeni yapılmamıştır. Ancak, mülga 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran haller sınırlı olarak belirtilmiş olup bu haller arasında sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sayılmamıştır. Hal böyle olunca, iş sözleşmesi işverenin ölümüyle kendiliğinden sona eren davacının kıdem tazminatı isteminin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 22 (Kapatılan) HD, 2393/8092, 29.6.2020 (Lexpera). Aynı yönde: Yargıtay 9 HD, 10727/10636, 4.7.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

³⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 11) 287.

çözüm olabileceği görüşündeyiz³⁵. İhbar tazminatı, süreli fesihlerde bildirim süresine uyulmamasının yaptırımını teşkil etmekte olduğundan, iş sözleşmesi kendiliğinden sona eren işçi bu tazminatı da talep edemeyecektir. İş sözleşmesinin sona ermesi ile doğan yıllık ücretli izin alacağı talep hakkı da işverenin mirasçılara yönlendirilebilecektir.

b. Hakkaniyet Tazminatı

Kanun koyucu işverenin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiği takdirde, bu durumun işçinin zararına yol açabilecek sonuçlar doğurabileceğini dikkate alarak, işverenin mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat talep edilebileceğini kabul etmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine göre, "*Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir*". Bu tazminat öğretide "hakkaniyet tazminatı" olarak anılmaktadır³⁶. İş Kanunu'nda konuya özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, sözü geçen hüküm İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

Tazminata ilişkin söz konusu düzenlemede "*sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar*" ifadesine yer verilmiş olması, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından talep edilip edilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir³⁷. Kanaatimizce bu tazminat gerek belirli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından talep edilebilir niteliktedir³⁸. Tazminatı talep eden işçinin zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekecektir³⁹. Bununla birlikte en azından belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmada ihbar süresi kadar, belirli süreli çalışmada bakiye süreye ilişkin ücret tutarındaki tazminat kadar bir zararın ortaya çıkacağı açıktır.

Tazminatın miktarının belirlenmesinde takdir yetkisi hâkime ait olmakla birlikte, sözleşmenin türüne göre bazı esasların dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz⁴⁰. İş sözleşmesi belirli süreli olduğu takdirde, tazminat miktarı belirlenirken sözleşmenin kalan süresi de dikkate alınmalıdır⁴¹. Bu halde belirlene-

³⁵ Bkz. ve krş. Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2017) 154.

³⁶ Ertan (n 11) 138.

³⁷ Madde metni ve eleştirisi için bkz. Akyiğit (n 11) 42; Akyiğit (n 18) 225; Baskan (n 11) 69; Yürekli (n 11) 173.

³⁸ Akyiğit (n 11) 42; Baskan (n 11) 69; Yürekli (n 11) 173. Bkz. ve krş. Güven ve Aydın (n 35) 154.

³⁹ Yürekli (n 11) 173. Ayrıca bkz. Akyiğit (n 11) 43.

⁴⁰ Yürekli (n 11) 174.

⁴¹ Tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yürekli (n 11) 173; Ertan (n 11) 139; Kararmaz (n 11) 64 vd.

cek miktarın sözleşme süresinin bitimine kadar olan süre için ödenecek ücretin miktarını aşamayacağı kabul edilmektedir⁴². Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından bakiye süreye ilişkin tazminatın belirlenmesindeki indirim sebepleri de dikkate alınmalıdır⁴³. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise ihbar tazminatından daha düşük belirlenmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴. Ancak ihbar tazminatının miktarı sınırlayıcı değildir⁴⁵. Somut olayın özellikleri de dikkate alınarak en az ihbar tazminatı tutarında belirleme yapılmalıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kıdem tazminatı açısından bekleme süresini dolduran işçiler açısından bu tazminatın da dikkate alınması gerekmektedir.

Tazminatın işverenin mirasçılarında talep edilecektir. Bu bakımdan yasal mirasçılardan yanı sıra atanmış mirasçılara da talebin yönlendirilebileceği ancak mirasın reddi ya da mirasçılıktan çıkarma durumunda talepte bulunulamayacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Mirasçı Devlet olduğu takdirde tazminat talebi Devlete yönlendirilecektir⁴⁷.

İş Kanunu kapsamındaki çalışanlar bakımından söz geçen Kanun'un 32. maddesinin 5. fıkrasına göre, "İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur". Bu düzenleme gereğince hakkaniyet tazminatının ödenmemesi durumunda işverenin ölüm tarihinden itibaren faiz işleyecektir.

II. İşçinin Ölümü

A. Genel Olarak

İş sözleşmesi, doğası gereğince işçinin kişiliğine bağlı ("intuitus personae") ve kural olarak işçinin işi bizzat ifa etmesi gereken bir sözleşmedir⁴⁸. Bu nedenle

⁴² Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Lykeion Yayınları 2022) 797. Ayrıca bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 11) 287.

⁴³ Akyiğit (n 11) 43. Ayrıca bkz. Yürekli (n 11) 175.

⁴⁴ Akyiğit (n 11) 43. Hakkaniyet dairesinde hüküm altına alınacak tazminat miktarında ihbar tazminatının ölçüt olarak değerlendirilebileceği yönünde: Yargıtay 9 HD, 10163/16270, 30.10.2023. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

⁴⁵ Aynı yönde: Yürekli (n 11) 174-175.

⁴⁶ Ertan (n 11) 138. Bununla birlikte, mirasın reddi halinde tasfiye hükümlerine başvurulabilecektir. Kararmaz (n 11) 68.

⁴⁷ Yürekli (n 11) 174.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel, 'Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler Işığında Hizmet Sözleşmesinin Intuitus Personae Niteliği', (1996) Prof. Dr. Hâlid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 167, 167-195.

de, daha önce değindiğimiz üzere iş sözleşmesinin türü ne olursa olsun işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ereceği kabul edilir⁴⁹. Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinin 1. cümlesinde de "Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer" düzenlemesi getirilmiştir⁵⁰. İsviçre Hukuku'nda da aynı esas benimsenmiş olup, çalışanın ifa yardımcısı kişilerden yararlanmasının mümkün olduğu sözleşmeler bakımından da ölümün sözleşmeyi sona erdireceği kabul edilmektedir. Ancak yardımcı kişinin ölümü sözleşmenin sona ermesine yol açmamaktadır⁵¹. Hukukumuz açısından da aynı sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz.

İş sözleşmesi işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ereceğinden fesih iradesine yahut herhangi bir bildirimde bulunulmasına gerek yoktur. Bu bakımdan ölümün sebebi, nerede, ne zaman, çalışma saatleri içinde ya da dışında gerçekleştiği yahut taraflar arasındaki iş sözleşmesinin türünün bir önemi bulunmamaktadır. İşverence süreli fesih bildiriminde bulunulmuş olmasına karşılık, bildirim süresi henüz dolmadan ölüm gerçekleşmişse, sözleşmenin ölüm nedeniyle kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir.

İşçinin ölüm karinesi ve gaiplik kararı nedeniyle ölmüş sayıldığı hallerde de ölüme bağlı hukuki sonuçlar meydana gelecektir⁵². Ölüm karinesinin söz konusu olduğu hallerde, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren olayın gerçekleştiği

⁴⁹ Süzek (n 11) 537; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 466; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 42) 790; Hâlûk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin 2022) 128; Akyiğit (n 18) 345; Akyiğit (n 9) 243; Gülsevil Alpogut, 'Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri' (2011) 8 (31) *Legal İHSGHD* 913, 941; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 11) 282-286; Baskan (n 11) 57; İpek Kocagil, 'İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları' (2014) 20 (1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 429, 430; Yürekli (n 11) 155; Sabahattin Yürekli, *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019), 190; Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022 (Aralık 2021-Aralık 2022)* (Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası 2023), 78; Arkin Günay, 'İşçinin Ölümü veya Gaipliğinin İş Sözleşmesine Yönelik Sonuçları' (2023) 11 (1) *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 113, 129. İsviçre Hukuku için Milani Dominik, Art. 338, içinde: OFK- Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023) 1160, Rn. 1; Angela Hensch, 'Tod des Arbeitnehmers', (2016) *Aktuelle Juristische Praxis* 161, 162.

⁵⁰ 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde geçen "işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde" ifadesi de dolaylı olarak aynı sonuca ulaşılmasına yol açacaktır. Ayrıca bkz. Özkaraca (n 49) 78.

⁵¹ Hensch (n 49) 162.

⁵² Akyiğit (n 11) 34; Yürekli (n 11) 158.

tarihte işçi ölmüş sayılacak ve sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Ölüme kesin gözle bakmayı gerektiren olay henüz gerçekleşmeden sözleşme işverence haklı nedenle derhal feshedilmişse, ölüm değil feshe ilişkin hukuki sonuçların doğacağı kabul edilmektedir⁵³. Süreli fesih halinde ise henüz bildirim süresi dolmadan ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren olay gerçekleşirse, sözleşme işçinin ölümü ile sona ermiş sayılacaktır⁵⁴. Gaiplik kararı verilmesi de ölüm ve ölüm karinesi ile aynı sonuçları doğurmakta olup, işçinin kaybolduğu an ya da işçiden haber alınan son tarihte iş sözleşmesinin geçmişe etkili olarak kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir⁵⁵. Ancak gaiplik kararının verilebilmesi için geçen süre dikkate alındığında, henüz gaipliğe karar verilmeden önce işverenin sözleşmeyi feshi halinde, iş sözleşmesinin hangi nedenle sona erdiğinin tespiti önem arz eder. İşveren haklı nedenle derhal fesih bildiriminde bulunmuş ise gaiplik kararının etki doğurduğu andan önce mi sonra mı beyanda bulunulduğu dikkate alınmalıdır. Henüz gaiplik kararı etkilerini doğurmadan beyanda bulunulmuşsa, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle derhal feshine bağlanan sonuçlar; daha sonraki bir tarihte beyanda bulunulmuş ise ölüme bağlanan hukuki sonuçlar gündeme gelecektir. Süreli fesih açısından da bildirim süresinin sona erdiği tarih ile gaiplik kararının sonuç doğurduğu tarih dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Henüz bildirim süresinin dolmadığı döneme etkili bir gaiplik kararı söz konusu olduğunda, sözleşmenin ölüm nedeniyle kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir.

Ölüm karinesi nedeniyle ölü kabul edilen ya da gaipliğine karar verilen kişinin sonradan hayatta olduğu anlaşılırsa, bunun iş sözleşmesine etkisinin ne olacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermiştir⁵⁶. Ancak taraflar işçinin ölü olmadığı anlaşıldıktan sonra iş ilişkisini sürdürmüş ise aralarında yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmelidir⁵⁷. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, kişinin hayatta olduğunun anlaşılması ile ölüm karinesi ya da gaiplik kararı hükümsüz kalacağından, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erme durumu da geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır⁵⁸. Ancak bu durumda işverenin haklı nedenle derhal feshi gündeme

⁵³ Günay (n 49) 132.

⁵⁴ Günay (n 49) 133.

⁵⁵ Baskan (n 11) 57; Günay (n 49)133.

⁵⁶ Yürekli (n 49) 191.

⁵⁷ Yürekli (n 49) 186.

⁵⁸ Akyiğit (n 11) 34; Kocagil (n 49) 432; Günay (n 49) 136.

gelecektir⁵⁹. Bu yöndeki bir görüşe göre, kıdem tazminatı ödemesi yapılmış ise sözleşmenin ölümle sona ermediği kabul edildiğinden işverene iadesi gerekecektir⁶⁰.

İşçinin ölümü halinde hak kazanılmış ancak ödenmemiş işçilik alacakları kural olarak mirasçılara geçecektir⁶¹. Örneğin, ücret, fazla çalışma, hafta tatili vb. işçilik alacakları terekede yer alarak mirasçılara geçecektir. Aynı şekilde işçi ölmeden önce kıdem tazminatına hak kazanmış ancak talepte bulunmamışsa, talep hakkı mirasçılara geçecektir. İhbar tazminatı bakımından da aynı esas geçerlidir. İşverenin mirasçılardan zararına istinaden tazminat istemesi ya da iş görme ediminin ifasını talep edebilmesi ise mümkün değildir⁶².

İş sözleşmesinin taraflarının işçinin ölümü halinde sözleşmenin miras yolu ile üçüncü kişilere intikal edeceği konusunda anlaşılabilmesi mümkün değildir⁶³. Zira üçüncü kişi konumundaki mirasçılar kişisel nitelik taşıyan iş görme edimini ifa ile bağlayacak böyle bir düzenlemeye geçerlilik tanınamayacaktır. Bununla birlikte, mirasçı ya da mirasçılar da yapılan anlaşmaya taraf olarak işçinin ölümü halinde iş görme edimini ifa borcunu üstlenebilir. Bu durumda mirasçı ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilecektir⁶⁴.

İşçinin ölümünün sözleşmeye etkisi ve diğer hukuki sonuçları İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak mülga 1475 sayılı Kanun'un yürürlükteki 14. maddesinde iş sözleşmesi işçinin ölümü sebebiyle son bulunduğu takdirde, tazminat tutarının, ölen işçinin kanuni mirasçılara ödeneceği hükme bağlanmıştır. İş Kanunu'ndan farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde işçinin ölümünün hukuki sonucuna ve hak sahiplerinin durumuna ilişkin düzenleme getirilmiştir. Aşağıda kıdem tazminatı ve müteakip ödeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin hangi koşullara bağlı olarak uygulama alanı bulabileceği, etkileri ve birbirleri ile ilişkileri ayrıntılı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

⁵⁹ Akyiğit (n 11) 34.

⁶⁰ Kocagil (n 49) 440.

⁶¹ Hensch (n 49)164; Baskan (n 11) 58.

⁶² Baskan (n 11) 58; Yürekli (n 11) 155-156.

⁶³ Hensch (n 49) 163; Akyiğit (n 11) 34; Baskan (n 11) 58; Yürekli (n 11) 156.

⁶⁴ Akyiğit (n 11) 34; Baskan (n 11) 59; Kararmaz (n 11) 43; Günay (n 49) 132; Kocagil (n 49) 432; Yürekli (n 49) 191.

B. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşverenin Müteakip Ücret Ödeme Yükümlülüğü

1. Ödemenin Niteliği

Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesine göre, "İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür". Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, bu hükmün düzenlenmesinde mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 338. maddesi esas alınmıştır. Bu nedenle düzenlemenin amacı, kapsamı, uygulanma koşulları, bu hükmeye istinaden getirilen ödeme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin anlaşılabilmesi adına, mehaz düzenlemeye ilişkin kısa açıklamalarda bulunmaya çalışacağız. OR Art. 338 ile işçinin ölümü halinde geride kalan hak sahiplerine karşı işverene bir müteakip ücret ödeme yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁵. Düzenlemenin, işverene hak sahiplerinin geçimlerini sınırlı bir geçiş dönemi için güvence altına almaya hizmet eden müteakip bir sözleşme yükümlülüğü getirmeyi amaçladığı ifade edilmektedir⁶⁶. Hukukumuz açısından değerlendirildiğinde de, her ne kadar öğretilerde ya da uygulamada ölüm tazminatı olarak anılsa da bu ödeme aslında bir tazminat niteliği taşımaktadır⁶⁷. Öğretilerde de işçiyi gözetme borcunun sonraya etkisi niteliğinde bir ödeme yükümlülüğü teşkil ettiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bu nedenle de ölüme bağlı müteakip ücret ödemesi olarak anılması kanaatimizce daha isabetlidir⁶⁹.

2. Koşulları

İşverenin müteakip ödeme yükümlülüğünden söz edilebilmesi, işçinin fiilen iş görmeye başlamış ya da çalışmaya hazır bekler durumda olmasına bağlıdır⁷⁰. Ayrıca bir bekleme süresi, başka deyişle belirli bir süre çalışmış olma şartı öngörülmemiştir⁷¹. Kıdem süresi yalnızca ödeme miktarının belirlenmesinde dikkate

⁶⁵ Dominik (n 49) Rn. 2.

⁶⁶ Hensch (n 49) 165.

⁶⁷ Kararmaz (n 11) 45; Yürekli (n 49) 191; Özkaraca (n 49) 79. Aksi yönde: Kocagil (n 49) 451; Erdem Utku Çakır, 'Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı' (2022) 5 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16, 25.

⁶⁸ Akyiğit (n 11) 34; Yürekli (n 11) 158; Baskan (n 11) 59.

⁶⁹ Benzer yönde bkz. Yürekli (n 11) 158.

⁷⁰ Alpagut (n 49) 941; Kararmaz (n 11) 46. Ayrıca bkz. Baskan (n 11) 62.

⁷¹ Akyiğit (n 11) 35; Kararmaz (n 11) 47; Yürekli (n 11) 160; Baskan (n 11) 62.

alınmalıdır. Belirtelim ki, deneme süresi içerisinde gerçekleşen ölümlerde de bu yükümlülük söz konusu olmaktadır⁷².

Ölüm halinde olduğu gibi ölüm karinesi nedeniyle ölmüş sayılma halinde de hak sahipleri müteakip ödemeyi talep edebilecektir. Bununla birlikte, gaiplik halinde kararın istenebilmesi belirli sürelerin geçmesine bağlı olduğundan düzenlemenin amacının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır⁷³. Kanaatimizce, gaiplik kararı geçmişe etkili sonuç doğuracağından, bu halde de müteakip ödeme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmelidir⁷⁴. Gaiplik kararının söz konusu olduğu hallerde, işçinin kararın verildiği tarihteki ücretinin emsal işçi esas alınarak belirlenmesi gerektiği ve ödemenin bu ücret üzerinden yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁷⁵.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, İş Kanunu kapsamındaki işçinin ölümü halinde kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü öngörülmüştür. Kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü getirilmiş olması karşısında, Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinin İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da uygulama alanı bulup bulamayacağı öğretide tartışılmıştır⁷⁶. Bir görüşe göre, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanmasını gerektiren bir boşluk söz konusu olmayıp, ölüme bağlanan sonuç kıdem tazminatı ödemesidir. Bu nedenle İş Kanunu kapsamındaki işçilerin geride kalan hak sahipleri müteakip ödemeye hak kazanamaz⁷⁷. Kanaatimizce de isabetli bir başka görüşe göre ise İş Kanunu'nda bir müteakip ödeme yükümlülüğüne yer verilmemesi ve müteakip ödeme yükümlülüğü ile kıdem tazminatı ile arasındaki farklılıklar (amaç, nitelik, hak kazanma koşulları, miktar ve hak sahipleri vb.) dikkate alındığında, İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından da bu hükmün uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁷⁸. Aşağıda ayrıca yer vereceğimiz üzere gün-

⁷² Hensch (n 49) 165; Özkaraca (n 49) 83; Yürekli (n 49) 191; Baskan (n 11) 62.

⁷³ Ayrıca bkz. Kararmaz (n 11) 46.

⁷⁴ Yürekli (n 11) 168; Yürekli (n 49) 193; Baskan (n 11) 61.

⁷⁵ Yürekli (n 11) 168.

⁷⁶ Görüş ve tartışmalara ilişkin ayrıca bkz. Alpagut (n 49) 941 vd.; Polat Soyer, 'Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımında Önemi' (2011) 6 (22) 12, 18; Erdem Özdemir, 'Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi', (2012) 7 (27) Sicil 25, 31; Baskan (n 11) 59 vd.; Kocagil (n 49) 452 vd.

⁷⁷ Alpagut (n 49) 942.

⁷⁸ Aynı yönde: Süzek (n 11) 538, 769; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 11) 467; Soyer (n 77) 18; Akyiğit (n 9) 244, 367; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 11) 285-286; Akyiğit (n 11) 38; Yü-

cel yargı kararlarında da İş Kanunu kapsamındaki işçilerin ölümü halinde de hükmün uygulanacağı benimsenmektedir.

Müteakip ödeme yükümlülüğünün doğumunda ölümün şekli, nedeni yahut işçinin kusurunun bulunup bulunmadığı da önem arz etmez⁷⁹. Ölen işçinin iş sözleşmesinin türü de müteakip ödeme yükümlülüğünün doğumunda etken değildir⁸⁰.

3. Miktarı ve Ödemeye İlişkin Esaslar

Ödenecek ücretin miktarı çalışma süresi esas alınarak belirlenmiş olup, beş yıla kadar bir aylık beş yıldan uzun çalışma ilişkileri için ise iki aylık ücret tutarında ödeme yükümlülüğü doğacaktır⁸¹. İsviçre Hukuku'nda düzenlemenin nispi emredici nitelik taşıdığı OR Art. 362 ile açıkça belirtilmiştir⁸². Bu nedenle işçinin lehine anlaşmalar geçerli kabul edilmektedir. Müteakip ödeme yükümlülüğünün miktarını artıran iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi hükümleri geçerli olacaktır. Kanaatimizce hukukumuz açısından da düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁸³.

Ödemenin miktarı belirlenirken kusur ya da zararın dikkate alınması söz konusu değildir. Ölüm günü itibarıyla çalışma süresine göre belirlenecek bir ya da iki aylık ücret ödenmesi gerekmektedir⁸⁴. Ölüm gününe kadar çalışılan süre bakımından ise ödenmemiş ücret alacağı işçinin mirasçılara ödenmelidir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde de aynı esasların geçerli olduğu ifade edilmelidir⁸⁵. Zira daha önce de değinildiği üzere sözleşmenin türüne göre yapılmış bir ayırım söz konusu değildir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesinin

reklî (n 11) 160; Baskan (n 11) 61; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ersun Civan, Eda Manav Özdemir, F. Burcu Savaş Kutsal ve Ahmet Evcimen, *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Optimist 2023), 192; Özkaraca (n 49) 80; Kararmaz (n 11) 56-57.

⁷⁹ Kararmaz (n 11) 46-47; Özkaraca (n 49) 82; Yürekli (n 11) 159; Yürekli (n 49) 192; Kocagil (n 49) 449.

⁸⁰ Akyiğit (n 11) 35; Yürekli (n 11) 159; Baskan (n 11) 62; Kararmaz (n 11) 48. Mevsimlik iş sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Didem Yardımcıoğlu, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2020), 397 vd.

⁸¹ Çalışma süresinin hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özkaraca (n 49) 84-85.

⁸² Hensch (n 49) 163.

⁸³ Akyiğit (n 11) 35; Yürekli (n 11) 166; Baskan (n 11) 64; Yürekli (n 49) 193.

⁸⁴ Yürekli (n 11) 168.

⁸⁵ Dominik (n 49) Rn. 3. Ayrıca bkz. Özkaraca (n 49) 80.

süresinin bitimine bir aydan ya da beş yıldan uzun çalışma söz konusu olan hallerde iki aydan daha kısa süre kalan hallerde, her ne kadar ödeme miktarında bir değişiklik olup olmayacağı akla gelebilirse de kanaatimizce bu durumda miktar değişmeyecektir.

İşverence yapılacak ödemeye esas alınacak ücret işçinin ölüm tarihinde aldığı son çıplak ücret olacaktır⁸⁶. Zira çıplak ücretin esas alınması kural, giydirilmiş ücretin esas alınması ise istisnaidir. Bununla birlikte belirtelim ki, kanaatimizce aksinin kararlaştırılması mümkündür. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hükmün nispi emredici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla çıplak ücret yerine ücret eklerinin de dahil edildiği geniş ücret üzerinden hesaplama yapılacağı kararlaştırılabilmelidir.

Öğretide kanaatimizce de isabetli olarak, müteakip ücrete uygulanacak faizin yasal faiz olması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷. Zira her ne kadar tazminat olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilse de, işçinin çalışması karşılığında gerçekleştirilen bir ücret ödemesi niteliğinde de değildir. Alacağın hangi anda muaccel olacağının belirlenmesinde kanaatimizce, ölüm anının esas alınması gerekmektedir. Zira iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte tüm alacakların muaccel hale geleceği kabul edilmektedir. TBK m. 442 hükmüne göre de “Sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur⁸⁸.” Maddenin düzenlenmesinde Mevzuat İsviçre Borçlar Kanunu’nun 339. maddesi esas alınmış olup, bu hükümde tüm alacakların iş ilişkisinin sona ermesiyle muaccel hale geleceği mutlak emredici bir şekilde düzenlenmiştir. Bize göre, ölüm halinde de aynı esasın geçerli olduğu kabul edilmelidir⁸⁹.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesinde “ölüm, engellilik ve hastalık sebebiyle verilen tazminat ve yardımlar”ın gelir vergisinden müstesna olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle müteakip ödeme yükümlülüğünde de gelir vergisi kesintisi yapılmayacağı ifade edilmektedir⁹⁰.

⁸⁶ Akyiğit (n 11) 35; Akyiğit (n 9) 243; Yüreklî (n 11) 167; Baskan (n 11) 65; Özkaraca (n 49) 83; Kararmaz (n 11) 48-49.

⁸⁷ Özkaraca (n 49) 84.

⁸⁸ Madde gerekçesine göre, “Maddenin birinci fıkrasında hizmet sözleşmesinin sona ermesinin, o sözleşmeden doğan bütün borçları muaccel hâle getireceği belirtilmektedir”.

⁸⁹ Hensch (n 49)169.

⁹⁰ Kararmaz (n 11) 49; Çakır (n 68) 38.

4. Hak Sahipleri

a. Genel Olarak

Müteakip ücret ödeme yükümlülüğünden yararlanabilecek hak sahipleri özel olarak belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken mirasçı olup olmama ile ilişkilendirilmemiş, miras hukuku çerçevesinde değerlendirilmeyecek bir talep hakkı öngörülmemiştir. Bu nedenle mirasçılara külli halefiyet yoluyla intikal eden alacaklardan değildir⁹¹. Ödeme yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi de burada belirlenen hak sahiplerinin varlığına bağlıdır. Zira kanun koyucu sınırlı sayım yolu ile hak sahiplerini tespit etmiştir. Mirasa hak kazanıp kazanmadığından bağımsız olarak ve hatta mirasın reddi halinde de düzenlemede belirtilen hak sahipleri doğrudan talepte bulunma hakkına sahiptir⁹². Belirtelim ki, ödemenin yapılabilmesi için hak sahipliğinin netleştirilmesi gerekmektedir. Ödeme yasal mirasçılara değil, düzenlemede özel olarak belirtilen hak sahiplerine yapılmalıdır. İşçiye ait banka hesabına yatırılması bu nedenle uygun olmayacaktır⁹³.

Müteakip ödeme bakımından hak sahipleri iki gruba ayrılarak belirlenmiştir. Hak sahibi olabilecek kişiler, “işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları”, eğer eşi ve ergin olmayan çocuğu yoksa işçinin “bakmakla yükümlü olduğu kişiler”dir. İlk grupta yer alan sağ kalan eş ve ergin olmayan çocuklar önceliklidir. Zira sağ kalan eş ve/veya ergin olmayan çocukların varlığı durumunda bunlar dışındaki kimselerin talepte bulunması mümkün değildir.

İsviçre Hukuku’nda ise hak sahiplerinin eş, kayıtlı partner ve reşit olmayan çocuklar eğer bunlar yoksa destek yükümlülüğünü yerine getirdiği kişiler olduğu kabul edilmiştir⁹⁴. İlk gruptaki hak sahipleri açısından işçinin sağken destek olup olmadığının bir önemi yoktur. Bu gruptan yararlanıcı olmadığı takdirde, ikincil şekilde belirlenenler (bakmakla yükümlü olunan kişiler), ancak işçi sağken fiilen destek sağlamışsa hak sahibi olacaktır. Bakım yükümlülüğü yasal, sözleşmesel ya da ahlaki bir nedenden ileri gelebilir. Ancak böyle bir yükümlülük yokken destek sağlanmış olması hak sahibi olmak için yeterli sayılmamaktadır.

b. Sağ Kalan Eş

Müteakip ödeme yükümlülüğünün birinci grubunda yer alan hak sahiplerinden ilki sağ kalan eştir. Sağ kalan eşin cinsiyetinin önemi yoktur. Ölüm anın-

⁹¹ Kararmaz (n 11) 49.

⁹² Hensch (n 49) 165.

⁹³ Ayrıca bkz. Özkaraca (n 49) 85.

⁹⁴ Hensch (n 49) 166.

da evlilik birliğinin devam etmesi şartıyla talep hakkı doğacaktır⁹⁵. İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak, hukukumuzda resmi evlilik bağının söz konusu olmadığı hallerde hak sahipliği söz konusu olmayacaktır⁹⁶. Boşanma davası açılmış olsa dahi henüz dava sonuçlanmadan ölüm gerçekleşmişse sağ kalan eşin hak sahibi olacağı kabul edilmelidir⁹⁷. Ayrılık kararı verilmiş olması da talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁹⁸. Ancak ölüm gerçekleşmeden önce evlilik birliği sona ermişse hak sahipliği niteliği yitirilmiş olacaktır⁹⁹. Ergin olmayan çocuğu bulunmayan işçinin yalnızca sağ kalan eşi talepte bulunabilecektir¹⁰⁰.

c. Ergin Olmayan Çocuklar

Müteakip ödeme yükümlülüğünün birinci grubunda yer alan hak sahiplerinden ikincisi ölen işçinin ergin olmayan çocuklarıdır. Ergin olmayan çocuklar sağ kalan eşin varlığı durumunda eşle birlikte, aksi takdirde tek başına/başlarına öncelikli hak sahipleridir. Çocukların ilk gruptaki hak sahipliği ergin olmama koşuluna bağlı olup, cinsiyeti önem arz etmez. Evlat edinilmiş çocuklar da ergin olmamak kaydıyla hak sahibi olacaktır¹⁰¹. Erginlik açısından medeni hukukun genel ilkeleri esastır. Gerek yaş gerekse kanunen ergin kabul edilenler bakımından aynı esaslar geçerlidir.

Ergin çocuklar ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde sağ kalan eşle birlikte talepte bulunamazlar. Benzer şekilde sağ kalan eş olmasa da ergin olmayan çocuk/çocuklar varsa, ergin çocuklar talepte bulunamayacaklardır. Ergin çocukların talepte bulunabilmesi ancak ilk grupta başka hak sahibi bulunmaması ve bakmakla yükümlü olunması durumunda mümkün olacaktır¹⁰². Belirtilim ki, engelli, ekonomik durumu kötü veya çalışamaz durumda olan çocuklar bakımından bir istisna getirilmemiş olması öğretide isabetle eleştirilmektedir¹⁰³.

Sağ kalan eşle birlikte ergin olmayan çocukların varlığı halinde aralarındaki paylaşım ise özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle hak sahipleri arasında eşit paylaşım mı yapılması gerektiği yoksa miras hukukuna ilişkin ilkelerin mi

⁹⁵ Yürekli (n 11) 161; Baskan (n 11) 62.

⁹⁶ Bkz. ve krş. Yürekli (n 11) 162.

⁹⁷ Akyiğit (n 11) 35; Yürekli (n 11) 163; Baskan (n 11) 62; Kararmaz (n 11) 50.

⁹⁸ Baskan (n 11) 62.

⁹⁹ Yürekli (n 11) 163.

¹⁰⁰ Akyiğit (n 11) 35. Bkz. ve krş. Yürekli (n 11) 165-166.

¹⁰¹ Akyiğit (n 11) 36; Yürekli (n 11) 164; Baskan (n 11) 63.

¹⁰² Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Kocagil (n 49) 450.

¹⁰³ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Akyiğit (n 11) 36; Yürekli (n 11) 164; Baskan (n 11) 63.

uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır¹⁰⁴. Öğretide ileri sürülen bir fikre göre miras hukukuna ilişkin ilkelerin uygulanması yoluyla sonuca ulaşılmalıdır¹⁰⁵. Bizim de katıldığımız bir diğer fikre göre ise eşit paylaşım yapılmalıdır¹⁰⁶. Zira hak sahipliği de miras hukukundan farklı ilkelere bağlanmıştır.

d. Bakmakla Yükümlü Olunan Kimseler

Sağ kalan eş ve ergin çocukları bulunmayan işçinin ölümü halinde bakmakla yükümlü olunan kimselerin hak sahipliği gündeme gelecektir. Bir başka deyişle, bu kişilerin hak sahipliği ancak öncelikli hak sahiplerinin bulunmaması şartıyla mümkündür. Bakmakla yükümlü olunan kimselerin nasıl belirleneceği ise Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilmemiştir. Bu sebeple farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce İsviçre Hukuku'nda benimsenen ilkelerden yola çıkılarak yorumda bulunulması isabetli olacaktır. İsviçre Hukukunda bakım yükümlülüğünün kanundan ya da ahlaki bir yükümlülüğünden kaynaklanabileceği benimsenmektedir¹⁰⁸. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesi¹⁰⁹ ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3. maddesi yol gösterici nitelikte olabilir¹¹⁰. Hak sahipleri arasındaki paylaşım ise eşit şekilde yapılmalıdır¹¹¹.

C. Kıdem Tazminatı

1. Genel Olarak

Kıdem tazminatını, iş sözleşmesi mülga 1475 sayılı Kanun'un yürürlükteki 14. maddesinde sayılan sebeplerden biriyle sona eren işçi ya da mirasçılarında

¹⁰⁴ Öğretideki tartışmalar için ayrıca bkz. Kararmaz (n 11) 52; Akyiğit (n 11) 37; Yürekli (n 11) 165-166; Baskan (n 11) 64; Kocagil (n 49) 450.

¹⁰⁵ Yürekli (n 11) 166.

¹⁰⁶ Akyiğit (n 11) 37.

¹⁰⁷ Ayrıca bkz. Yürekli (n 11) 165; Baskan (n 11) 64.

¹⁰⁸ Akyiğit (n 11) 36. Bkz. ve krş. Kocagil (n 49) 450.

¹⁰⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesi nafaka yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu hükme göre, "Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.

Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır.

Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır". Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 3. maddesine göre hak sahibi, "Sigortalının veya sürekli iş görmezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını" ifade etmektedir.

¹¹⁰ Akyiğit (n 11) 36. Ayrıca bkz. Kararmaz (n 11) 53.

¹¹¹ Kararmaz (n 11) 53; Baskan (n 11) 64.

asgari bekleme süresinin dolması kaydıyla işverence ödenen bir miktar para olarak tanımlamak mümkündür¹¹². Daha önce de çeşitli vesilelerle değindiğimiz üzere, işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiği takdirde diğer koşulların da varlığına bağlı olarak kıdem tazminatı hakkı doğabilecektir. Zira kendiliğinden sona erme kıdeme hak kazandırmamakla birlikte işçinin ölümü kanunda düzenlenmiş kıdem tazminatına hak kazandıran sona erme sebeplerindendir. İhbar tazminatına hak kazanılması ise mümkün değildir.

2. Hak Kazanma Koşulları

Kıdem tazminatına hak kazanılabilmesi işçinin kanunda öngörülen kıdem süresini doldurmuş olmasına bağlıdır. Ölüm halinde de aynı esas geçerlidir. Miras bırakan işçi bakımından ancak işyerinde bir yıllık kıdeme esas süre söz konusu ise ölüm halinde kıdem tazminatına hak kazanılması mümkün olur. Bu süre dolmadan ölen işçilerin mirasçılarının kıdem tazminatı ödenmesini talep edebilmesi ise mümkün değildir. Ölüm halinde kıdeme esas süre belirlenirken, sürenin sonu bakımından ölüm günü esas alınır¹¹³.

Kıdeme hak kazandıran sona erme sebepleri düzenlenirken mülga 1475 sayılı Kanun'un yürürlükteki 14. maddesinde "*işçinin ölümü sebebiyle son bulması*" ifadesine yer verilerek, ölümün sebebine ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle ölümün nedeni, işçinin ya da üçüncü kişilerin kusuru bulunup bulunmadığının önem arz etmediği kabul edilmektedir¹¹⁴. İşçinin kendi kusurlu davranışı ya da intiharı nedeniyle gerçekleşen ölüm hallerinde de mirasçılarının kıdem tazminatına hak kazanması mümkündür¹¹⁵. Ölüm karinesi ya da gaiplik kararı verilen hallerde de mirasçılar kıdem tazminatına hak kazanır¹¹⁶.

¹¹² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 11) 705. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda bu kanunlara tabi işçiler bakımından kıdem tazminatına ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır.

¹¹³ Kocagil (n 49) 437. Değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin ölüm halinde bir bütün olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Uşan, 'Kıdem Tazminatı Hesaplamasında Ölen İşçinin Değişik Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetleri Birleştirilebilir Mi?' (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 689, 689-698.

¹¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 11) 720; Sümer (n 49) 128; Akyiğit (n 18) 345; Yürekli (n 11) 156; Kocagil (n 49) 439.

¹¹⁵ Aksi yöndeki yargı kararları ve eleştirisi için ayrıca bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 11) 720; Yürekli (n 11) 156.

¹¹⁶ Yürekli (n 11) 158.

Kıdem tazminatına işçinin mirasçıları hak kazanabilmektedir¹¹⁷. Yasal mirasçılarla sınırlı bir düzenleme getirilmiş olduğundan atanmış mirasçıların yahut mirasçılar dışındaki bakmakla yükümlü olunan kişilerin talepte bulunamayacakları kabul edilir¹¹⁸.

Kıdem tazminatı talebinin belirsiz alacak davasına konu edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Ancak ölüm neticesinde kıdem tazminatı talep edildiğinde, işçinin kendisi değil, mirasçının talebi söz konusu olmaktadır. Mirasçının, miras bırakan işçinin ücretini ve özellikle ücret eklerini, yan ödemeleri, uzun yıllar devam eden çalışmalarda çalışma süresini tam olarak bilmesi mümkün olmayabilir. Kıdem tazminatını hesaplamaya yarayan bilgi ve belgeler işverenin nezdinde olup, mirasçının bu bilgi ve belgelere ulaşabilmesi üzerine kıdem tazminatının belirlenmesi mümkün olacaktır. Mirasçı gerekli bilgi ve belgelere sahip değilse mirasçı için alacağın belirsiz alacak niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira belirsiz alacak davasında alacağın belirli olup olmadığı, davacı bakımından değerlendirilmelidir¹¹⁹. Belirtilen esaslar çerçevesinde belirsiz alacak davası ile mirasçının kıdem tazminatını talep edebilmesi mümkündür.

D. Müteakip Ödeme Yükümlülüğü ile Kıdem Tazminatı Arasındaki İlişki

Yukarıda açıkladığımız üzere, işçinin ölümü durumunda 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan düzenleme gereğince, kanuni mirasçılar kıdem tazminatı ödenmesini talep edebilir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise kıdem tazminatına yer verilmediğinden bu kanun kapsamındaki işçinin ölümü halinde hak sahipleri yalnızca müteakip ödemenin yapılmasını talep edebilmektedir.

İş Kanunu kapsamındaki işçilerin ölümü halinde hak sahiplerine kıdem tazminatının yanı sıra ayrıca TBK m. 440 kapsamında ödeme yapılıp yapılmayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir fikre göre, İş Kanunu kapsamındaki işçinin ölümü halinde hak sahipleri ancak kıdem tazminatına hak kazanılamamışsa müteakip ödeme talebinde bulunabilecektir¹²⁰. Buna karşılık, bizim de taraftarı olduğumuz bir başka fikre göre ise her iki ödemeye aynı anda hak kazanılması mümkündür¹²¹. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere bu iki düzenlemenin uygu-

¹¹⁷ Ayrıca bkz. Akyiğit (n 18) 345.

¹¹⁸ Kocagil (n 49) 440.

¹¹⁹ Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 412-423.

¹²⁰ Sümer (n 49)135-136; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 42) 791.

¹²¹ Akyiğit (n 11) 38; Baskan (n 11) 66; Kararmaz (n 11) 57; Yardımcıoğlu (n 81) 400.

lanması amaç, koşul, hak sahipleri ve ödeme miktarı açısından farklılıklar arz eder. Belirtelim ki, son dönemde yargı kararlarında da kıdem tazminatı ile ölüm halinde ödeme yükümlülüğünün İş Kanunu kapsamındaki işçilerin ölümü halinde eş zamanlı olarak talep edilebileceği isabetle kabul edilmektedir¹²².

Sonuç

Çalışmamızda, ölümün iş sözleşmesi üzerindeki etkileri, iş sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı haller ve İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri ile sınırlı olarak, güncel kararlar, öğreti görüşleri ve İsviçre öğretisindeki görüşler dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, çözüm önerilerinde bulunulsa da bize göre mevzuat değişikliği gerektiren sorunlar da söz konusudur. Her ne kadar geçmiş dönemde tartışmalara yol açan hususlardan müteakip ücret ödeme yükümlülüğünün İş Kanunu kapsamındaki çalışanlara da uygulanması hususunda yargı kararlarının yerleşik bir hal almaya başladığı ve isabetli olduğunu tespit etmiş olsak da, düzenleme gereksinimi varlığını korumaktadır. Benzer şekilde, işverenin ölümü ile kendiliğinden sona erme halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı hala tartışılmaktadır. Kanaatimizce, mevcut düzenleme bu halde kıdem tazminatına hak kazanma imkânı vermemektedir. Bununla birlikte, bu sonucun olması gereken hukuk açısından yerinde olmadığını ve değişiklik ihtiyacı olduğunu düşünmekteyiz.

¹²² Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 9 HD, 6018/6890, 31.5.2022; Yargıtay 9 HD, 10057/14418, 18.10.2021; Yargıtay 9 HD, 9055/14414, 18.10.2021; Yargıtay 9 HD, 9634/13997, 11.10.2021; Yargıtay 9 HD, 8167/4039, 16.2.2021. <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2024.

Kaynakça

- Akyiğit E, 'Ölüm ve İş İlişisindeki Yeni Sonuçları' (2011) Sicil İş Hukuku Dergisi 32-45.
- , *İş Hukuku* (Seçkin Yayınevi 2022).
- , *Bireysel İş Hukuku* (Seçkin Yayınevi 2023).
- Alpagut G, 'Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri' (2011) 8 (31) Legal İHSGHD 913.
- Arslan Durmuş S, *İş Hukukunda Kıdem Kavramı* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Baskan E, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı' (2013) 104 TBB Dergisi 55-72.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (Vedat Yayıncılık 2012).
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Civan E, Manav Özdemir E, Savaş Kutsal FB ve Evcimen A, *İş Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Optimist 2023).
- Centel T, 'Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık' (2009) 15 Sicil İş Hukuku Dergisi 5-10.
- Çakır EU, 'Vergisel Boyutuyla Ölüm Tazminatı' (2022) 5 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16-40.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı, Beta 2023).
- Doğan Yenisey K, 'Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi' (2014) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (15-18 Ekim 2013, Antalya), İstanbul 2014, 78-110.
- Dominik M, Art. 338, içinde: OFK- Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (4. Auflage, Orell Füssli Verlag AG 2023).
- Engin M, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren* (Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları 1993).
- Ertan E, 'İş Sözleşmesinin İşverenin Ölümüyle Sona Ermesi' (2022) 2 (48) Sicil İş Hukuku Dergisi 129-144.
- Esener T, *İş Hukuku* (3. Baskı, Ankara Üniversitesi 1978).
- Günay A, 'İşçinin Ölümü veya Gaipliğinin İş Sözleşmesine Yönelik Sonuçları' (2023) 11 (1) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-142.
- Gülver E, *Özellikle Koşulları ve Hukuki Sonuçları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Baskı, Nisan Kitabevi 2017).
- Güzel A, 'Ekonomik ve Teknolojik Gelişmeler İşliğinde Hizmet Sözleşmesinin Intuitus Personae Niteliği', (1996) Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 167-195.

- Hensch A, 'Tod Des Arbeitnehmers' [2016] Aktuelle Juristische Praxis (Ajp).
- Kararmaz BÜ, *İş Sözleşmesinin Ölüm, Ölüm Karinesi veya Gaiplik Nedeniyle Sona Ermesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Kocagil İ, 'İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları' (2014) 20 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 429-458.
- Milani D, 'Art. 338, Kommentar Zum Schweizerischen Obligationenrecht, Herausgeber' In Jolanta Kren Kostkiewicz and Others (Eds), *Orell Füssli Kommentar (Ofk)* (Orell Füssli 2023).
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* (2022).
- Özdemir E, 'Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi', (2012) 7 (27) Sicil İş Hukuku Dergisi 27-48.
- Özkaraca E, *İş Hukuku ile İlgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Karar İncelemeleri 2022 (Aralık 2021-Aralık 2022)* (Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası 2023).
- Portmann W ve Wildhaber I, *Schweizerisches Arbeitsrecht* (4. Auflage, Dike 2020).
- Simil C, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Soyer P, 'Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımında Önemi' (2011) 6 (22) 12-21.
- Sümer HH, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin 2022).
- Süzek S, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta 2023).
- Uşan F, 'Kıdem Tazminatı Hesaplamasında Ölen İşçinin Değişik Kamu Kuruluşlarında Geçen Hizmetleri Birleştirilebilir Mi?' (2000) 8 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 689-698.
- Vogler M, *Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht* (Dike 2016).
- Yardımcıoğlu D, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mevsimlik İş Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Yüreklı S, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (3. Baskı, Seçkin 2016).
- , *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Cannur ERCAN^(**)

Öz

Gebelik sırasında ya da çok daha öncesinde gebelik planlanmasında takip ve rutin kontrollerin gerçekleştirilmesi için hekimlere başvurulmaktadır. Bu kontrollerle, gebeliğin seyrinin sağlıklı olup olmadığı, fetüste sağlık sorunları varsa buna karşı neler yapılabileceğinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. En nihayetinde kişilik hakkı kapsamında aile planlamasına ilişkin olarak hukuki çerçevede rahim tahliyesine karar verilip veril(e)meyeceği meselesi gündeme gelecektir. Oldukça riskli, fakat bir o kadar da olağan bir biyolojik süreç olan gebelikte, bahsi geçen olasılıklar ancak uzman bir hekim tarafından değerlendirilerek ortaya konulabilmektedir. Dolayısıyla söz konusu prenatal tanı testleri gebe kadın tarafından ister kabul edilecek ister reddedilecek olsun işlem öncesinde gebe kadının hekim tarafından doğru kapsam ve içerikle aydınlatılmış olması gerekmektedir. Çalışmamızda buna ilişkin meseleler üzerinde durulacaktır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hukuki sorumluluğu meselesinin bir bütün olarak hakkıyla ele alınması, bu kapsamdaki bir çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Çalışmanın konusu hekimin buna ilişkin hukuki sorumluluğunun çıkış noktası olarak prenatal tanı yöntemleri hakkında aydınlatma yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır. Çalışmada ayrıca hekimin genel anlamda aydınlatma yükümlülüğüne de yer verilmiştir. Uygulamada bazı hekimlerin kendini hukuki sorumluluk bakımından garanti altına almak için her gebede gerekmediği halde gebe kadının iradesine tesir ederek fetüs bakımından riskli bir süreç olan amniyosentezi neredeyse rutin olarak uyguladığı görülmek-

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.02.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 24.03.2024.

Atıf Şekli: Cannur Ercan, 'Prenatal Tanı Yöntemleri Hakkında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 769, 805.

DOI: 10.52273/sduhfd..1434543.

^(**) Dr. iur., LL.M (Saarland), Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: cannurercan@gmail.com.

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1870-0510.

tedir. Böylece tabiri caizse kehanet kendini olumsuz anlamda gerçekleştirmekte; hekim, hukuki sorumluluktan kendini kurtarmak isterken bunun tam ortasında bulunmaktadır. Değınilen gerekçeler, meselenin güncelliği nedeniyle yeniden ele alınması gereksinimi doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı, Rızanın Geçerliliği, İstenmeyen Gebelik ve İstenmeyen Yaşam Davalarında Aydınlatma Yükümlülüğü.

Physician's Obligation to Inform about Prenatal Diagnostic Methods

Abstract

Physicians are consulted for follow-up and routine controls during pregnancy or much earlier in pregnancy planning. The aim of these controls is to determine whether the course of the pregnancy is healthy or not and what can be done in case of health problems of the fetus. Ultimately, within the scope of the family planning, the decision of abortion can be taken in the light of personal rights. Regarding pregnancy, which is a very risky, but also a natural biological process, the aforementioned possibilities can only be revealed by a specialist physician. Therefore, to take the prenatal diagnostic tests in question or not depends on the information provided by the physician before the procedure. This study focuses on the aforementioned issues in particular, physician's obligation to inform the patients on prenatal diagnostic methods.

A proper discussion of the physician's legal liability for breach of the duty of disclosure as a whole exceeds the limits of a study within this scope. The present study is limited to the obligation to inform about prenatal diagnostic methods as the starting point of the physician's legal liability in this regard. The study also touches upon the physician's obligation to provide general information. In practice, it is noted that some physicians almost routinely perform amniocentesis, which is a risky process for the fetus, by influencing the will of the pregnant woman, even though it is not necessary in every pregnant woman, in order to guarantee themselves in terms of legal liability. Thus, the self-fulfilling prophecy unfolds negatively, and while the physician wants to save himself from legal liability, they find themselves in the middle of it. The reasons mentioned require reconsideration due to the topicality of the issue.

Keywords

Scope of the Obligation to Inform, Validity of Consent, Obligation to Inform in Wrongful Birth and Wrongful Life Cases.

Extended Summary

Prenatal diagnostic tests provide information about the course of pregnancy and the health status of the fetus. Proper and accurate information about these tests can only be provided by physicians who are experts in their field. The physician's obligation to inform is of particular importance in two types of cases in terms of births with genetic disabilities, which are the focus of our study. The first one is the parent's claims for material and moral compensation due to the birth of the disabled child (wrongful birth); the second one is the material and moral compensation claims of the disabled child itself (wrongful life). The main subject of our study is not the content of these lawsuits and the examination of the legal basis and justification of the claims, but the fact that the physician violated the obligation of disclosure, especially in the presence of genetic disability in the fetus, which brings these lawsuits to the agenda and can be seen as the starting point of the process.

In pregnancy, which is a risky process in itself, there is usually a contractual relationship between the physician and the pregnant woman regarding the follow-up of this process. The physician's obligation to inform, which finds its basis in constitutional regulations and ethical principles, also appears as a contractual obligation in the presence of a contractual relationship. This contract, which is referred to as a treatment contract, is predominantly accepted in the doctrine to have the characteristics of an agency contract (BK m. 502 ff.). The physician is obliged to fulfill the duty of disclosure within the framework of the duty of care, and the degree of the duty of care will be determined according to objective criteria pursuant to the contract of agency, in other words, by taking other physicians specialized in the same field as a criterion. Subjective grounds such as lack of professional knowledge or personal issues will not prevent liability from arising if they lead to a breach of the duty of disclosure. The inadequacy of the medical devices in the hospital where the physician works for prenatal diagnostic tests or detailed ultrasound examinations does not eliminate or narrow the obligation to inform. However, in this case, the physician should refer the pregnant woman to another medical facility where the tests can be performed.

The physician's breach of the obligation of disclosure may occur in the form of the pregnant woman reaching the wrong decision to apply these methods due to the fact that she is not informed at all or properly informed about prenatal diagnostic methods, or in the form of misinforming the pregnant woman about the diagnosis this time if the physician reaches a wrong conclusion (diagnosis) from the tests performed, even though the pregnant woman is informed correctly. In both cases, since accurate information about the course of the pregnancy cannot be obtained (however, it should be noted that tests such as double/triple screening tests other than amniocentesis only provide information about the possibility of risk), the possibility of treatment of the fetus, if any, or termination of the pregnancy within the legal framework may be missed. The healthy follow-up of this process and making the right decisions depend on being properly informed by the physician, which is almost a prerequisite. Only then can the pregnant woman, if she wishes, refuse prenatal diagnostic tests in the first place, or, depending on the results of the test and the condition of the fetus, decide on treatment, keeping the baby under all circumstances, or terminating the pregnancy within the legal framework.

Any medical intervention performed on a pregnant woman (more generally, on the patient), even if it is for her benefit, is in principle an unjustified treatment (Art. 49 of the Civil Code). It gives rise to the legal/criminal liability of the physician or the relevant health personnel. The exception to the rule is the consent of the pregnant woman to the intervention in question, or in cases where it is not possible to obtain consent, reasons such as the existence of “superior private benefit...” (Art. 63/II of the Civil Code). Obtaining the consent, which is important in terms of our subject of examination, depends on the fact that the pregnant woman has been informed about the prenatal diagnostic tests in the correct and necessary scope. Information should be given to pregnant women in a manner they understand, taking into account her social and cultural level and education. If the pregnant woman herself is a physician or if the situation is urgent, the scope of the information given is narrowed. It is important to note that during the enlightenment, the physician cannot influence the pregnant woman’s decision by influencing her to make a positive or negative decision. For example, the physician cannot make prenatal diagnostic tests compulsory for the pregnant woman by scaring her with the fear of giving birth to a disabled baby, or amniocentesis, which is one of them and gives results with almost 100% accuracy, but carries various risks for the fetus.

In the event of a dispute regarding the physician’s obligation to inform, the burden of proof that the informing was done correctly and within the required scope belongs to the physician. As stated in court decisions, the justification for this is that the process is under the control of the physician and that he/she will have the relevant documents and information. It is not obligatory to put in writing that the enlightenment regarding prenatal diagnostic methods has been made. However, it is convenient for the physician to record the enlightenment verbally and to have the pregnant woman’s signature stating that she has been enlightened and that she consents or does not consent to the interventions to be performed.

Giriş

Hekimlik mesleği, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temeli de esasında anayasal ilkeler ve sözleşmeler dogmatığının tarihinden çok daha eskilere dayanmaktadır. Burada güven, saygı ve inanç vardır. Hekimlerin hasta karşısındaki bu saygınlığı, çoğu zaman körü körüne inanç ve sorgulamamayı da beraberinde getirmiştir. Hekimin koyduğu teşhislerin ve izleyeceği yöntemlerin sorgulan(a)madığı ortamlarda kişiler çoğunlukla bilinçli ya da bilinçsiz, ilahi takdirin bu yönde olduğu düşüncesiyle vicdanlarını susturmayı tercih etmişlerdir. Oysa bilimsel ve teknolojik gelişmeler hastalıkları görünür, tedavilerin doğru veya yanlışlığını ispatlanabilir kıldığından; tıp alanında da pek çok teşhis, tedavi veya destekleyici (palyatif) bakımlarda verilen kararların sorgulanma imkânını da beraberinde getirmiştir. İnceleme konumuz olan prenatal diagnostik (doğum öncesi tanı/teşhis) alanında da böyledir. Engelli doğumda doktorun bir tesiri ya da en azından teşhis noktasında ihmali olabileceği düşünceleri son yüzyılda, özellikle ikinci dünya savaşı sonralarında ivme kazanmıştır. Ancak insanoğlunun makus talihi, onu teknolojik gelişmelerle bir derdin kucağından alıp başkaca pek çok derdin kucağına bırakmıştır¹. Daha açık bir ifadeyle önceden ilahi takdir olarak görülenler, artık onlarca olasılıkla incelenmesi gereken bir malpraktis sorumluluğuna işaret ederek hukuki/cezai/idari yaptırımları gündeme getirebilecektir. Cezai sorumluluk ve kamu hastanelerinde çalışan hekimler bakımından gündeme gelebilecek idari sorumluluk, çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından inceleme konumuzun odak noktası, hekim ya da bir başkasının bizzat sebep olmadığı, fakat prenatal tanı yöntemleri hakkında anne adayının gebelik sırasında yeterince bilgilendirilmediği ve bu sebeple fetüste zaten genetiği nedeniyle var olan (*konkonzeptionelle Schädigung*) engelin teşhis edilemeyerek gebeliğe son verme hakkının elinden alındığı gerekçesi ile tazminat talebinde bulunduğu, istenmeyen doğum (*wrongful birth*) olarak ifade edilen davalar bakımından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalidir. Aynı gerekçe ile fakat bu defa genetik engelli çocuk tarafından ileri sürülen, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) olarak anılan davalarda tazminat taleplerine ilişkin değerlendirmeler yapılabilmesi için de hekim bu konu hakkında aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmiş olmalıdır². Genetik

¹ Eduard Picker, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, wrongful life* (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995), 1.

² İstenmeyen yaşam davalarında genetik engelli çocuğun hekimden tazminat talebi hakkı olup olmadığı meselesi tartışmalı olup, Türk ve Alman hukukunda hâkim görüşü çocuğun, yaşamını

engelli doğumlar, aileden kalıtsal olarak aktarılan bazı bozukluklar nedeniyle gerçekleşebileceği gibi Çernobil nükleer reaktör kazası gibi çevresel bazı felaketlerin olumsuz tesiriyle de ortaya çıkmıştır³. Nitelendirmenin yapılmasında önem taşıyan husus, genetik bozukluğun hekim ya da başkaca bir kişinin tesiriyle döllenen sonra (*postkonzeptionelle Schädigung*) ortaya çıkmamasıdır⁴. Fetüste döllene sonrası herhangi bir sebeple (yanlış ilaç reçete edilmesi, gebenin fiziksel şiddete maruz kalması, alkol, sigara, uyuşturucu bağımlılığı gibi nedenler) gerçekleşen engele ilişkin hukuki değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır⁵.

hekim (onun aydınlatma yükümlülüğü ihlaline) borçlu olduğu ve var olmama hakkının bulunmadığı gerekçesiyle bu tür taleplerin reddini savunmaktadır. Kanaatimiz de bu yöndedir. Nitekim çocuğun tazminat talepleri bakımından anne ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesini, üçüncü kişi yararına sözleşme olarak dayanak göstermesi de mümkün değildir. Bunun nedeni ebeveynin, genetik engelin tespiti halinde bebeğin yaşamına zaten son verecek olmalıdır. Meseleye ilişkin değerlendirmeler çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BGHZ 86, 240 ("Röteln-Fall"); Georg Faerber, *Wrongful Life* (Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Verlag an der Lottbek 1988) 92 - 93; Andreas Reinhart, *Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy* (Peter Lang Verlag 1999) 208 vd. Ayrıca karşı. Stephan Cramer, *Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin* (Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991) 146. Türk hukukunda aynı yönde bkz. Yusuf Büyükkay, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu* (Vedat Kitapçılık 2006) 115; Zarife Şenocak, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat* (Turhan Kitabevi 2009) 155 vd., özellikle bkz. 158. Cenin açısından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kabul edilebiliyorsa bkz. Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayınları 2011) 163 - 164. İstenmeyen yaşam davalarında bir hususu ayırarak dikkat çekmekte fayda vardır. Diğer durumların aksine, gebelik sırasında tespit edilebilseydi tedavi imkânı bulunan fakat hekim kusuruyla tespit edilememiş genetik engelin varlığı hallerinde vaktinde tedavi imkânı kaçırılmış ya da tedaviden elde dileyebilecek fayda azalmışsa hekim, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarında genetik engelli çocuğun tazminat talepleri bakımından sorumlu tutulabilmelidir. Aynı yönde bkz. Aydın Ünver (n 2) 110 vd.; aynı yönde bkz. Cannur Ercan, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life*, (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017), 118 - 119.

³ Thomas M. Mannsdorfer, 'Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, Grundzüge, wrongful life und Tendenzen' (2001) Band 137, ZBJV 605, 607.

⁴ Postkonsepsiyonel ve konsepsiyonel zarara uğrama ayrımları hakkında bilgi için bkz. Mannsdorfer, (n 3) 607 - 608.

⁵ Postkonsepsiyonel zarara uğrama gebelik sırasında fiziksel şiddet ya da trafik kazası gibi bazı travmalara maruz kalma sonucu ortaya çıkabileceği gibi yine gebelik sırasında gebenin kullandığı ilaçlar nedeniyle de meydana gelebilir. Bu türden bir mağduriyet (*postkonzeptionelle Schädigung*) olarak inceleme konumuzun kapsamı dışında kalsa da gebelik sırasında kullanılan ilaç nedeniyle genetik engelli doğumların gerçekleştiği sansasyonel bir olay olarak Almanya'da 1961 - 1962 yıllarında ortaya çıkan ve gebeleri sakinleştirmesi için reçete edilen ilacın

İstenmeyen doğum ve istenmeyen yaşam davaları, hekimin aydınlatma yükümlülüğü, bunun hukuki dayanakları, kapsamı vb. konularının yanı sıra başkaca faktörlerin de değerlendirilmesi gereken çok yönlü davalardır. Ancak bunların hepsinin hakkıyla ele alınması, bu kapsamdaki bir çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Aynı gerekçe ile kamu hastanelerinde çalışan hekimler bakımından gündeme gelebilecek idarenin hukuki sorumluluğu, çalışmanın kapsamı dışındadır. Hekimin özel hukuk bakımından hukuki sorumluluğu ve ona karşı açılacak davalarda davacı konumunda kimin olduğu (ebeveyn, çocuğun kendisi ya da her ikisinin aynı davada ileri süreceği) özellikle taleplerin gerekçeleri bakımından önemli farklılıklar içermektedir. Bu davalarda tazminat adı altında neleirin talep edilebileceği de özel olarak ele alınması gereken konulardan biridir. İnceleme konumuzda bu meselelere, hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından konu bütünlüğünün gerektirdiği kapsamda değinilecektir.

I. Prenatal Diagnostik Alanına Özgü Açılabilir Davalarda Önem Taşıyan Bazı Kavramlar

Doğuştan genetik engellilikte hekimin aydınlatma yükümlülüğü dolayısıyla hukuki sorumluluğunun belirlenmesi öncesinde alana yönelik bazı kavramlar açıklanmalıdır. Bunlar “istenmeyen gebelik (*wrongful pregnancy*)”, “istenmeyen doğum (*wrongful birth*)” ve “istenmeyen yaşam (*wrongful life*)” kavramlarıdır⁶.

İstenmeyen gebelikte (*wrongful pregnancy*), ebeveynlerin istemedikleri ama sağlıklı bir bebeğe olan gebelik söz konusudur. Burada hekimin gebeliği tespit edememesi ya da kürtajın gereği gibi yapılamaması gibi nedenlerle gebeliğe son verilemediği hallerden doğan sorumluluğu dolayısıyla açılabilir dava ifade edilmektedir⁷. İstenmeyen gebelik davaları, ebeveynlerin sahip olmak istemedikleri, fakat sağlıklı bir bebeğe ilişkin olduklarından inceleme konumuzun kapsamı dışında bırakılmıştır.

adı ile anılan Contergan skandal burada anılmaya değerdir. Sayısı 5.000 ve 10.000 arasında tahmin edilen bebek, eksik uzuvlar (*Dysmelie*), eksik organlar (*Aplasion*) gibi ağır engellerle dünyaya gelmiştir. Aynı ilaç sebebiyle gerçekleşen ölü doğumların sayısı ise tespit edilememiştir. Contergan skandal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. June Goodfield, *Wissenschaft und Medien, Fall: 4 Opfer einer Legende: Die Contergan Affäre* (Springer Basel AG 1983) 99 - 121.

⁶ Bu kavramlar gerek Türk gerek Alman hukukunda, Amerikan hukukun tesiriyle yer aldığından çalışmada İngilizceleri ile verilmiştir.

⁷ Claudia Junker, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Sachadensersatz* (Duncker & Humblot 2002) 36.

“İstenmeyen yaşam (*wrongful life*)” davaları ise ebeveyni hekim tarafından rutin kontroller ya da başkaca bir tedavi sırasında aydınlatma yükümlülüğü kapsamında doğru bilgilendirilse idi anne kürtaja karar verebilecekti ve engelli bebek hiç doğmayacaktı, varsayımına dayanmaktadır. Burada davayı açan, genetik engelli olup da kürtajının önüne geçilememiş bebek ya da onun adına yasal temsilcisidir. Engelli kişi bu kapsamda maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmaktadır⁸. Yine genetik engellilikte bu defa annenin (ebeveynlerin), tedavi sözleşmesi kapsamında gereğince bilgilendirilemediğinden kürtaj hakkı elinden alındığı gerekçesiyle, genetik olarak engelli bir bebek sahibi olduğu durumlarda fazladan yapması gereken masraflara ilişkin maddi tazminat ile manevi tazminata ilişkin davalar ise istenmeyen doğum (*wrongful birth*)” olarak anılmaktadır⁹.

“İstenmeyen doğum (*wrongful birth*)” ve “istenmeyen yaşam (*wrongful life*)” davaları maddi ve manevi tazminat taleplerinin genetik engellilikle gerekçelendirildiği davalardır. Burada inceleme konumuz dışında kalmakla beraber kısaca dikkat çekilmelidir ki her ikisinde de genetik engellik nedeniyle hekim veya ilgili sağlık personelinin birtakım maddi - manevi tazminat talepleri ileri sürülmekte; fakat ilkinde tazminat talebinde bulunan engelli bebek sahibi ebeveynler iken ikincisinde bizzat genetik faktörlerin tesiriyle engelli yaşam süren kişi davacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tam da bu sebeple aslında her iki davanın hukuki gerekçeleri birbirinden farklıdır ve aynı yasal dayanakla hem anne hem genetik engelli bebek adına tazminat talebinde bulunulamaz. Kısaca ifade etmek gerekirse annenin (ebeveynin) talepleri, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiği; annenin gebeliği sonlandırma hakkının elinden alındığı gerekçesine dayanmaktadır. Babanın tazminat talepleri, tedavi sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirildiğinde yine bu kapsamda ileri sürülebilecektir. Ancak aynı gerekçe, anne bilse idi yaşamıma son verecekti, ileri sürümünü içereceğinden engelli çocuk bakımından kabul görmemelidir. Kaldı ki burada çocuk bakımından üçüncü kişi yararına olarak nitelendirilebilecek bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁰. Fakat ilginçtir ki uygulamada aynı yasal gerekçe ile (hatta bazen yasal gerekçe dahi gösterilmeksizin) “engelli doğum nedeniyle” hem anne hem bebek adına hekimden tazminat istenen davalara oldukça sık rastlanmakta; daha da

⁸ Junker (n. 7) 33. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 2’deki açıklamalar.

⁹ Junker (n. 7) 31, 32.

¹⁰ Bkz. yukarıda dn. 2.

ötesi temyiz aşamasında dahi anne ve bebek adına tazminat taleplerinde yasal dayanaklara ilişkin bu farklılığın gözden kaçırıldığı dikkat çekmektedir¹¹.

Aşağıda aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin bilgiler verildikten sonra bu yükümlülüğünü doğuştan genetik engellilikte hiç ya da gereğince yerine getirmeyen hekimin hukuki sorumluluğunun çıkış noktası olarak aydınlatma yükümlülüğünün hangi kapsamda, nasıl yerine getirilmesi gerektiği; bununla bağlantılı olarak gebe kadının söz konusu tanı yöntemleri hakkında aydınlatılmış rızasının geçerliliği meseleleri üzerinde durulacaktır.

II. Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Hekimin prenatal tanı yöntemleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğüne özgü açıklamalar öncesinde konu bütünlüğünün sağlanması açısından aydınlatma yükümlülüğünün yasal dayanağı, kapsamı ve türlerine ilişkin açıklamalara çalışmanın kapsamının gerektirdiği ölçüde yer verilecek; prenatal tanı yöntem-

¹¹ 11.12.2002 tarihli bir Yargıtay kararında genetik engelli doğum nedeniyle anne ve bebeğin maddi manevi tazminat taleplerinin söz konusu olduğu, bebek bakımından ortaya çıkan zarar ve gelişen durum (gelişen zarar) kavramları üzerinden zamanaşımı süresinin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı meselesi ele alınmaktadır. Ancak karar içeriğinden ebeveynin yanı sıra çocuk adına istenen taleplerin de kabul gördüğü anlaşılmaktadır. "... Dolayısıyla, davacıların, zararın varlığını buna dayalı bir tazminat davası açmalarını mümkün kılacak tüm unsurları ile birlikte doğum anında öğrenmiş olduklarının; zararın tazminine ilişkin her türlü talep ve dava hakları yönünden yasal zamanaşımı süresinin 31.1.1994 doğum tarihinde başladığının kabulü gerekir..." Yargıtay HGK 11.12.2002 tarih ve E. 2002/13-1011 K. 2002/1047 sayılı kararı için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2002-13-1011-k-2002-1047-t-11-12-2002-bes-yillik-zamanasimi-suresine-tabi-alacaklar/611706/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Karar değerlendirmesi için ayrıca bkz. Büyükay (n 2) 116. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK 22.03.2022 tarihli, anne ve genetik engelli bebek adına maddi manevi tazminat talebinde bulunan davaya ilişkin kararda hekimin, gebe kadını prenatal tanı yöntemlerinden amniyosentez hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine ilişkin ispat meselesi üzerinde durularak aydınlatma yükümlülüğünün oy çokluğu ile hekim tarafından, hastane protokol kayıtlarına dayanılarak ispat edildiği sonucuna varılmış ve anne ile genetik engelli bebeğin tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Öte yandan anne ve bebeğin tazminat talepleri bakımından yasal dayanağın farklılığına; bir başka deyişle engeli öğrenilse idi varlığı sonlandırılacak olan bebeğin, anne ve hekim arasındaki tedavi sözleşmesine dayanmasının zaten mümkün olmadığına; ayrıca kişinin adeta var olmama hakkından yola çıkarak, hayatını hekimin kusuruna borçlu olduğu halde ondan tazminat istemesinin yasal bir dayanağının bulunmayacağı gibi meseleler ele alınmaksızın hükme varılması dikkat çekmektedir. Bkz. Yargıtay HGK 22.03.2022 tarih ve E. 2020/592 - K. 2022/356 sayılı kararı. <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2020-592-k-2022-356-t-22-03-2022/4399769/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Genetik engelli bebeğin tazminat taleplerine ilişkin görüşler hakkında ayrıca bkz. yukarıda dn. 2'deki açıklamalar.

lerinde hekimin aydınlatma yükümlülüğüne özgü açıklamalar bu bilgilerin üzerine inşa edilerek detaylandırılacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeni ile gündeme gelebilecek hekimin hukuki sorumluluğu çalışmanın kapsamını aşmakla beraber konu bütünlüğünün gerektirdiği ölçüde hekimin sadece özel hukuk sorumluluğuna ilişkin bilgilere de değinilecektir.

B. Kapsamı ve Yasal Dayanağı

Muayene dahil her türlü tıbbi müdahale kural olarak hastanın kişilik haklarını ihlal niteliği taşıyacağından, müdahale öncesinde hastanın aydınlatılarak rızası alınmalıdır. Bir başka deyişle teşhis, tedavi, kontrol amaçlı veya cerrahi müdahaleler ile tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda destekleyici (palyatif) müdahaleler olarak karşılaşılabilecek her türlü tıbbi girişim kural olarak hastanın vücut bütünlüğünü ihlal niteliği taşıdığından hukuka aykırıdır (BK m. 49/I). Müdahalede bulunanın hukuki sorumluluğu doğar. Meğerki hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunsun (BK m. 63/II). Rıza da hukuka uygunluk sebeplerinden biridir¹². Kişinin rızasının geçerli olarak alınabilmesi, diğer geçerlik koşullarının yanı sıra hastanın (inceleme konumuz bakımından gebe kadının) gereken kapsamda aydınlatılmasına bağlıdır. Tam da bu nedenle hastanın gereken kapsam ve usulünce aydınlatılmasını, vereceği rızanın bir koşulu olarak görmek gerekir¹³. Bir başka deyişle hasta, gerçekleştirilecek tıbbi müdahale hakkında

¹² Hukuka uygunluk sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası, Legem 2023) 686, nr. 1856 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) 24 vd., nr. 52 vd.

Ceza hukuku bakımından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I (25. Bası Seçkin 2022) 293 vd., özellikle 329 vd.; Özlem Yenerer Çakmut, 'Tıpta Aydınlatma ve Rıza' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, 7 - 8, rıza kavramı hakkında bkz. 19 vd.

¹³ BGH, NJW 1956, s. 1106. "En önemli hukuka uygunluk sebeplerinden biri, hastanın, planlanan müdahale hakkında yeterince aydınlatılmış, (tıbbi müdahaleden) önceki rızasıdır. Söz konusu kararlarda hastanın rızasının gerekliliği ve bununla bağlantılı olarak aydınlatılma talebi, hastanın genel anlamda kişilik hakkıyla gerekçelendirilmekte; hem irade özgürlüğü (dem Schutz der Willensfreiheit-) ve kendi geleceğini tayin hakkının korunmasına (dem Selbstbestimmungsrecht) hem hastanın vücut bütünlüğüne (der körperlichen Integrität des Patienten) hizmet etmektedir. Bu nedenle hekimin aydınlatma yükümlülüğü, onun genel anlamda meslek yükümlülükleri arasında yer alır. Özel hukuk bakımından bir sözleşmesel ilişkinin varlığı; devlet memuru ya da çalışanı olarak hareket ediyor olması gerekmez." Bilgi için bkz. BGE 117 Ib 197, s. 200; BGE 115 Ib 180/181, BGE 114 Ia 358 E. 6; BGE 112 II 128; BGE 108 II 61 vd. E. 2 ve 3. Hastanın aydınlatılmasının, rızanın bir koşulu olduğu hakkında ayrıca bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü" (2003) 52 (3) AÜHFD 55, 60; Philip Schelling, *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung* (Springer Verlag 2003) 27.

gereğince aydınlatılmaksızın neye rıza gösterdiğini bilemeyeceğinden, kendisinden alınacak rıza hukuken anlamını yitirmektedir. Öyleyse hekim¹⁴ bakımından hastanın aydınlatılması ve rızasının, o gereğince aydınlatıldıktan sonra alınması bir yükümlülüktür. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasına ilişkin söz konusu yükümlülüğün hasta bakımından görünümü şüphesiz bir hakka işaret etmektedir¹⁵.

Aydınlatma yükümlülüğü, dayanağını etik ve hukukta bulmaktadır. Bu yükümlülüğün ahlaki temelleri bulunduğu hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, her şeyden önce etik bir gerekliliktir. Bu anlamda hastanın, aldatılmama ve kendi varlığını ortaya koyabilme noktasında etik bir talebi bulunmaktadır¹⁶. Vücut bütünlüğü ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı¹⁷, ayrıca kişilik hakkı kapsamında korunan temel haklardandır ve esasen hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdikten sonra hastanın “aydınlatılmış rızasının¹⁸” alınması, hastanın söz konusu haklarının korunması bakımından kaçınılmazdır (AY m. 17; MK m. 23 vd. ve 1219 sayılı kanun m. 40; HHY m. 15,

¹⁴ HHY m. 4’te hastaya yapılacak müdahalenin, “her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından” gerçekleştirileceği kaleme alınmaktadır (HHY m. 4/ğ). Çalışmamız hekim perspektifinden ele alınmıştır.

¹⁵ Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğünün niteliği bakımından hasta açısından bir hak mı yükümlülük mü; hekim açısından bir yükümlülük mü külfet mi olduğu görüşleri hakkında bilgi için bkz. Zeynep Günler, İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam (Seçkin 2021) 68 vd. Yazar, sonuç olarak yukarıda değindiğimiz “hasta açısından bir hak, hekim açısından ise bir yükümlülüktür” görüşüne ulaşmaktadır. Bkz. Günler (n. 15) 70 - 71.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erwin Deutsch und Andreas Spickhof, *Medizinrecht* (6. Aufl., Springer Verlag 2008) 165, nr. 247.

¹⁷ Hastanın kendi geleceği hakkında karar verebilmesi (*das Selbstbestimmungsrecht*) ve vücut bütünlüğü (*Die körperliche Integrität*) üzerindeki hakkının ayrılmaz bir bütün olduğu yönünde bkz. BGE117 Ib 197, s. 201: “*Die Aufklärungspflicht dient sodann entgegen der erwähnten Kritik nicht nur dem Schutz der freien Willensbildung des Patienten, sondern auch dem Schutz seiner körperlichen Integrität. Das ergibt sich ohne weiteres aus der persönlichkeitsrechtlichen Grundlage dieser Pflicht. Denn der allgemeine Persönlichkeitsschutz umfasst den Schutz der körperlichen Integrität wie den darauf bezogenen Schutz des Rechtsträgers, nach freiem Willen über einen allfälligen Eingriff in seine körperliche Integrität zu entscheiden. Beides ist untrennbar miteinander verbunden.*” Kararda özetle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün dayanağı, vücut bütünlüğünün korunmasını içermesi dolayısıyla kişilik hakkına ve bu hakkın sahibinin vücut bütünlüğüne olası müdahalelerde özgür iradesiyle karar verebilmesine; öyleyse her ikisinin de ayrılmaz bir bütün olduğuna dikkat çekilmektedir. Ayrıca bkz. Ozanoğlu (n. 13) 59, dn. 16; Hakeri (n. 12) 334.

¹⁸ “Aydınlatılmış rıza” kavramı yerine “aydınlatılmış onam”, “bilgilendirilmiş onam” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Öğretide Hakeri’nin de belirttiği üzere “onam” kavramı ne hukuk literatüründe ne Türk Dil Sözlüğünde yer almaktadır [Hakeri (n 12) 331]. Çalışmamızda “aydınlatılmış rıza” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

m. 24 vd., m. 31 ile TDN m. 14/II gibi özel nitelikteki diğer düzenlemeler)¹⁹. Değınmek gerekir ki aydınlatılmış rızaya ilişkin bu içerikteki düzenlemelerin yeri aslında özel nitelikteki bir “Hasta Hakları Kanunu” ya da tedavi sözleşmesi bakımından Borçlar Kanunu özel hükümlere getirilecek bir özel sözleşme tipine ilişkin düzenlemelerdir. Hasta haklarını kanunla koruyacak bir düzenleme, uzun yıllardır beklenmesine rağmen ülkemizde hala yasalaştırılabilmış değıldir. Bunun yerine 1998 tarih ve 23420 sayılı bir “Hasta Hakları Yönetmeliğı” bulunmaktadır. Yönetmelikte rıza, “kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi” şeklinde tanımlanmaktadır (HHY m. 4/h)²⁰. HHY m. 24 ve devamında rızaya ilişkin kapsamlı düzenlemelere yer verilmiřtir²¹.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, özerklik ilkesinin de bir gereğıdir²². Özerklik ilkesi anayasal dayanağıını AY m. 17/I’de bulmaktadır. Hüküm uyarınca “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığıını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” (AY m. 17/I). Öte yandan hekimlerin görevlerini icra ederken bağılı kalmaları gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri olarak yararlılık, zarar ver-

¹⁹ Bir hukuka uygunluk unsuru olarak hastanın her türlü tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılmış rızasının alınması zorunluluğunda ayrıca 03.12.2003 itibariyle Resmî Gazetede yürürlüğe girmesiyle ülkemizin de taraf olduğı ve Anayasa m. 90 uyarınca i hukukumuzun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi hükümleri ile 1219 sayılı Tababet ve şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) m. 70, Türk Tabipleri Birliğı Meslek Etiğı Kuralları (TTBMEK) m. 26, Organ Nakli Yasası m. 6 gibi düzenlemelerle de hastaların rızasının bilgilendirilmesi gerekliliğı, aksi halde tıbbi müdahalede bulunamayacağı kaleme alınmaktadır.

²⁰ Buradaki “bilgilendirilmiş olma” ifadesi, “aydınlatma” kavramına işaret etmektedir. Hastadan onu gereğıince aydınlatmaksızın alınan rıza, esasen rızasının bulunmadığı anlamı taşıyacaktır.

²¹ HHY ve diğeri yasalardaki söz konusu düzenlemeler birlikte gözetildiğinde hukukumuzda aydınlatma yükümlülüğüne dair yeterli yasal düzenlemelerin bulunduğı çıkarımı yapılabilecekse de kanaatimizce bir Hasta Hakları Yasası ya da Borçlar Kanunu özel hükümler arasında tedavi sözleşmesi adı altında getirilecek hükümlerle açık ve her türlü tıbbi müdahaleyi kapsayacak içerikte genel bir düzenleme yapılması daha yerinde olacaktır. Aydınlatmanın kapsamına ilişkin tedavi sözleşmesi özelinde getirilen bir yasa düzenlemesi olarak Alman Medeni Kanunundaki bir düzenlemeye değinmekte fayda görüyoruz. 2013 yılında Alman Medeni Kanunu, BGB’ye (*Bürgerliches Gesetzbuch*) getirilen değışikliklerle “tedavi sözleşmesi” adı altında düzenlenen hükümlerden “aydınlatma yükümlülüğü (*Aufklärungspflichten*)” başlığıını taşıyan ř 630e’nin ilk fıkrası şu içerikle kaleme alınmıştır: “*Tedaviyi yapan kişi hastayı, rıza için gerekli olan tüm durumlar hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Özellikle tedbirin türü, kapsamı, uygulanması, beklenen sonuçları ve riskleri; ayrıca teşhis veya tedavi bakımından gerekliliğı, aciliyeti, uygunluğı ve başarı ihtimali bu kapsamdadır. Bilgilendirme sırasında, doğıruluğı tıbbi açıdan eşit derecede endike olan (kabul gören, belgelenen) ve alışıl gelmiş metodların önemli ölçüde farklılaşan sıkıntılı, risk ya da iyileşme şanslarına ilişkin alternatifler varsa bunlara ilişkin tedbirlere de dikkat çekilmelidir.*” (ř 630e/I BGB).

²² Türk Tabipleri Birliğı Hekimlik Meslek Etiğı Kuralları m. 6; Hakeri (n 12) 329.

meme ve adaletin yanı sıra 1960'lardan itibaren bireysel hak ve özgürlüklerin anayasal olarak vurgulanmasıyla özerklik ilkesinin tıp etiği ilkesi olarak önem kazandığı görülmektedir²³. Öyleyse aydınlatmanın amacı, hastanın özerkliğine saygı gösterilerek maddi ve manevi varlığının korunması bakımından kendi kararlarını alabilmesi ve hekimin tıbbi müdahalesini kabul ya da hastalığın seyri kadere bırakmak noktasında iradesini serbestçe, kimsenin etki veya baskısı altında kalmadan ortaya koyabilmesini sağlamaktır²⁴. Bu da ancak muayene ile elde edilen bulguların hastaya bildirilmesi, söz konusu olabilecek tedavi ya da tıbbi müdahalelerin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçlarıyla beraber hastaya açıklanmasıyla mümkün kılınabilecektir²⁵.

AY m. 17/II'de "tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı" kaleme alınmaktadır. "Tıbbi zorunluluklar" hastanın rızası bulunmasa dahi varsayımsal rızasından hareketle (*mutmaßliche Einwilligung*)²⁶ tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebileceğine; "yasada yazılı haller" ise TMK ve TCK gibi vücut bütünlüğüne müdahalelere ilişkin hükümler içeren yasalarda bu müdahaleleri bazı hallerde "hukuka uygun" sayan yasal düzenlemelere işaret etmektedir (BK m. 63/II; TCK m. 24/I, m. 25/I, m. 26). Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının zorunlu olduğu haller ile bu rızanın alınmasının mümkün olmadığı; fakat yaşam hakkının üstün tutularak hasta rızası alınabilecek durumda olsa idi dahi yine bu müdahaleye onay verirdi²⁷, varsayımıyla hukuka uygun çerçevede hareket edilebilecek haller anayasal dayanağını m. 17/II'de bulmaktadır. Daha detaylı düzenlemeler, elbette ilgili diğer yasa ve yönetmelikler ile normlar hiyerarşisi uyarınca ilgili yasa ve yönetmeliklere bırakılmıştır.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmeler hukuku bakımından yasal dayanağı, tedavi sözleşmesidir²⁸. Ancak hekimin aydınlatma yükümlülüğü,

²³ Hakeri (n 12) 329.

²⁴ Hakeri (n 12) 332.

²⁵ Yenerer Çakmut (n 12) 10 ve dn. 72'de anılan yazarlar.

²⁶ Kavram için bkz. Markus Gehrlein, *Grundwissen Arzthaftungsrecht* (3. Aufl., C. H. Beck 2018) nr. 56. Deutsch/Spickhof (n. 16) 172, nr. 262 vd.

²⁷ Yenerer Çakmut (n. 12) 26 - 27.

²⁸ Hekimin genel olarak tazminat (özel hukuk) sorumluluğunun kaynakları sözleşme, haksız fiil ve vekaletsiz iş görme olarak ifade edilebilecektir. Söz konusu değerlendirmeler çalışmamızın kapsamı dışındadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz Yavuz İpekyüz, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu' (2015) 20 (33) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19, 27 vd.

kendine özgü mesleki özellikleri bulunan mesleki bir yükümlülük olarak ifade edilmekte; aslında sözleşmesel ilişkinin çok daha öncesinde hastalıkla ve tedaviye yönelik verilen bilgiler sözleşmenin kurulmasında rol oynamaktadır. Bu aşamada hekimin, hastayı bilgilendirme yükümlülüğü, dayanağını dürüstlük kuralında bulmaktadır (MK m. 2)²⁹. Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere tedavi sözleşmesi, vekalet sözleşmesi niteliğindedir (BK m. 502 vd.)³⁰. Hekim, hastasını kural olarak bizzat bilgilendirmekle yükümlüdür (BK m. 506/I)³¹. Vekalet sözleşmesinde vekilin icra edeceği tıbbi muayene, tetkik ve uygulayacağı tedavi veya destekleyici yöntemlerle bunlara ilişkin aydınlatma yükümlülüğü, onun özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmelidir³². İlgili düzenleme uyarınca “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” (BK m. 506/II). “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” (BK m. 506/III)³³. Böylece hüküm uyarınca teşhis, tedavi ya da destekleyici müdahalelerle ilgili olarak tıbbi müdahalelerin herhangi bir safhasında

²⁹ Ozanoğlu (n 13) 64.

³⁰ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler - Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020) 439. Vekalet sözleşmesi kapsamında hekimin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II (4. tıpkı bası, Vedat Kitapçılık 2008) 415 vd.; Zafer Zeytin, ‘Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu’ (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 96, 101.

³¹ Vekalet sözleşmesinde vekilin kural olarak işi bizzat görmesi gerekliliği ve istisnaları hakkında bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Bası, Beta Yayınları 2019), 664 vd.; Gümüş (n. 30) 451 vd.

³² Bkz. yukarıda II. B başlığı altındaki açıklamalar ve aşağıda dn. 34.

³³ Hâkim görüş uyarınca tedavi sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, hekimin, bu sözleşme ile tedavi ya da iyileşme başarısını; bir başka deyişle bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmemesine, dahası garanti edemeyecek olmasına dayanmaktadır. Hekim, tıbbi standartlar kapsamında elinden geleni yapmış olsa dahi hastanın biyolojisinden kaynaklanan sebepler elde edilmek istenen sonuca tesir edebilir. İnsan biyolojisinin özelliği, hekimin uygulayacağı tıbbi/cerrahi müdahaleler ya da tedavi yöntemlerinde sonuç garanti etmesine engeldir. Hekimin tedavi sözleşmesiyle üstlendiği borçlar, tedavi sürecine ilişkindir. Tedavinin sonucuna değil. Öte yandan estetik amaçlı cerrahi müdahaleler ile diş, protez kol, bacak protezleri ya da sterilizasyon amaçlı ameliyatlara; kan ya da idrar testlerinin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmeler sonuç odaklı olduğundan hâkim görüş uyarınca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Deutsch/Spickhof (n 16) 74; Yavuz İpekyüz (n. 28) 61 vd. Eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinin aksine “... yüklenici (tedavi sözleşmesinde “hekim”), bir eser meydana getirmeyi...” dolayısıyla bir sonucu üstlenmektedir (BK m. 470). Estetik amaçlı cerrahi müdahalelere ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi değil; vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Gümüş (n. 30) 439 - 440.

hekimin özen yükümlülüğünün kapsamı, basiretli bir hekime göre belirlenecektir. Söz konusu kriter objektiftir. Bir başka deyişle hekimin tecrübesinin yeterliliğini ya da sübjektif nedenlerle o an için özenli davranmadığını ileri sürmesi dinlenmeyecektir³⁴.

Prenatal diagnostik alanına özgü ifade edecek olursak hekimin bu alanda uzmanlaşmış diğer hekimler gibi özenli davranması beklenecektir. Hekimin tanı yöntemleri hakkında gebe kadını hiç bilgilendirmemesi ya da yanlış teşhiste bulunması onun “aydınlatılmasını” etkileyerek gebe kadını yanlış yönlendirebilecek; dahası fetüs bakımından yanlış tedaviye karar vermesi ya da buna hiç gerek olmadığı düşüncesiyle tedaviden kaçınması gibi sonuçları da beraberinde getirebilecektir. Engelli gebeliklerde bir diğer olasılık, tedavi mümkün değilse anne adayının gebeliği sonlandırma kararı alıp almayacağını değerlendirebilmesi için gereken doğru aydınlatmanın kendisine yapılmasıdır. Bu nedenle prenatal diagnostikte kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir diğer görünümü gebe kadının aile planlaması hakkında eşi ile beraber doğru karar alabilmesini sağlama fonksiyonunun bulunmasıdır (NPK m. 6/II). Hiç ya da doğru içerikle yapılmayan bir aydınlatma, ebeveynlerin aile planlaması hakkının ihlali ile sonuçlanabilecektir. Nitekim hekime yöneltilen manevi tazminat taleplerinin dayanağı, bu hakkın ihlali olarak görülmelidir³⁵. Yine engelli gebeliklerde fetüsteki engelin tedavisi mümkün ise tedaviye ilişkin planlama imkanları kaçırılacaktır.

Aydınlatmanın kapsamı her somut olay bakımından kendine özgü³⁶ olacağından tıbbi müdahalenin gerekliliği, ivediliği, riskin ve olası komplikasyonların meydana gelme ihtimalinin fazlalığı gibi durumlara göre kapsam daralacak ya da genişleyecektir. Risk arttıkça aydınlatmanın kapsamı ve detayı genişleyecek, tıbbi müdahale için ivedilik arttıkça müdahalenin hızı artarken aydınlatma kapsamı daralacaktır³⁷. Nitekim hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak Yargıtay kararlarında da aydınlatmanın standart olarak herkese

³⁴ Vekilden beklenen objektifleştirilmiş özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş (n. 30) 462 vd.

³⁵ Yoksa engelli bir bebeğin varlığının vereceği üzüntü, keder değil. Aksinin kabulü, insan onuru ile bağdaşmamaktadır. Aynı yönde bkz. Şenocak (n. 2) 154.

³⁶ “Hasta o derece aydınlatılmalıdır ki aydınlatılma sonrasında, tıbbi tedavinin planlanması ve uygulanması bakımından serbestçe ve durumun gerektirdiği bir karar verebilecek duruma gelebilmelidir.” Ozanoğlu (n. 13) 60.

³⁷ Hakeri (n. 12) 397.

aynı değil; kişisel ve hastaya özgü olması gerekliliğine dikkat çekildiği görülmektedir³⁸.

Aydınlatmanın kapsamına dair ayrıca Türk Tabipleri Meslek Etiği Kuralları m. 26'ya değinilmelidir. Hüküm uyarınca aydınlatma, “*hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta*” olmalı; onun kavrayacağı şekilde yapılmalıdır (TTBMEK m. 26/I, 2). Ancak hastanın kendisi de hekimse ya da açıkça veya kuşkuyla yer vermeyen bir tutumla, daha fazla bilgi istemeden önerilen tedaviye razı olduğu anlaşılıyorsa aydınlatma ödevi ortadan kalkar³⁹.” TTMEK m. 26'da ayrıca “*Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır*” hükmü ile aydınlatma kapsamına ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir (TTMEK m. 26/I, 1).

Son olarak kısaca aydınlatmanın kime yapılması gerektiğine değinelim: Hekimin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında aydınlatılacak kişi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılan rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle hastanın kendisidir (HHY m. 18/III)⁴⁰. İnceleme konumuz açısından prenatal tanı yöntemleri ile ilgili olarak fetüs ile gebe kadının sağlık durumu özelinde hekimin yapacağı aydınlatma sonrasında ve yasal çerçevede gebeliğin sona erdirilmesine karar verilecekse gebe kadının evli olması halinde eşinin de rızasının alınması gerekliliği yasaca düzenlenmiştir (HHY m. 30/III; NPK m. 6/II). Gebe kadın küçük ise velisi, vesayet altında ise ergin değilse kendi rızası ile birlikte vasisinin rızası ve sulh hakiminin izni aranmaktadır (NPK m. 6/I, 1). Akli melekeleri zarar

³⁸ Yargıtay 13. H.D 13.06.2013 tarih ve E. 2013/14354 - K. 2013/16113 sayılı karar özetinden: “... Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi dosyaya ibraz edilen onay formu matbu olup, davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriğiyle anlaşılabilir değildir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-14354-k-2013-16113-t-13-06-2013-tazminat-davasi/1452658/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024. Hakeri (n. 12) 400.

³⁹ BGE 105/II 284 cons. 6 JdT, 1980, 172 [Tandoğan, (n. 30) 420'den naklen]. Aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı veya kapsamının daraldığı haller için ayrıca bkz. Erwin Deutsch, ‘Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung’ (1980) NJW 1305, 1305 ff.; Yenerer Çakmut (n. 12) 14 vd.

⁴⁰ Hakeri (n. 12) 386; Pelin Çavdar, ‘Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan) 757.

görmüş, ayırt etme gücü bulunmuyorsa gebe kadının kendi rızası aranmaz (NPK m. 6/I, 2). Öte yandan izin alınmasının zaman alacağı fakat hayati tehlike bulunan hallerde veli ya da mahkeme izni aranmaksızın müdahale gerçekleştirilebilecektir (NPK m. 6/III). Dolayısıyla veli ya da vasiden rıza alınması gereken hallerde aydınlatma, onlara yapılıp izinleri aydınlatılmış rıza ile alınmalıdır. Küçük veya kısıtlının mümkün olduğunca bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır (HHY m. 24/I, II). Elbette ki bir irade beyanı olarak aydınlatılmış rıza geçerli olarak, irade sakatlığı hallerinin tesirinden uzak verilmiş olmalıdır⁴¹.

C. Türleri

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, Alman doktrininde iki temel ayrımla ele alınmaktadır. Bunlar: Müdahale (*Eingriffs-*), özellikle kendi geleceğini belirleme aydınlatması (*Selbstbestimmungsaufklärung*) ve tedavi aydınlatması (*therapeutische Aufklärung*) olarak da ifade edilen güvenlik aydınlatmasıdır (*Sicherungsaufklärung*)⁴².

Müdahale (kendi geleceğini belirleme) aydınlatması kendi içerisinde tanı aydınlatması (*Diagnoseaufklärung*), süreç aydınlatması (*Verlaufsaufklärung*) ve risk aydınlatması (*Risikoauflärung*) olarak üçlü bir ayrımla ele alınmaktadır. Bunların yanı sıra hekimin aydınlatma yükümlülüğünün bir diğer türü olarak ekonomik bakımdan aydınlatmanın (*wirtschaftliche Aufklärung*) bulunduğu kabul edilmektedir⁴³. Alman hukukundaki söz konusu tasnif, hukukumuzda da etkisini göstermektedir⁴⁴.

Hastanın karar vermesini sağlayan aydınlatmalar özellikle müdahale aydınlatması ve bunun içerisinde değerlendirilebilecek karar aydınlatmasıdır. Prenatal tanı (prenatal diagnostik) alanında da hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından bunlar öncelikle değerlendirilmelidir. Ayrıca fetüste tedavi edilebi-

⁴¹ İrade sakatlığı halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n. 12) 435, nr. 1162 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler*, Cilt I (18. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) 95, nr. 297 vd.

⁴² Lena Schneider, *Neue Behandlungsmethoden im Arzthaftungsrecht - Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Versicherung* (Springer Verlag 2010) 147 ff.

⁴³ Schelling (n. 13) 24 ve 131 vd.; Ünsal Dönmez, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten* (Dönmez/Ercan/Çatakli, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017) 61 - 62.

⁴⁴ Ozanoğlu (n. 13) 64 vd. Karşı. Şenocak (n. 2) 99 vd.

lecek bir genetik engelin varlığı halinde hekimin tedaviye ilişkin de aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Aşağıda hekimin aydınlatma yükümlülüğünün türlerine dair söz konusu ayrımlar dikkate alınarak kısaca genel bilgiler verilecek, inceleme konumuz olan prenatal tanı kapsamında genetik engellilikte hekimin aydınlatma yükümlülüğüne dair bazı özel durumlar ayrıca bir başlık açılarak kaleme alınacaktır.

1. Müdahale Aydınlatması: Tanı, Süreç ve Risk Aydınlatması

Aydınlatmanın hangi kapsamda yapılması gerektiği meselesi, aslında müdahale aydınlatmasının “temel hareket noktasını” oluşturmaktadır⁴⁵. Her türlü tıbbi müdahalenin kural olarak hastanın vücut bütünlüğü ihlali dolayısıyla hukuka aykırı fiil teşkil ettiği ve (aydınlatılmış) rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olduğu göz önünde bulundurulduğunda hastanın serbestçe ve doğru karar alabilmesi, onun bu kararları almasını sağlayacak bir kapsamda aydınlatılmasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu alt ayrımlar da doktrinde, aslında hastanın teşhis ve tedavi sürecinde tam olarak nelerle karşılaşacağını, hangi konularda aydınlatılması gerektiğini ortaya koymak için getirilmiştir⁴⁶.

Tanı (teşhis) aydınlatması, hekimin muayene ve/veya bazı tıbbi tetkikler neticesinde hastaya ilişkin elde ettiği bulguları hasta ile paylaşmasıdır⁴⁷. Tanı aydınlatmasından, hasta ve hastalığın seyri açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek olması halinde kaçınılabilecektir. Bu halde hastaya, hastalık hakkında kabaca bir bilgilendirmenin yapılması yeterli kabul edilmektedir⁴⁸. Süreç aydınlatması ise hastanın tedaviden kaçınması halinde karşılaşacağı sonuçlar ile başarılı bir tedavi ihtimali ve bunun sonuçlarına ilişkindir. Öte yandan süreç aydınlatması, duruma göre temel yaklaşım şekli ve beklentilerle sınırlandırılabilir. Hasta, olasılıkları değerlendirerek hekim ile bir tedavi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğine karar verebilmelidir⁴⁹. Daha açık bir deyişle süreç aydınlatması, konulan teşhise göre tedavisi mümkün bir hastalıkta ne tür bir tedavi uygulanacağı, gerçekleştirilmesi olası cerrahi müdahaleler ile bunlardan beklentiler, olası komplikasyonlar ile tedavi ya da cerrahi müdahale sırası ve sonrasında

⁴⁵ Ozanoğlu (n. 13) 65.

⁴⁶ Ozanoğlu (n. 13) 65 - 66.

⁴⁷ Deutsch/Spickhof (n. 16) 175.

⁴⁸ Deutsch/Spickhof, (n. 16) 175, nr. 267.

⁴⁹ Süreç aydınlatması hakkında bkz. Deutsch/Spickhof, (n. 16) 176, nr. 268. Ayrıca alternatif tedaviler hakkında bilgilendirmeye ilişkin bkz. Deutsch/Spickhof (n. 16) 176, nr. 269 vd.

dikkat edilmesi gerekenlere ilişkin bilgileri içermelidir. Tedavisi mümkün bir hastalık değilse hastalığın sıkıntılarını hafifletmek amaçlı neler yapılabileceğine ilişkin bilgilendirmelerde bulunulmalıdır.

Risk aydınlatması ise hastanın, muhtemel olarak öngörülen terapi ya da tedavi alternatiflerinin tehlikelerine ilişkin aydınlatmayı içermektedir⁵⁰. Aynı şekilde hastaya uygulanacak tıbbi müdahalede meydana gelebilecek risk ve tehlikeler ile müdahale sonrasında meydana gelebilecek olası komplikasyonlar hastaya açıkça ve kavrayacağı şekilde anlatılmalıdır⁵¹. Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin başarısızlığa uğrama ihtimali de risk aydınlatması kapsamındadır⁵². Ayrıca tıp biliminde bilinen risk oranları hakkında aydınlatmanın, hastanın karar sürecine tesir edip etmeyeceği de önem taşımaktadır⁵³. Konuyla ilgili olarak 2016 tarihli bir Yargıtay kararında risk oranı daha düşük başka bir tedavinin hastaya uygulanıp uygulanamayacağının araştırıldığı dosya kapsamında anlaşılmadığı, böylece uygulanan tedavinin isabetli olup olmadığının anlaşılmadığı eleştirilmektedir⁵⁴. Tanı, (tedavi ya da hastalığın seyrine ilişkin) süreç ve risk aydınlatmaları, sonuç olarak hastanın kararında önemli rol oynayacaktır. Bu bakımdan karar aydınlatması olarak adlandırılan aydınlatma türünün de bileşenlerini ifade etmektedirler⁵⁵. Hasta, doğru karar verebilmesi için ayrıca alternatif teşhis ya da tedavi yöntemleri hakkında da bilgilendirilmelidir⁵⁶.

2. Tedavi (Güvenlik) Aydınlatması

Tedavi aydınlatmasının tıbbi müdahaleye yönelik hastanın rızasını alma bakımından bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Burada hastanın uygulanacak tedavinin nasıl olacağıyla ilgili hekimin özen yükümlüğü dahilinde olan bir aydınlatma çeşidi söz konusu olduğundan sözleşmeden doğan bir yükümlülüktür⁵⁷. Bu nedenle tedavi aydınlatması (*therapeutische Aufklärung*) doktrinde

⁵⁰ Deutsch/Spickhof (n. 16) 178, nr. 273; Gehrlein (n. 26) 101 vd.

⁵¹ Hakeri (n. 12) 353-354; Günler (n. 15) 84; Çavdar (n. 40) 735, 746.

⁵² Deutsch/Spickhof (n. 16) 178, nr. 273.

⁵³ Hakeri (n. 12) 354.

⁵⁴ Yargıtay 13. H.D 21.06.2016 tarih ve E. 2015/439 - K. 2016/1058 sayılı kararı için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2015-439-k-2016-1058-t-21-01-2016/2448860/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁵⁵ Hakeri (n. 12) 345; Günler (n. 15) 84.

⁵⁶ Alternatifler hakkında aydınlatmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch/Spickhof (n. 16) 176, nr. 268 vd. Gehrlein (n. 26) 105 vd.; Hakeri (n. 12) 346.

⁵⁷ Günler (n. 15) 83; Hakeri (n. 12) 360; Gehrlein (n. 26) 53, nr. 31; Schelling (n. 13) 14.

Deutsch/Spickhof tarafından “gerçek olmayan bir aydınlatma (*keine echte Aufklärung*)” olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Hekimin yükümlülükleri arasında hastasının zarar görmemesi için onu aydınlatmak da yer almaktadır⁵⁹. Tedavi aydınlatması buna hizmet etmekte; hasta, hekim tarafından, özellikle kendi davranışlarıyla sebep olabileceği olumsuzluklar ile tedavi sürecinin başarıya ulaşması için gerekli belirli davranış kuralları hakkında uyarılmaktadır⁶⁰. Bu nedenle öğretilerinde güvenlik aydınlatmasına uyarı yükümlülüğü de denilmektedir⁶¹. Hekim ayrıca tıbbi müdahale sonrasında olası komplikasyonlar ile kullanılacak ilaçların dozu, kullanım şekli ve muhtemel yan etkileri, ihtiyaç halinde hastanın iyileşmesini sağlayacak diyet programını oluşturmak için lehine olabilecek tüm hususlar hakkında onu aydınlatmalıdır. Aydınlatma, hastanın anlayacağı şekilde gerçekleştirilmelidir⁶².

3. Genetik Engellikte Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün İçeriği, Kapsamı ve Türü

Hamileliği biyolojik bakımdan en olağan fakat bu olağanlık içerisinde en çok risk barındıran doğal bir süreç olarak ifade etmek, çok da yanlış olmasa gerektir. Tam da barındırdığı bu riskler nedeniyle hamilelik boyunca, hatta bazen çok daha öncesinde, hekim tarafından tedavi sözleşmesi kapsamında rutin kontrollerin takibinin gerçekleştirilmesi üzerine taraflar anlaşmaktadır. Hekim, hamilelik süresi boyunca gebelik haftasına göre gerekli kontrolleri gerçekleştirmeli; tetkik amaçlı yapılabilecek/yapılması gereken testler konusunda anne adayını bilgilendirmeli, olası risklere karşı uyarmalıdır. Bazen de anne adayını bütünü hamilelik sürecinin takibi değil; sadece testlerin gerçekleştirilmesi için (başkaca) bir hekime başvurmaktadır. Hekim, prenatal tanı testleri konusunda gebe kadını aydınlatmalı; ancak onun aydınlatılmış rızası doğrultusunda testleri gerçekleştirmelidir.

Genetik engelliliğin önlenmesi amacıyla henüz gebelik gerçekleşmeden yapılabilecek kontroller, gen analizleri⁶³, preimplantasyon genetik tanısı⁶⁴. Gebe-

⁵⁸ Deutsch/Spickhof (n. 16) 180, nr. 276.

⁵⁹ Hakeri (n. 12) 360.

⁶⁰ Deutsch/Spickhof (n. 16) nr. 276 - 277.

⁶¹ Hakeri (n. 12) 360; Çavdar (n. 40) 745.

⁶² Hakeri (n. 12) 361; Günler (n. 15) 83.

⁶³ Gebelik öncesi teşhis ve tanı yöntemleri “Floresan In Situ Hibridizasyon (FISH), Polimeraz Zincir Reaksiyonu (PCR); gebelik sonrası teşhis ve tanı yöntemleri ise ultrasonografi, kromo-

lik gerçekleştiikten sonra ise çeşitli yöntemlerle genetik analizler gerçekleştirilebilmektedir⁶⁵. Bunlar arasında en sık başvuru alanlarından biri de amniyosentezdir. Ancak bu tür analizler, mutlaka her gebelikte yapılması gereken analizler olmayıp anne adayının yaşı, kronik ya da genetik rahatsızları, diğer aile üyelerinde genetik hastalıkların bulunması, gebeliğin seyri gibi özel durumları gözetilerek karar verilmelidir⁶⁶. Ayrıca ceninin viral bir hastalıktan etkilenmiş olacağına dair bir risk ya da herhangi bir şekilde riskli bir gebeliğe işaret eden bulgular mevcutsa hekim yine prenatal tanı testlerini hastaya önermekle yükümlüdür⁶⁷. Hamilelik sırasında anne adayının yakalandığı kızamıkçık hastalığı da fetüste genetik anomaliler meydana gelmesinin nedenlerinden biridir⁶⁸. Anne adayının bu konu hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle engelli bebek sahibi olduğu haller mahkeme kararlarına da konu olmuştur⁶⁹.

Uygulamada aslında gebe bakımından amniyosenteze başvurulmasını destekleyen yeteri kadar olumsuz veri (annenin ileri yaşı, ultrason görüntülerinde bazı olumsuz veriler, annede/ailede genetik rahatsızlıklar gibi) olmasa da bazı hekimler tarafından kendilerini olası yasal taleplerden kurtarmak ve garantiye almak için gebeyi amniyosenteze ikna ettiğine sıkça rastlanılmaktadır. Burada hukuki bakımından iki aksaklık bulunmaktadır. İlki: Gebe kadının risk grubunda bulunduğu sonucuna varmak için yeterince olumsuz veri bulunmadığı halde amniyosentez yapılması, tıbbi müdahalenin gereksizliği nedeniyle (her ne kadar

zom analizi, amniyosentez, koryonik doku biyopsisi, kordosentez ve fetoskopi gibi gen analizini sağlayan yöntemlerdir. Gebelik öncesi ve sonrası gen analiz yöntemleri hakkında bkz. Büyükcay (n. 2) 35 vd.

⁶⁴ Preimplantasyon genetik tanı hakkındaki eleştiri ve görüşler için bkz. Büyükcay (n. 2) 28 vd.

⁶⁵ Gebelik gerçekleştiikten sonra gerçekleştirilebilecek testler hakkında ayrıca bkz. Aydın Ünver (n. 2) 112 - 114.

⁶⁶ "... davacı (...) yaşı gözetilerek ve özellikle önceki hamileliğin down sendromu şüphesiyle sonlandırılması nazara alınıp, ultrason aşamalarındaki değerlendirme ve kararların yerinde olup olmadığı ve davacının özel durumu da gözetilerek tıbben uygulanması gereken işlemlerin neler olduğu uygulamanın yeterli olup olmadığı, gebeliğin hangi aşamalarında ve hangi ultrason ve diğer tetkiklerin gerektiği ve davalı doktorun bunları öngörüp öngörmediği ve riskleri ile davacıyı aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği üzerinde durulmalı..." Yargıtay 13 H.D. 29.05.2014 tarih ve E. 2013/15408 - K. 2014/16675 sayılı kararından. Bilgi için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-15408-k-2014-16675-t-29-05-2014/1672621/amniyosentez>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁶⁷ Şenocak (n. 2) 102.

⁶⁸ Şenocak (n. 2) 100.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 18.01.1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 240 ("Röteln-Fall"); Dieter Weber, *Arzthaftpflicht für Nachkommenchaftschäden?* (Springer Verlag, Tübingen 1988), 31.

rızaya dayalı olarak yapılsa da) hala hukuka aykırı bir fiil niteliği taşıyacaktır. Yine bununla bağlantılı olarak ikinci hukuki aksaklık, gebenin hekim tarafından aydınlatıldığı sırada kendi kararını vermekte serbest bırakılmaması; adeta amniyosentezden kaçınırsa başına gelebilecek olumsuzluklarla korkutularak bu tür tanı testlerine hekim tarafından sevk edilmesidir. Bahsi geçen nedenlerle burada gebe kadından alınan rıza hukuka uygun değildir. Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalede bütün süreç yolunda gitse dahi hekim, gebenin vücut bütünlüğünün ihlali dolayısıyla hukuka aykırı fiilinden sorumlu tutulacaktır.

Tekrar konuya dönecek olursak gebe hakkında analizlere dikkat çekerek, prenatal tanıda bu tür tıbbi imkanların bulunduğu ve hastanın özel durumu doğrultusunda bunları mutlaka yaptırması gerektiği ya da yaptırmasının yararlı olacağı hususlarında hastayı bilgilendirecek kişi hekimdir (BK m. 506/I). Aydınlatma yükümlülüğünün borçlusu olarak hekim, bunun gereğini yerine getirirken gebenin şahsi durumunu dikkate almalı; gerekli bilgilendirmeleri onun anlayacağı şekilde yapmalıdır. Herkese benzer durumlarda aynı yönde standart bilgilendirme gerçekleştirilerek gebenin gereği gibi aydınlatıldığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁷⁰. Prenatal tanıda izlenecek yöntem, bu yöntemin sebep olabileceği çeşitli komplikasyonlar ile tanı testlerinin reddi halinde gebenin karşılaşılabileceği tablolar konusunda yeterince aydınlatıldıktan sonra kendisinin karar vermesi sağlanmalıdır. Hekimin çalıştığı kurum, prenatal tanı testleri ya da ayrıntılı ultrason değerlendirmelerine yeterli teçhizat olanağı sunmuyorsa hekim, hastayı durum hakkında bilgilendirerek bir başka doktor ya da kuruma sevk etmelidir.

Prenatal tanı yöntemlerinin uygulanması hususunda rıza verip vermeme anne adayını tamamen özgür olup aksi yönde karar verecekse dahi hekim tarafından bir varsayımdan hareket edilmemeli; bunun sonuçları gebeye yeterince açıklanmalı, beyan olumsuz dahi olsa bu bilinçle verilmelidir. Ayrıca gerektiği kadar kapsamlı bir aydınlatma sonrasında geçerli olarak verilen rızanın her zaman geri alınabileceği unutulmamalıdır⁷¹. Bunun dayanağı, hekimle hasta

⁷⁰ Bkz. Büyükay (n. 2) 55.

⁷¹ Büyükay (n. 2) 55 ve dn. 226'da adı geçen yazarlar. Kişilik hakkının kapsamı ve inceleme konumuz doğrultusunda kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden hayat ve sağlık hakkı ile vücut bütünlüğüne ilişkin bilgi için bkz. Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001) 50 vd.; özellikle 50 - 51. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 174 vd., nr. 576 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku*, Cilt II (22. Bası, Filiz Kitabevi 2021) 104 vd., nr. 522 vd.

arasında güven ilişkisinin bulunması gerekliliğidir. Söz konusu güven ilişkisinde madalyonun diğer yüzü, rızanın her zaman serbestçe geri alınabilmesi; hekimle hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin her zaman feshedilebilmesidir (BK m. 512/1)⁷². Aydınlatma gebenin, fetüsün olası⁷³ genetik engelliliği hususunda yeterince bilgilendirilerek varsa tedavi imkânı, yok ise bu yönde yeterince tıbbi veri olmak kaydıyla kürtaj hakkının varlığının kendisine hatırlatılmasını da içermelidir. Prenatal tanı testleri, gebeliğin sadece belirli haftalarında gerçekleştirilebilirler. Tıbbi olarak dikkat çekilmediğinden bu sürenin kaçırılması sonucu testin gerçekleştirilemediği hallerde anne adayları, fetüsün sağlığı konusunda yeterince aydınlatılmadığından olası tedavi imkanlarının kaçırılması ya da yasal imkân olsa dahi duruma göre kürtaj hakkını kullanamama ve istenmediği halde engelli bebek sahibi olunması sonuçlarına neden olacaktır.

İstenmeyen gebelikler, hukukumuzda 10. gebelik haftasının bitimine kadar hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, tıbbi bir zorunluluk bulunmasa dahi sona erdirilebilmektedir (Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/1; TCK m. 99/II). İşlenen bir suç neticesinde gebe kalınması halinde sağlıklı gebeliklerde bu süre 20. haftanın bitimine kadar uzamaktadır (kriminal endikasyon, TCK m. 100). Bu süreler dışında gebeliğin ancak *“annenin hayatını tehdit ettiği/edeceği”* ya da *“doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde”* kürtajın (yasadaki ifadesiyle *“rahim tahliyesinin”*) gerçekleştirilebileceği kaleme alınmaktadır. Bunun gerekliliği *“doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile”* tespit edilmiş olmalıdır (Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/II). Bu düzenlemelere göre genetik engelliliğin anne adayının yaşamını tehdit edeceği ya da gelecek nesiller için ağır maluliyete sebep olabileceği hallerin varlığı durumunda gebeliğin sonlandırılması için bir üst zaman sınırı bulunmamaktadır. Gebeliğin *“annenin hayatını tehdit ettiği”* durumlar, sadece fiziksel olarak anlaşılmalıdır; annenin psikolojik durumu da bu ifade içerisinde değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle genetik engelli bir çocuk sahibi olmak, anne adayının psikolojisinin tıbbi endikasyon sebebi sayılacak derecede ağır etkilenmesine yol açıyorsa ancak o zaman rahim tahliyesi hukuken gerekçelendirilerek haklı bir yasal zemine kavuş-

⁷² “Her zamanlı fesih hakkının”, vekalet sözleşmesinin emredici nitelikte bir yapısal unsur olduğu hakkında bkz. Gümüş (n. 30) 434 - 436.

⁷³ Prenatal tanıya ilişkin testlerle her zaman %100 kesinlikle saptanamasa da amniyosentezde sonucun kesinliği %99’un üzerindedir. Bu testin yapılmış olması, başkaca bir genetik tanı testine ihtiyaç bırakmamaktadır. <<https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberi/hamilelikte-amniyosentez-karari>>.

muş olacaktır⁷⁴. Genetik engelli bebek sahibi olmanın anne adayına getireceği maddi ve manevi yük düşüncesinin onda ruhsal çöküntüye, majör depresyona sebep olması, onu intihara meyilli düşüncelere sevketmesi buna örnek gösterilebilir. Bu durum objektif verilerle ve hekim raporu ile belirlenmiş olmalı; sadece kişinin beyanları esas alınarak bir yargıya varılmamalıdır. Aksi yönde bir kabul, bir başka deyişle engelli bir bebeği dünyaya getirecek olmak, başkaca bir kriter aranmaksızın rahim tahliyesinde tıbbi endikasyon sebebi kabul edilirse engelli doğacak kişilerin yaşam hakkının bulunmadığı yönünde bir yaklaşımın benimsenmesine yol açacaktır. Nitekim NPK m. 5/II hükmündeki “ya da” ifadesi, engelliliğin “doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller bakımından ağır maluliyete neden olacağı” hallerin annenin sağlık durumu gibi başkaca bir veri ile desteklenmeksizin rahim tahliyesinin gerçekleştirilebileceği yönündedir. Oysa söz konusu düzenleme ile öjenik endikasyonun (*eugenische Indikation*) önü açılmakta; sağlıksız nesillerin dünyaya gelmesi önlenmek arzusu güdülmektedir. Bu ise temel hak ve özgürlüklerden yaşam hakkı ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden kanaatimizce rahim tahliyesinde tek başına bir kriter olarak kabul görmemelidir⁷⁵. Böylece prenatal tanıya ilişkin çekinceler etik sebeplerle beraber haklı olarak öjeniyeye (*eugenische Indikation*) neden olabileceği yönünde de bazı tereddütleri beraberinde getirmektedir⁷⁶. Gebeye rahim tahliyesine ilişkin aydınlatma yapılırken bu hususların da dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

Fetüsteki genetik engele ilişkin bir diğer olasılık, genetik engel tespit edilmiş olmakla beraber, anne karnında ya da doğum sonrası çeşitli ameliyatlara giderilebilecek ya da büyük oranda tedavisi sağlanabilecek ise anne adayı, yine bu yönde bilgilendirilmiş olmalıdır. Fetüste parmak sayısının fazlalığı, bağırsak yapısındaki anomaliler, bazı kalp rahatsızlıkları gibi genetik sorunların cerrahi müdahalelerle tedavisi sağlanabilmektedir. Prenatal dönemde tedavi imkânı bulunan anomalileri hekimin fark etmemesi, onun ayrıca engelli çocuğa karşı

⁷⁴ Hasan Çataklı, *Das deutsche und türkische Recht zum Schwangerschaftsabbruch* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017) 26 ve 29 - 30. Endikasyon kavramı hakkında öz bilgi için bkz. Hakan Hakeri, ‘Tıp Hukukunun Temel Kavramları’ (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 65, 76 - 77; ayrıca bkz. Hakeri (n. 12) 593 vd.

⁷⁵ Aynı yönde görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çataklı (n. 74) 39 - 40.

⁷⁶ Ayrıca karşı. Emine Topçu ve Yasemin Yalım, ‘Preimplantasyon Genetik Tanının Öjeniyeye ve İnsanın Araçsallaştırılmasına Yol Açıp Açmayacağına Tıp Etiği Açısından Yamaç Aşağı Kayma Argümanı ile Değerlendirilmesi’ (2015) Vol. 2 No: 3 Türkiye Biyoetik Dergisi 187, 187 vd.

da sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır⁷⁷. Kanaatimizce bir anomalinin tedavi edilip edilemeyecek olması hekimin sorumluluğunun kapsamında dikkate alınması gereken bir kriter olmalıdır⁷⁸. Yoksa tıbbi bir endikasyon sebebi olarak tek başına rahim tahliyesinin gerekçesi değil⁷⁹.

Değinilmesi gereken bir başka mesele, prenatal tanı yöntemlerine karşı olan bir hekimin etik sebeplerle gebeliğin sonlandırılması ihtimalinin önüne geçmek için prenatal tanı testlerini gebeye önermekten kaçınma ya da ultrasonografide fetüste tespit ettiği bir anomaliyi gizleme, bu konuda bilgilendirmekten kaçınma hakkının bulunup bulunmadığıdır. Borçlar Hukukunda hâkim ilkelere irade serbestisi (irade özerkliği) üst başlığı altında yer alan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca taraflar, kural olarak hukukun çizdiği sınırlar içerisinde diledikleri sözleşmeyi diledikleri kimse ile yine diledikleri içerikle yapabilecekleri gibi bu serbesti, yine kural olarak sözleşme yapmaktan kaçınmayı da içermektedir⁸⁰. Öyleyse tedavi sözleşmesi de özel hukuk karakterli bir sözleşme olarak taraflarına aynı serbestiyi tanımaktadır. Ancak hekim, sözleşmeyi kurmak istemediğini icra ettiği meslek dolayısıyla karşı tarafa “hemen” bildirmelidir (BK m. 503). Hekim, daha en baştan sözleşme yapmaktan kaçınabilir. Aksi halde, hekim ve anne adayları arasında bir kere sözleşme kurulduktan sonra hekim, gebelik takibi sırasında fetüsteki anomaliyi fark etmiş de etik sebeplerle gebeyi bu konuda bilgilendirmemiş ya da buna ilişkin testler hakkında bilgilendirmeden daha en baştan imtina etmiş ise engelli doğumun gerçekleşmesi halinde sorumluluğu söz konusu olur⁸¹. Öyleyse hekim anne adayını fetüsün engellilik durumuna ilişkin açıkça bilgilendirmeli; ancak kendisi etik sebeplerle bunu doğru bulmuyorsa kendi görüşünü bu doğrultuda açıklamalıdır. Fetüsün

⁷⁷ Aynı doğrultuda bkz. Aydın Ünver (n. 2) 110 vd.; Ercan (n. 2) 118 - 119.

⁷⁸ Bu doğrultuda bkz. Aydın Ünver (n. 2) 110 vd.

⁷⁹ Bazı genetik anomaliler “yaşayla bağdaşan anomaliler” nitelendirilmesiyle rahim tahliyesi için yasal gerekçe olamayacağı yönünde değerlendirilmektedir. Bu fikre katılmakla birlikte yaşayla bağdaşsın/bağdaşmasın öjeni çekincesiyle tek başına rahim tahliyesine birer gerekçe sayılamayacakları görüşündeyiz. Meğerki annenin fiziki ya da ruhsal sağlık durumu gibi başkaca verilerle desteklensin. “Yaşayla bağdaşan anomaliler” ayrımı ve bu konudaki değerlendirmeler hakkında bkz. Şenocak (n. 2) 104.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (n. 12) 16, nr. 45 vd.

⁸¹ Hekimin kimlere karşı hangi kapsamda özel hukuk sorumluluğunun bulunduğu hakkında bkz. Büyükkay (n. 2) 111 vd. Ayrıca konu hakkında Türk ve Alman hukukunda karşılaştırmalı hukuka ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Ercan (n. 2) 110 vd. ebeveynin tazminat talepleri için bkz. 130 vd. Genetik engelli çocuğun, bu sebeple ebeveyninden tazminat talepleri bulunup bulunmayacağına ilişkin ayrıca bkz. Ercan (n. 2) 139 vd. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 2’deki açıklamalar.

engelliliği hususunda bilgi vermekten imtina hakkı bulunmamaktadır⁸². Anne adayı kendisine yapılan bilgilendirmeler doğrultusunda içerisinde bulunduğu durumu doğru değerlendirme imkanına sahip olmalı; kararı yine kendisi vermelidir. Hekim onun adına karar veremez. Sadece objektif tıbbi veriler doğrultusunda gerekli beyanlarda bulunabilir. Hekim açısından bu bir hak değil; yükümlülüktür. Fetüste bir anomali tespit edilmesi halinde hekim aydınlatma yükümlülüğünü, gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmaması yönünde karar verilmesi için gereken kapsamda yerine getirmelidir⁸³. Anne adaylarının (hastaların) çoğunlukla tıbbi eğitimlerinin bulunmadığı göz önünde tutulduğunda bilgilendirme, tıbbi bilgiye sahip olmayan birine anlatır içerikte yapılmalıdır.

Anne adayı hekimin gereken kapsamda aydınlatmasına rağmen rıza göstermiyorsa olası riskleri yine “aydınlatılmış rızası” ile üstlenmelidir. Öyleyse gebelik takibi sırasında ya da özel olarak prenatal tanı için kendisine başvuran anne adayını, hekimin isabetli bir risk analizi yaparak gerekli testlere yönlendirmemesi, bu konuda ona bilgi vermemesi (ya da eksik bilgi vermesi) hukuki sorumluluğuna neden olacak bir tanı kusurudur. Hekim, anne adayını risk analizini doğru yaparak prenatal tanı testlerine yönlendirmiş olmakla beraber bu testlerin nasıl gerçekleştirileceği; ne tür komplikasyonlara neden olabileceği, testlerin öncesi ve sonrasında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarında yanlış ya da eksik bildirirse bu halde “süreç” ve “risk” aydınlatmalarının ihlali ile karşılaşılacaktır. Amniyosentez testleri örneği üzerinden gidilecek olursa hekim, rutin bir şekilde her gebeye bu testi yapmamalı; annenin yaşı, sağlık durumu, gebeliğin seyri gözetilerek doğru analizlerle testin yapılması gerekliliği kanısına varan hekimin, konu hakkına gereken bilgilendirmeleri testin yapılmaması ve yapılması olasılıklarıyla gebeye açıklanması gerekmektedir. Amniyosentezin yapılmaması halinde üstlenilecek riskler ile yapılacaksa amniyosentez süreci, nasıl bir işlem olduğu, fetüs için taşıdığı riskler (örn. plasenta zarının yırtılması riski, düşük riski, bölgesel kanama veya kızarıklıklar) ve işlem sonrasında gebenin istirahat süresi, amniyosentezin risklerinin aza indirilmesi için işlem sonrası kullanılması gereken ilaçlar hususunda anne adayını aydınlatılmış olmalıdır.

Gereken testlere başvurulduğu halde test sonuçlarına dayanarak teşhis yükümlülüğü “tıp biliminin mutad ve bilinen kurallarına riayet edilerek⁸⁴” değerlendirilmediğinden hekim tarafından engelin saptanamaması ya da fetüste

⁸² Büyükay (n. 2) 82; Şenocak (n. 2) 105.

⁸³ Şenocak (n. 2) 103 ve dn. 64.

⁸⁴ Tandoğan (n. 30) 416.

hiçbir engel bulunmadığı halde engelin varlığının belirtilmesi de hekimin tanı aydınlatmasını doğru gerçekleştiremediği hallerdendir⁸⁵. Dolayısıyla “tanı kusuru” niteliği taşıyacaktır⁸⁶. Ancak tanı (teşhis) hatasında hekim, mesleğinin icrasını gereğince, “zorunlu tüm zamanını ve dikkatini de harcayarak” anne adayını muayene edip uygun teşhisi koymuş ve tedavi imkanı varsa bunu önerip genel kabul gören ilkelerle bunu uygulamışsa tek başına teşhis hatası nedeniyle artık sorumlu tutulamayacağı kabul görmektedir⁸⁷.

D. Aydınlatmanın Şekli ve Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde İspat Meselesi

Aydınlatmanın ne şekilde yapılması gerektiğine dair hukukumuzda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kapsamlı cerrahi müdahaleler⁸⁸ ve organ ve doku nakli⁸⁹ ya da rahim tahliyesi⁹⁰ gibi tıbbi müdahalelere ilişkin yazılı şekli şartı ilgili düzenlemelerle özel olarak aranmaktadır. Öyleyse özel düzenlemelerin bulunmadığı hallerde hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve gerçekleştirilecek tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılmış rızasının alındığını yazılı kayıt altına alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun anlamı, hekimin dilerse aydınlatma yükümlülüğünü sadece sözlü olarak yerine getirebileceğidir⁹¹. Ancak

⁸⁵ Prenatal tanıda hekimin teşhis yükümlülüğünün ihlali hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Ünver (n. 2) 113.

⁸⁶ Şenocak (n. 2) 101.

⁸⁷ Tandoğan (n. 30) 419. Aynı yönde bkz. “... Az yukarıda açıklandığı üzere doktorun tıbbi çalışmalarını yürüten özen yükümlülüğü bağlamında her türlü önlemi almak zorunda olup, en ufak bir tereddüt halinde bu tereddüt ortadan kaldıracak araştırmalar yapmayı ve gelişen teknolojiyi kullanmayı, ayrıca hastanın özel durumu da gözetilmelidir. Gerektiğinde riskleri açıklanmalı ve bu konularda da aydınlatma görevini de yerine getirmelidir. Davalı doktor mesleğinin tüm kurallarına uymayı ve yerine getirmesini beklemekte haklı olan hastaya karşı en ufak kusurundan ... sorumludur. Üzerine düşen tüm edimleri yerine getirmesine ve gerekli ihtimamı göstermesine karşın sonuçta teşhis ya da tedavi istenen başarıya ulaşmasa dahi sorumluluktan kurtulur.” Yargıtay 13 H.D. 29.05.2014 tarih ve E. 2013/15408 - K. 2014/16675 sayılı kararı. Bilgi için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-15408-k-2014-16675-t-29-05-2014/1672621/amniyosentez>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

⁸⁸ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70/1, 2. tümce “büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır”.

⁸⁹ Organ ve Doku Nakli Kanunu m. 6 “... vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”.

⁹⁰ Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlemesine İlişkin Tüzük m. 13. Ayrıca Nüfus Planlaması Kanunu m. 5/IV.

⁹¹ Hakeri (n. 12) 399 - 400; Yenerer Çakmut (n. 12) 18.

ispat meselesi bakımından, aydınlatmanın sözlü yapılmasının ardından bunun içeriğinin yazılı olarak da hastaya sunulup, onun aydınlatıldığına dair imzasının alınması elbette hekim lehinedir. Matbu olmayan, hastaya özgü ve hastanın el yazısıyla doldurabileceği boşlukların bulunduğu olduğu bir form ispat yükü altındaki hekim bakımından lehe sonuçlar doğurmaya elverişlidir⁹².

Aydınlatmanın şeklinde olduğu gibi ispatı meselesi ve ispat yükünün kimin üzerinde olduğuna dair de hukukumuzda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ispat yükünün hastasını aydınlatarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk sebebi olan aydınlatılmış rızayı alan hekimde olduğu; gerekli bilgi ve belgelerin onda olduğu gerekçesiyle bu kabulün normal olduğu ileri sürülmektedir⁹³. Yargıtayın yerleşik kararları da aydınlatma yükümlülüğüne dair ispat yükünün hekim ya da hastane üzerinde olduğu yönündedir⁹⁴. Ayrıca prenatal tanı yöntemlerine ilişkin hekimin aydınlatma yükümlülüğü meselesinde gebeliğin başlı başına riskli bir süreç olması dolayısıyla gebelik sırasında hekime çoğunlukla rutin kontroller ile olası risk durumları halinde alınabilecek tedbirler için başvurulduğu düşünüldüğünde gebe kadın ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi bulunacağı gözden kaçırılmamalıdır. Doktrinde hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu hallerde hekimin, aydınlatma yükümlüsü (bu an-

⁹² Hakeri (n. 12) 406.

⁹³ Hakeri (n. 12) 430.

⁹⁴ Yargıtay 13. H.D. 23.12.2013 tarih ve E. 2013/3720 - K. 2013/32218 sayılı karar uyarınca: “.. rıza ve muvafakatin ve aydınlatmanın ispatı konusunda ise genel hükümlere göre çözümlenmelidir. Davalı tarafın bu rıza ve aydınlatmayı kanıtlaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, aydınlatma konusunda pek çok düzenleme mevcut olup, muvafakatin alınıp, hastanın aydınlatıldığı konusunda da ispat külfeti hastane ya da hekimdedir. Büyük ameliyatlarda rızanın yazılı olması gerektiği halde, diğer müdahalelerde ispatı konusunun ise genel hükümlere göre belirlenmesi gerekir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-3720-k-2013-32218-t-23-12-2013-maddi-manevi-tazminat-tahsil-istemi/1428006/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. H.D. 10.03.2016 tarih ve E. 2015/30631 - K. 2016/7474 sayılı kararı: “... Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir”. Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2015-30631-k-2016-7474-t-10-03-2016/2450527/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

Yargıtay 13. H.D. 14.11.2013 tarih ve E. 2013/22821 - K. 2013/28228 sayılı karar özetinden: “Davalının, davacıyı enjeksiyonun sonuçlarını ve olası komplikasyonlarını anlattığına ve davalının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış rızanın alındığına dair bir araştırma yapılmamıştır. Aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğu gözetilerek bu hususta taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Karar için bkz. <<https://legalbank.net/belge/y-13-hd-e-2013-22821-k-2013-28228-t-14-11-2013-tedavi-giderleri-ile-igoremezlik-kaybindan-dogan-mad/1428713/>> Erişim Tarihi 30 Ocak 2024.

lamda tedavi sözleşmesinin borçlusunu) olduğuna dikkat edilirse BK m. 112'deki karine gereğince kusurlu kabul edildiği; aksini (kusursuzluğunu), buradaki anlamıyla aydınlatma yükümlülüğünü özen yükümlülüğü çerçevesinde gereğince yerine getirdiğinin ispat yükünün hekime ait olacağı çıkarımı yapılacaktır⁹⁵. Öyleyse gebe kadın ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi ve hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sözleşme ilişkisine dayanarak ileri sürülebileceği göz önünde tutulduğunda, sorumluluğun dayanağı olarak tedavi sözleşmesi ele alınmalıdır⁹⁶. Bu kapsamda sözleşmeden doğan sorumluluğunun unsurları, öncelikle gebe ve hekim arasında geçerli bir sözleşmenin varlığı, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, hekimin kusuru, zararın meydana gelmesi ve sözleşmenin (burada: aydınlatma yükümlülüğünün) ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁹⁷. Bu çalışmada söz konusu unsurlar sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında detaylı olarak değerlendirilmeyecektir⁹⁸. İspat meselesi bakımından konunun açıklanabilmesinde konu bütünlüğünün sağlanması için yer verilmiştir. Bu doğrultuda hekimin aydınlatma yükümlülüğünü hiç ya da gereğince yerine getirmemesi aynı zamanda özen yükümlülüğü ihlali dolayısıyla kusuruna işaret edecektir⁹⁹. Hekim ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu hasta tarafından ispatlandıktan sonra aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini hekim ispat edecektir. Sözleşmeler hukuku bakımından bu bilgi, BK m. 112 genel düzenlemesiyle desteklenecektir. Hüküm uyarınca *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

⁹⁵ Büyükay (n. 2) 93; Şenocak (n. 2) 135.

⁹⁶ Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği hakkında bkz. yukarıda dn. 24 ve dn. 27.

⁹⁷ Büyükay (n. 2) 49 vd. Prenatal tanıda hekimin sorumlu kılınması bakımından sözleşmeye aykırılığın unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak (n. 2) 91 vd. Sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel bilgi için bkz. Eren (n. 12) 1163, nr. 3222 vd.

⁹⁸ Hekimin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri için bkz. Zeytin (n. 30) 106 vd.

⁹⁹ Modern tıp hukukunda kusur prensibine ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Christian Katzenmeier, *Arzhaftung* (Mohr Siebeck 2002) 185 vd. Ayrıca bkz. Katzenmeier, 185 - 186: *“Kusur nedeniyle sorumluluk ilkesi bir yandan iradenin yanlış kullanılmasından doğan zararlar ve böylece kişisel sorumluluk fikri doğrultusunda dikkatsiz davrananların sorumluluğunu gerektirilmektedir... Öte yandan bir sorumluluk eşiğine işaret etmektedir. Kim en azından ihmalkâr davranırsa, o sorumlu tutulmalıdır. Bununla beraber bilgisi ve yeteneği kapsamında herhangi bir zararı öngör(e)meyen herkesin, meydana gelen zarar nedeniyle belki de öngörülemez bir sorumluluktan korkmaksızın hareket etmesine izin verilmelidir. Böylece kusur ilkesi, bireysel hareket özgürlüğü ve sorumluluk sevincinin güvence altına alınmasına hizmet etmektedir”* (Katzenmeier (n. 99) 185 - 186 ve dn. 245 ve 246'da adı geçen yazarlar).

Aydınlatma yükümlülüğünü gereğince (doğru içerikle ve gereken kapsamda) yerine getirdiğine dair hekim, özen yükümlülüğü kapsamında üzerine düşeni yaptığını ve bu anlamda bir kusurunun bulunmadığını ispat etmelidir. Buraya kadarki genel verilerle, inceleme konumuz özelinde prenatal tanı yöntemleri hakkında hekimin aydınlatma yükümlülüğü bakımından ispat yükünün kendisinde bulunduğu; aydınlatmayı gebe kadından rıza beyanını yazılı bir formda almaksızın da yerine getirebileceği; ancak aydınlatmanın gerçekleştirildiğine dair ispat meselesi bakımından zorluklarla karşılaşabileceği sonucu çıkarılacaktır.

İnceleme konumuzu oluşturan, hekimin prenatal tanı testlerine ilişkin aydınlatma yükümlülüğü özelinde ispat meselesi bakımından bir sonraki adımda illiyet bağının varlığı ispatlanmalıdır. İlliyet bağına ilişkin olarak ispatı gereken husus, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile ebeveynin genetik engelli bebek sahibi olmasından doğan ve savduğumuz görüş uyarınca dikkate alınması gereken fazlaya ilişkin zararı (*Mehraufwand*) arasındaki uygun illiyet bağının varlığıdır. İstenmeyen gebelik (*wrongful pregnancy*) davalarında genetik engelli çocuk sahibi ebeveyne ödenmesi gereken tazminat miktarı hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan hâkim görüş olan ilki uyarınca sadece engellilik nedeniyle fazladan üstlenilmesi gereken bakım, eğitim ve rehabilitasyon ya da tedavi masrafları tazminat olarak talep edilebilmelidir. “Fazladan” ifadesinden kasıt, sağlıklı bir bebek sahibi olmaya kıyasen fazladan üstlenilmesi gereken masraflardır¹⁰⁰. Diğer görüş uyarınca ebeveyn, aslında hiç sahip olmak istemeyeceği genetik engelli bebeğe, annenin gebeliği sonlandırma hakkı elinden alındığından onun nafaka, eğitim, tedavi gibi masraflarının “tamamını” talep edebilecektir¹⁰¹. Her iki görüş bakımından da “zarar” genetik engelli bir bebeğin varlığı değil; onun yaşamı için üstlenilmesi gereken masraflardır¹⁰². Aksinin kabulü, genetik engelli bebeğin varlığının zarar olarak nitelendirilmesi dolayısıyla anayasal eşitlik ilkesi ve insan onuruna aykırıdır¹⁰³.

İlliyet bağı meselesinde azınlıktaki bir görüş, istenmeyen yaşam (*wrongful life*) davalarında, engelli çocuğun doğmasında hekimin bir tesiri bulunmadığından, bir

¹⁰⁰ Görüş için bkz. Weber (n. 69) 44; Mannsdorfer (n. 3) 621. Görüşler hakkında ayrıca bkz. Büyükkay (n. 2) 131 vd.

¹⁰¹ Karşı görüşe ilişkin kritik değerlendirmeler ve mahkeme kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Weber (n.69) 44, 59 ff.

¹⁰² Mannsdorfer (n. 3) 621.

¹⁰³ Picker (n. 1) 27 ff.

başka deyişle engelin kaynağı döllenme olayının kendisi olduğundan, illiyet bağının eksikliğine dikkat çekmektedir¹⁰⁴. Karşı görüş burada hukuki sorumluluğa dayanak teşkil eden hipotetik illiyet bağının ispatını (*der Nachweis der hypothetischen Kausalität zur Haftungsbegründung*) yeterli görmektedir¹⁰⁵. İlliyet bağı bakımından genetik engelli bebek sahibi ebeveynin ileri sürümü “bu konuda aydınlatılmış olsaydık, gebeliğe son verecektik” iddiasıdır. “Gebeliğe son verecektik” beyanı, maddi tazminat talepleri bakımından bakım, eğitim, rehabilitasyon gibi masraflara ilişkin “zararımız doğmayacaktı” ileri sürümünü içermektedir. Manevi tazminat taleplerinin dayanağı ise aile planlaması haklarının elinden alınması olarak görülmelidir¹⁰⁶. Ancak bebeğin istenmesi ya da engel hakkında bilgi sahibi olunmasına rağmen gebeliğin sonlandırılması imkanının ihmal edilerek kaçırılması hallerinde tazminata dayanak oluşturacak bir hukuki gerekçe bulunmayacaktır¹⁰⁷.

Doktrinde, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı da gebe kadının yine de herhangi bir prenatal tanı testi yaptırmayacağını ve gebeliğe son vermeyeceğine dair ispat yükünün hekimde olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁸. Gehrlein da bu doğrultuda bilgilendirme ya da erken tanı testlerinin yanlış olduğu, bilgilendirme doğru yapılsaydı gebeliğe son verilecek olduğu iddiasının ebeveynine¹⁰⁹; buna karşılık doğru bilgilendirilseydi de annenin prenatal tanı testlerine ve bunun neticesinde gebeliğin sona erdirilmesi yoluna zaten başvurmayacağı iddiasının ispatının hekime yükletilmesi gerektiği görüşündedir¹¹⁰. Gecikmeden hekimin sorumlu olmaması halinde rahim tahliyesinin zamanında yapılabileceğini ispat yükü ise anneye aittir¹¹¹. Anneye (ebeveyne) yükletilen ispata ilişkin meselelerde katı davranılmaması, ispat kolaylıklarının göz önünde bulundurulması gerektiği kanısındayız. İlk görünüş ispatı (*Prima-facie-Beweis, Anscheinsbeweis*) Alman hukukuna atıfla hukukumuzda da dile getirilen ispat kolaylıklarından biridir¹¹². Yasada düzenlemekle beraber Alman mahkeme kararların-

¹⁰⁴ Mannsdorfer (n. 3) 625, dn. 87, 88’de adı geçen yazarlar.

¹⁰⁵ Görüş için bkz. Mannsdorfer (n. 3) 626 ve dn. 89’da adı geçen yazarlar.

¹⁰⁶ Şenocak (n. 2) 154.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. BGH Urteil vom 27.11.1984 - VI ZR 43/83 - NJW 1985, 671.

¹⁰⁸ Şenocak (n. 2) 125 vd. ve 129-130.

¹⁰⁹ BGH NJW 1987, 2923; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹⁰ BGH NJW 1997, 1638; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹¹ BGH NJW 1987, 2923; Gehrlein (n. 26) 70, nr. 59.

¹¹² İlk görünüş ispatı hakkında Alman hukukundaki bilgilerin öz aktarımı için Türk hukukunda bkz. Büyükay (n. 2) 95, s. 108 - 109; Şenocak (n. 2) 136 - 137. Ayrıca bkz. Ercan (n. 2) 107.

da geliştirilerek kabul görmüştür. İlk görünüş ispatı uyarınca ispat yükü yer değiştirmez. Sadece bir somut olayda, davacı, tipik bir yaşam olayını göstererek gerekirse bunu ispat etmek zorundadır. İspat kolaylıklarından bir diğeri hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde somut olaydaki zararın karine gereği “hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının bir sonucu olduğu” ve zarar ile illiyet bağının varlığının kabul görmesidir¹¹³.

Sonuç

Prenatal tanı testleri gebeliğin seyri ve fetüsün sağlık durumu hakkında bilgi edinilmesini sağlayan testlerdir. Bu testler hakkında gereken kapsamda ve doğru bilgilendirme, ancak alanında uzman hekimler tarafından yapılabilecektir. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, çalışmamızın odak noktasını oluşturan genetik engeli doğumlar bakımından iki tür davada ayrıca önem arz etmektedir. Bunlardan ilki ebeveynin engelli doğum nedeniyle maddi ve manevi tazminat talepleri (*wrongful birth*); ikincisi engelli çocuğun kendisinin bizzat maddi ve manevi tazminat talepleridir (*wrongful life*). Çalışmamızın esas konusu bu davaların içeriği ve taleplerin yasal dayanakları ile haklılığının incelenmesi olmayıp, bu davaları gündeme getiren ve adeta sürecin çıkış noktası olarak görülebilecek, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü özellikle fetüste genetik engelin varlığı halinde ihlal etmiş olmasıdır.

Başlı başına riskli bir süreç olan gebelikte çoğunlukla hekim ile gebe kadın arasında bu sürecin takibine ilişkin bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Dayanağını anayasal düzenlemelerde ve etik ilkelerde bulan hekimin aydınlatma yükümlülüğü, sözleşme ilişkisinin varlığı durumunda ayrıca sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşmenin, doktrinde ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı kabul edilmektedir (BK m. 502 vd.). Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olup, özen yükümlülüğünün derecesi vekalet sözleşmesi uyarınca objektif kıstaslara göre, bir başka deyişle aynı alanda uzman başkaca hekimler kıstas alınarak belirlenecektir. Mesleki bilgi yetersizliği, kişisel meseleler gibi sübjektif gerekçeler, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline yol açıyorsa sorumluluğun doğmasına engel oluşturmayacaktır. Hekimin çalıştığı hastanedeki tıbbi cihazların prenatal tanı

¹¹³ Alman Hukukunda ileri sürülen ve hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıkları ve ilk görünüş ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gehrlein (n. 26) 71 vd.; Katzenmeier (n. 99) 423 vd. İspat kolaylıklarının türleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch/Spickhoff (n. 16) 324 vd.

testleri ya da detaylı ultrason tetkikleri için yetersizliği, aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ya da daraltmaz. Ancak bu durumda hekim, gebe kadını testlerin yapılabileceği bir başka yere sevk etmelidir.

İnceleme konumuz açısından hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi gebenin, prenatal tanı yöntemleri hakkında hiç ya da gereğince bilgilendirilmesi nedeniyle bu yöntemlere başvurulması noktasında yanlış karara varması şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi gebe kadın doğru bilgilendirildiği halde hekimin, yapılan testlerden yanlış bir kaniya (taniya) varması halinde gebenin bu defa tanı hakkında yanlış bilgilendirilmesi şeklinde olabilecektir. Her iki halde de gebeliğin seyri hakkında doğru bilgi edinilemeyeceğinden (ancak dikkat etmek gerekir ki amniyosentez dışında ikili/üçlü tarama testleri gibi testler sadece risk olasılığı hakkında bilgi vermektedir) varsa fetüsün tedavi imkanları ya da yine yasal çerçevede gebeliğe son verilmesi imkanları kaçırılmış olabilecektir. Bu sürecin sağlıklı takibi, kararların doğru alınması adeta bir ön koşul niteliğindeki hekim tarafından doğru aydınlatılmış olmaya bağlıdır. Ancak bundan sonra gebe kadın dilerse en başta prenatal tanı testlerini tamamen reddedebilir; dilerse test yapıldıktan sonra sonuçlarına ve fetüsün duruma göre tedavi, her koşulda bebeğe sahip çıkma ya da yasal çerçevede gebeliğin sonlandırılması kararına varabilir. Bütün bu süreçte dikkat etmek gerekir ki gebe kadına (daha genel ifadesiyle hastaya) yapılan her türlü tıbbi müdahale, onun yararına dahi olsa kural olarak hukuka aykırı fiil niteliğindedir (BK m. 49 vd.). Müdahalede bulunan hekim ya da ilgili sağlık personelinin hukuki/cezai sorumluluğunu doğurur. Kuralın istinası gebe kadının söz konusu müdahaleye rızası ya da rızanın alınmasının mümkün olmadığı hallerde “daha üstün nitelikte özel yarar...”ın varlığı gibi sebeplerdir (BK m. 63/II). İnceleme konumuz açısından önem arz eden rızanın alınması da yine belirttiğimiz gibi gebe kadının doğru ve gereken kapsamda prenatal tanı testleri hakkında aydınlatılmış olmasına bağlıdır. Aydınlatma elbette, gebenin sosyal ve kültürel seviyesi, eğitimi dikkate alınarak, anlayacağı kelimelerle yapılmalıdır. Gebe kadının kendisi de hekimse ya da durumun aciliyeti söz konusu ise aydınlatmanın kapsamı daralmaktadır. Önemle dikkat çekmek gerekir ki aydınlatma sırasında hekim, gebenin kararını olumlu ya da olumsuz karara varılması yönünde tesir ederek yönlendiremez. Örneğin engelli bir bebek doğurmakla korkutarak prenatal tanı testlerini ya da bunlardan biri olan ve neredeyse %100’e yakın bir doğrulukla sonuç veren, fakat fetüs bakımından çeşitli riskleri barındıran amniyosentezi gebeye zorunlu tutamaz.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ihtilaf bulunması halinde aydınlatmanın doğru ve gereken kapsamda yapıldığına dair ispat yükü hekime aittir. Mahkeme kararlarında da yer verildiği üzere bunun gerekçesi sürecin hekimin

kontrolünde olduğu ve buna dair belge ve bilgilerin kendisinde bulunacağıdır. Prenatal tanı yöntemlerine ilişkin aydınlatmanın yapıldığı yazılı olarak kaleme alınmak zorunda değildir. Ancak aydınlatmanın sözlü olarak yapıldıktan sonra kayıt altına alınması ve bunda gebe kadının aydınlatıldığına, yapılacak müdahalelere rızası bulunduğu ya da bulunmadığına dair imzasının bulunması hekim açısından elverişlidir. Gebenin hiç ya da gereğince aydınlatılmadığını; fakat aydınlatılsa idi dahi zaten prenatal tanı testlerine başvurmayacağını ve gebeliği son erdirmeyeceğine dair ispat yükünün de hekimde olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın bilgilendirme ya da prenatal tanı testlerinin yanlış olduğu, bilgilendirme doğru yapılıyorsa gebeliğe son verilecek olduğu iddiası da anne (ebeveyn) tarafından ispatlanmalıdır. Anneye getirilen ispat yükünde ispat kolaylıklarından yararlanılmalıdır. İlk görünüş ispatı ve hekimin ağır kusurunun sabit olması halinde zarar ve illiyet bağının varlığının kabul görmesi, Alman hukukunda ileri sürülen, hukukumuzda da kabul gören ispat kolaylıklarındandır.

Kaynakça

- Aydın Ünver T, *Ceninin Hukuki Konumu* (XII Levha Yayınları 2011).
- Büyükcay Y, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu* (Vedat Kitapçılık 2006).
- Cramer S, *Genom- und Genanalyse: Rechtliche Implikation einer Prädiktiven Medizin* (Recht und Medizin Band: 24 Peter Lang Verlag 1991).
- Çataklı H, *Das deutsche und türkische Recht zum Schwangerschaftsabbruch* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Çavdar P, 'Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan) 735-764.
- Deutsch E, 'Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung' (1980) NJW 1305-1352.
- Deutsch E und Spickhof A, *Medizinrecht* (6. Aufl., Springer Verlag 2008).
- Dönmez Ü, *Ärztliche Aufklärungspflicht und Einwilligung des Patienten* (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Cilt II* (22. Bası, Filiz Kitabevi 2021).
- Ercan C, *Eine Rechtsvergleichende Untersuchung über deutsches und türkisches Recht zur Schadensersatzpflicht für eine angeborene Behinderung, wrongful life*, (Dönmez/Ercan/Çataklı, Beiträge zur türkisch-deutschen Rechtsvergleichung im Medizinrecht und bei Schwangerschaftsabbruch, Band 9 Verlag Alma Mater 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (28. Bası, Legem 2023).
- Faerber G, *Wrongful Life* (Wissenschaftliche Beiträge aus europäischen Hochschulen: Reihe 2, Rechtswissenschaften Band 1, Verlag an der Lottbek 1988).
- Gehrlin M, *Grundwissen Arzthaftungsrecht* (3. Aufl., C. H. Beck 2018).
- Goodfield J, *Wissenschaft und Medien, Fall: 4 Opfer einer Legende: Die Contergan Affäre* (Springer Basel AG 1983).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler - Kısa Ders Kitabı* (5. Bası, Filiz Kitabevi 2020).
- Günler Z, *İnsan Hakları Açısından Aydınlatılmış Onam* (Seçkin 2021).
- Hakeri H, *Tıp Hukuku Genel Hükümler, Cilt I* (25. Bası Seçkin 2022).
- Hakeri H, 'Tıp Hukukunun Temel Kavramları' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 65-95.
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (Beta 2001).
- Junker C, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Sachdensorsatz* (Duncker & Humblot 2002).

- Katzenmeier C, *Arzthftung* (Mohr Siebeck 2002).
- Mansdorfer T, 'Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, Grundzüge, wrongful life und Tendenzen' (2001) Band 137 ZBJV 605-663.
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler*, Cilt I (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2019).
- Ozanoğlu H S, 'Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü' (2003) 52 (3) AÜHFD 55-77.
- Picker E, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, wrongful life* (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995).
- Reinhart A, *Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy* (Peter Lang Verlag 1999).
- Schneider L, *Neue Behandlungsmethoden im Arzthftungsrecht - Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Versicherung* (Springer Verlag 2010).
- Schelling P, *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung* (Springer Verlag 2003).
- Şenocak Z, *İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat* (Turhan Kitabevi 2009).
- Tandoğan H, *Özel Borç İlişkileri*, Cilt II (4. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2008).
- Topçu E ve Yalım Y, 'Preimplantasyon Genetik Tanının Öjeniye ve İnsanın Araçsallaştırılmasına Yol Açıp Açmayacağına Tıp Etiği Açısından Yamaç Aşağı Kayma Argümanı ile Değerlendirilmesi' (2015) Vol. 2 No: 3 Türkiye Biyoetik Dergisi 187-201.
- Weber D, *Arzthftpflicht für Nachkommenchaftschäden?* (Springer Verlag, Tübingen 1988).
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (16. Bası, Beta Yayınları 2019).
- Yavuz İpekyüz F, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu' (2015) 20 (33) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-61.
- Yenerer Çakmut Ö, 'Tıpta Aydınlatma ve Rıza' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 1-31.
- Zeytin Z, 'Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu' (2007) Roche Sağlık Hukuku Günleri 96-117.

Yetkisiz Temsilci ile Hukuki İşlem Yapan Üçüncü Kişinin Korunmasına İlişkin TBK m. 41/II, 42/III ve 45 Hükümlerinin Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER^(**)

Öz

Yetkisi olmaksızın başkası adına ve hesabına hareket eden kişi yetkisiz temsilcidir. Yasa koyucu, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle bağlı olup olmama noktasında, temsil olunana onama yetkisi tanıyarak onu korumaktadır. TBK m. 46/I hükmünde, yetkisiz bir temsilcinin yaptığı işlemin, onay vermedikçe, temsil olunanı bağlamayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte kendisine bildirilen temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına güvenerek temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin korunması amacıyla da bu genel kuralın istisnaları düzenlenmiştir (TBK m. 41/II, 42/III, 44/II, 45). Koruma, somut olayın özelliğine göre, temsil olunanın, yetkisiz temsile rağmen işlemle bağlı tutulması ya da yetkisi sona eren temsilciye daha önce verilen temsil belgesinin geri alınması için gerekeni yapmayan temsil olunan veya haleflerinin, iyiniyetli üçüncü kişilerin bundan doğan olumsuz zararını gidermesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Yetkisiz temsile rağmen temsil olunanın işlemle bağlı tutulması, üçüncü kişinin tam korunması, olumsuz zararın giderimi ise kısmi korunması olarak ifade edilmektedir. Konumuz üçüncü kişinin güveninin tam korunduğu halleri kapsamaktadır (TBK m. 41/II, 42/III, 45). Üçüncü kişinin tam korunduğu hallerde yetki eksikliğine rağmen yapılan işlem hüküm ve sonuçlarını doğurmakta ve temsil olunanı bağlamaktadır. Bu doğrultuda, işleme yetkisiz temsil yerine doğrudan temsile ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Doğrudan Temsil, Yetkisiz Temsil, Üçüncü Kişi, Güven, Koruma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 08.06.2024.

Atıf Şekli: Duygu Koçak Diker, 'Yetkisiz Temsilci ile Hukuki İşlem Yapan Üçüncü Kişinin Korunmasına İlişkin TBK m. 41/II, 42/III ve 45 Hükümlerinin Değerlendirilmesi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 807, 860.

DOI: 10.52273/sduhfd..1473825.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye.

E-posta: duygu.kocak@kocaeli.edu.tr.

Orcid: https://orcid.org/0000-0001-6915-5236.

Evaluation of the Provisions of Articles 41/II, 42/III ve 45 of the TCO Concerning the Protection of Third Parties Conducting Legal Transactions with an Unauthorized Representative

Abstract

A person who acts on behalf of someone else without authority is an unauthorized agent. An action taken by an unauthorized representative will not be binding on the person represented unless approval is given (Art. 46/I of the TCO). The legislature protects the person represented by granting him or her the authority to approve whether he is bound by the transaction or not. However, exceptions to this general rule have been regulated to protect the third party who transacts with the representative by relying on the existence of the authority to represent (Art. 41/II, 42/III, 44/II, 45 of the TCO). Protection occurs in two ways. The first is that the transaction is considered valid despite unauthorized representation. The second is that the person represented or its successors who do not do what is necessary to take back the certificate of representation from the representative whose authority has expired are obliged to compensate the negative damages arising from this of bona fide third parties. Our subject covers cases where the trust of the third party is fully protected (Art. 41/II, 42/III, 45 of the TCO). In cases where the third party is fully protected, the transaction carried out despite the lack of authority has its provisions and consequences and binds the represented party. Therefore, direct representation, not provisions regarding unauthorized representation, finds application.

Keywords

Direct Representation, Unauthorized Representative, Third Party, Trust, Protection.

Extended Summary

The representation relationship between the represented and the representative is established by the representation authorization granted to the representative. In cases where the power of representation is based on the will of the authorized person, voluntary representation is in question. In voluntary representation, the representative's execution of a legal transaction on his or her own behalf and account of the represented person constitutes indirect representation, whereas his execution of a legal transaction on behalf and account of the represented person so that its judgements and consequences arise in the legal field of the represented person constitutes direct representation (Art. 40 of the TCO). Unauthorized representation is only possible in direct representation. Due to nature of indirect representation, it is not suitable for unauthorized representation. Since our subject is related to the situation of third parties who make transactions with an unauthorized representative, we will continue our explanations on direct representation. In direct representation, the person who makes a transaction with a third party, in other words, the person who makes a declaration of will for the transaction, is the representative, and the party to the transaction is the represented person. The legal transaction is established with the declaration of will of the representative, and the rights and obligations arising from the transaction belong to the represented person. Therefore, the person who makes a declaration of will for the transaction and the person who is a party to the transaction are different from each other. To be considered as direct representation, the representative must perform the legal transaction on behalf of the represented person and have the authority to represent (Art. 40/I of the TCO). In addition, the representative acting on behalf of the represented person, must inform the other party that he or she is the representative while performing the legal transaction. Even if the representative does not inform the other party, if the other party infer or should infer the existence of the representation relationship from the situation, or if it makes no difference whether the legal transaction is performed by the representative or the represented party, the consequences of the legal transaction shall belong to the represented party (Art. 40/II of the TCO). The fact that the transaction made through representation is binding for the represented, in other words, that it may give rise to direct representation, depends on the presence of the representative's authorization at the time the representative declares his/her will for the transaction. Therefore, the existence of the representative's authorization is a validity condition for the transaction (Art. 40/I of the TCO). The lack of authorization of the representative may be based on different reasons. The representative may not have been authorized or the authorization may be null and void. A valid representation authorization may be partially or wholly revoked, terminated, or the representative may exceed the limits of the authorization. In the case of unauthorized representation, the element of representation authority, which is required for the transaction to have consequences in the legal field of the represented party and to be valid, is missing. Therefore, the legal transaction made by the unauthorized representative, as a rule, does not change the legal status of the represented person and does not create a result in his or her field. The legislator has protected the represented person by authorizing him or her to approve the transaction in terms of whether he or she is bound or not. However, the

legislator, who foresees that the absolute acceptance of this rule may cause unjust results, has regulated exceptions to this general rule in order to protect the third party who enters into a transaction with the representative by relying on the existence of the representative's authority as a result of the representative's declaration of will and behavior (Art. 41/II, 42/III, 44/II, 45 of the TCO). Protection occurs in two ways. The first is that the transaction is considered valid despite unauthorized representation. The second is that the person represented or its successors who do not do what is necessary to take back the certificate of representation from the representative whose authority has expired are obliged to compensate the negative damages arising from this of bona fide third parties. Our subject covers cases where the trust of the third party is fully protected (Art. 41/II, 42/III, 45 of the TCO). In cases where the third party is fully protected, the transaction, despite the lack of authorization, gives rise to its provisions and consequences and binds the represented party. Therefore, the consequences of direct representation arise and the provisions on unauthorized representation are not applicable. However, there are debates in the legal doctrine regarding the cases where the provisions regarding the protection of the third party may be applied and their characteristics. In our study, the general rules regarding these issues will be set forth and our opinions on the controversial points will be given.

Giriş

Temsil olunan ile temsilci arasındaki temsil ilişkisi, temsilciye verilen yetki ile kurulur. Temsil yetkisinin yetkiyi verenin iradesine dayandığı hallerde iradi temsil söz konusu olmaktadır. İradi temsilde, temsilcinin hukuki işlemi, kendi adına ve temsil olunan hesabına yapması dolaylı temsile; hüküm ve sonuçları temsil olunanın hukuk sahasında doğmak üzere onun adına ve hesabına yapması ise doğrudan temsile vücut vermektedir (TBK m. 40). Yetkisiz temsil, sadece doğrudan temsilde söz konusu olmaktadır. Dolaylı temsil niteliği gereği yetkisiz temsile elverişli değildir. Konumuz yetkisiz temsilci ile işlem yapan üçüncü kişilerin durumuna ilişkin olduğundan açıklamalarımıza doğrudan temsil üzerinden devam edilecektir. Doğrudan temsilde, üçüncü kişi ile işlem yapan eş deyişle işlem için irade beyanında bulunan kişi temsilci, işlemin tarafı ise temsil olunandır. Hukuki işlem, temsilcinin irade beyanı ile kurulmakta, işlemde doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olmaktadır. Dolayısıyla işlem için irade beyanında bulunan ile işlemin tarafı olan kişi birbirinden farklıdır. Doğrudan temsilin söz konusu olabilmesi için temsilci, hukuki işlemi, temsil olunan adına yapmalı ve temsil yetkisine sahip olmalıdır (TBK m. 40/I). Ayrıca, temsil olunan adına hareket eden temsilcinin, hukuki işlemi yaparken temsilci olduğunu karşı tarafa bildirmesi gerekir. Temsilci bu sıfatını bildirmemesine rağmen karşı taraf temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise hukuki işlemin sonuçları yine temsil olunana ait olur (TBK m. 40/II).

Temsilcinin iradesini beyan ettiği sırada yetkisi bulunmuyorsa, yetkisiz temsil söz konusu olur. Yetkisiz temsilde, işlemin temsil olunanın hukuk sahasında sonuç doğurması için aranan temsil yetkisi unsuru eksiktir. Bu nedenle hukuki işlem kural olarak temsil olunanın hukuki durumunu değiştirmemekte, onun alanında bir sonuç yaratmamaktadır. Yasa koyucu, temsil olunana işlemi onama yetkisi tanıyarak işlemin hukuki sonucunu onun iradesine bırakmaktadır (TBK m. 46/I). Ancak bu kuralın mutlak şekilde kabul edilmesinin adaletsiz sonuçlara neden olabileceğinden hareketle, temsil olunanın irade beyanı ve davranışları sonucu temsil yetkisinin varlığına güvenerek temsilci ile işlem yapan üçüncü kişilerin korunması amacıyla bu genel kuralın istisnaları düzenlenmiştir (TBK m. 41/II, 42/III, 44/II, 45). Üçüncü kişinin korunması, somut olayın özelliğine göre, temsil olunanın iradesine uygun olmayan bir işlemle bağlı tutulması veya yetkisi sona eren temsilciye daha önce verilen temsil belgesinin geri alınması için gerekeni yapmayan temsil olunan veya haleflerinin bundan doğan olumsuz zararı gidermesi ile sağlanmaktadır. Yetkisiz temsile rağmen temsil

olunanın işlemle bağlı tutulması, üçüncü kişinin tam korunması, olumsuz zararın giderimi ise kısmi korunması olarak ifade edilmektedir. Konumuz üçüncü kişinin güveninin tam korunmasını kapsamaktadır (TBK m. 41/II, 42/III, 45). Üçüncü kişinin tam korunduğu hallerde yetkinin bulunmamasına rağmen yapılan işlem geçerli kabul edilmekte ve temsil olunanı bağlamaktadır. Dolayısıyla doğrudan temsile ilişkin sonuçlar doğmakta ve yetkisiz temsil söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte üçüncü kişinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanları ve şartları konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmamızda söz konusu meselelerle ilgili genel kurallar ortaya konularak, tartışmalı noktalara ilişkin görüşlerimize yer verilecektir.

I. Yetkisiz Temsil

A. Genel Olarak

Yetkisiz temsil, yetkisi olmayan bir kişinin (*falsus procurator*), temsil olunan adına hukuki işlem yapmasıdır¹ (TBK m. 42/I-III, 43/I, 44/I, 45/I, 46/I). Yasa ko-

¹ Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009) 449; Roger Zäch ve Adrian Künzler, *Obligationenrecht, Stellvertretung, Art.32-40 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (2. Aufl., Stampfli 2014) Art.38, N.1; Ahmet Kut ve Christoph Bauer, 'Art.1-40g OR' in Yeşim Atamer, ve Andreas Furrer (eds), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art.1-183 OR* (4. Aufl., Schultess 2023) Art.38, N.1-2; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht* (9. Aufl., Schultess 2008) §14, N.1373; Turhan, Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müsnenit Temsil* (Ajans Türk 1961) 198; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) N.717; M. Murat İnceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil Borçlar Kanunu Tasarısı, Şartları ve Kapsamı, Ticari Müessesiler, Yetkisiz Temsil* (On İki Levha 2009) 355; Mehmet Erdem Aybay, *İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları* (2. B., Filiz 2023) 67, 70; Ayfer Kutlu Sungurbey, *Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa In Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar* (Yasa 1988) 10; Bülent Karasu, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (On İki Levha 2018) 332; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı B., Filiz 2017) § 49, N.1; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. B., Yetkin 2021) N.1406; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 19. B., Vedat 2021) N.761; Selahattin Sulhi Tekinay, Servet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. B., Filiz 1993) 199; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Adalet 2021) 412; Fatma Zeynep Altınar, 'Yetkisiz Temsil' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2009) 2; Handan Oruç Ömeroğlu, 'Yetkisiz Temsil' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2018) 45, 80; Meltem Bulut, 'Yetkisiz Temsil' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi 2023) 4; Mehtap Ayrancı, 'Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması' (Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2023) 54, 75; Jean-Philippe Klein, *Stellvertretung, Art.32 - 40 OR, Zürcher Kommentar* (3. Aufl., Schultess 2020) Art.38, N.1; Rolf Watter ve Yves

yucu yetkisiz temsili, temsil olunanın işleme yönelik iradesini esas alarak sonuçları bakımından düzenlemiştir (TBK m. 46, 47). Doğrudan temsile özgü hükümler çerçevesinde yetkisiz temsil için üç şartın bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, temsilcinin temsil olunan adına hareket etmesi ve bunu karşı tarafa en geç işlemin yapıldığı anda açıklamasıdır² (TBK m. 40/II, c. 1). İşlem yapılırken, temsilci sıfatı ile temsil olunan adına hareket edildiğinin karşı tarafa beyan edilmesi, açıklama ilkesi olarak adlandırılmaktadır³. Bu ilke, doğrudan temsil için kurucu niteliktedir, kural olarak açıklama yoksa temsil olunan işlemin tarafı haline gelmez⁴. Ancak, karşı taraf temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunan biri ile yapması farksız ise temsilci açıklama yapmamış olsa bile hukuki işlemin sonuçları temsil olunana ait olur⁵ (TBK m. 40/II).

Schneller, 'Art.32-40 OR', in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegang (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art 1-529 OR* (4. Aufl., Basel 2007) Art.38, N.2. Temsilcinin yaptığı işlemin kendisine verilen yetkinin kapsamı ile örtüşmesi halinde yetkili aksi halde yetkisiz temsil söz konusu olduğu yönünde bkz. Murat Aydoğdu, Serdar Nart ve Oğuzhan Meral, *Türk Borçlar Kanunu Temsil Şerhi (TBK m. 40-48)* (Adalet 2023) 22.

² Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.4; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.2; İnceoğlu (n 1) 50, 52; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1), N.664-665; Gümüş (n 1) 383; Defne Deniz, *Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Temsil İlişisine Yansımaları* (On İki Levha 2021) 34-35; Eren (n 1) N.1408; Aybay (n 1) 70; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1328. Açıklamanın işlem yapıldıktan sonra da yapılabileceği yönünde bkz. Akyol (n 1) 188-189. Güven teorisine göre üçüncü kişinin, temsilcinin davranışlarından kendi adına değil de temsil olunanın adına hareket ettiğini çıkarmasının haklı kabul edilebileceği durumlarda, bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır. Konu hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 47, N.6; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.668; İnceoğlu (n 1) 48; Zäch ve Künzler (n 1) Art.32, N.40, 47; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 37; Karasu (n 1) 75.

³ İnceoğlu (n 1) 51; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.664; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 36; Gümüş (n 1) 383-384; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 47, N.3; Akyol (n 1) 183; Deniz (n 2) 34; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 185. Kural olarak temsilcinin başkası adına hareket ettiğini ve ilgili kişinin kimliğini açıklaması gerekir. Doktrinde ilgili kişi adına işlem yapılmasının ve kimliğinin sonradan açıklanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu duruma ilgili için açık işlem denilmektedir. Konu hakkında bkz. Gümüş (n 1) 385; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 47, N.11; İnceoğlu (n 1) 56. İlgili için açık işlemde, adına işlem yapılmasına rağmen kimliği açıklanmayan kişi gerçekte var olmalıdır. Konu hakkında bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 39-40; Zäch ve Künzler (n 1) Art 32, N.28; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1332.

⁴ Zäch ve Künzler (n 1) Art 32, N.54; Kut ve Bauer (n 1) Art.32, N.24; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 39.

⁵ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.671-672; Kut ve Bauer (n 1) Art.32, N.28; Watter ve Schneller (n 1) Art.32, N.20; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1333. Hukuki işlemin temsilci veya temsil olunan biri ile yapılmasının farksız olduğu haller, ilgili için örtülü işlem olarak ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz. Gümüş (n 1) 384-385; İnceoğlu (n 1) 67; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 47, N.18; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 40; Deniz (n 2) 35; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 40.

Türk Borçlar Kanunu m. 40/1'de, temsilcinin, temsil olunan adına ve hesabına hareket etmesi ifadesine yer verilmişse de doktrinde bir görüş, başkası adına hareket etmenin, onun hesabına hareket etmeyi de kapsadığını kabul etmektedir. Kaldığımız bu görüş, temsilcinin, temsil olunan adına hareket ettiğini açıklamasının yeterli olduğunu, bir kimsenin adına hareket etmenin onun hesabına hareket etmeyi de kapsadığını, dolayısıyla doğrudan temsil için temsilcinin ayrıca temsil olunanın hesabına davrandığını açıklamasının zorunlu olmadığını savunmaktadır⁶.

Yetkisiz temsilin ikinci şartı, temsilcinin, üçüncü kişi ile bir hukuki işlem yapmasıdır⁷. Yetkisiz temsilin son şartı ise temsilcinin yetkisinin bulunmamasıdır⁸. Esasen yetkisiz temsili, yetkiye dayanan temsilden ayıran bu son şarttır. Temsilcinin yetkili olup olmadığı, işlemin yapıldığı an esas alınarak belirlenir⁹. İşlem anında yetkili olan temsilcinin yetkisinin sonradan sınırlanması, geri alınması veya kendiliğinden sona ermesi yetkisiz temsile neden olmaz. Temsil yetkisinin bulunmaması, temsil yetkisinin hiç verilmemiş olması veya sona ermesi ya da sınırlarının aşılması halinde söz konusu olur¹⁰. Temsilciye temsil yetkisinin verilmediği veya temsil yetkisi verme beyanının hüküm ifade etmediği durumlarda, temsil yetkisi hiçbir zaman mevcut olmayacaktır¹¹ (TBK m. 27, MK m. 15). Temsil yetkisinin sona ermesi ise kendiliğinden veya iradi olarak gerçekleşebilir¹². Belirli süreli temsil yetkisinde sürenin dolması, bozucu şarta bağlı temsil yetkisinde şartın gerçekleşmesi, temsilin konusunu oluşturan işlemin tamamlanması, temsilcinin veya temsil olunanın ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi ve iflası, tüzel kişiliğin sona ermesi yetkinin kendili-

⁶ İnceoğlu (n 1) 49 vd.; Deniz (n 2) 34; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 47, N.4. Aksi yönde bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 167, dn.1.

⁷ Yetkisiz temsilin uygulama alanına ilişkin yaptığımız açıklamalar için bkz. I.B.

⁸ İnceoğlu (n 1) 355; Eren (n 1) N.1408; Aybay (n 1) 68; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.1.

⁹ Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.5; Gümüş (n 1) 412; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 123; Aybay (n 1) 70; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.4. Temsilcinin irade beyanında bulunduğu anda temsil yetkisine sahip olmasının yeterli sayılması gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 357, dn.13.

¹⁰ Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.5-13; Bulut (n 1) 8; Watter ve Schneller (n 1) Art.38, N.2; Aybay 70-76; Eren (n 1) 1407; İnceoğlu (n 1) 355-356; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1374; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.1; Kutlu Sungurbey (n 1) 11; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 199; Oğuzman ve Öz (n 1) N.761; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 122; Klein (n 1) Art.38, N.15.

¹¹ İnceoğlu (n 1) 355; Bulut (n 1) 9, 72; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 122-123; Aybay (n 1) 71; Akyol (n 1) 450 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.1; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.1, 5-9.

¹² Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.1; Oğuzman ve Öz (n 1) 740 vd.; Aybay (n 1) 56. Temsil yetkisinin sona ermesinin, temsil yetkisinin iptalini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Gümüş (n 1) 408, dn.412; Aybay (n 1) 181.

ğinden sona ermesine örnektir¹³ (TBK m. 43/I-II). Yetkinin kısmen veya tamamen geri alması ise iradi sona erme sebebidir (TBK m. 42/I). Temsil yetkisinin kısmen geri alınması, sınırlanması anlamında olup bu durumda yetki geri alındığı oranda sona erer. Doktrinde bir görüş, temsilcinin istifasını da bir iradi sona erme nedeni olarak değerlendirmektedir¹⁴. Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, temsil yetkisinin kötüye kullanıldığı haller de yetkisiz temsil kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵. Ancak bu durumda, temsilci yetkili olup dürüstlük kuralından kaynaklanan temsil olunanın menfaatine uygun davranma yükümlülüğüne aykırı davranmaktadır.

B. Uygulama Alanı

Yetkisiz temsil doğrudan temsile özgü bir kavramdır¹⁶. Dolaylı temsilde temsilci kendi adına, temsil olunan hesabına hareket ettiği için işlemin tarafı zaten kendisidir. Dolaylı temsilin bu özelliği, yetkisiz temsile elverişli olmadığını göstermektedir¹⁷. TBK ve kaynak OR (*Das Schweizerische Obligationenrecht*), doğrudan temsili, borç ilişkilerine özgü genel hükümlerin sözleşmeden doğan borç ilişkileri ayırımında düzenlemiştir. Doğrudan temsili düzenleyen kaynak OR Art. 32/I, 38 ve 39 hükümlerinde, sözleşme kavramına yer verilmişse de TBK m. 40/I'de yerinde bir tercihle, hukuki işlem ifadesi kullanılmıştır. Doğrudan temsilin hukuki işlemler üzerinden yapılandırılmasına rağmen sözleşmeden doğan borç ilişkileri ayırımında yer alması, esasen iki taraflı hukuki işlemler gözetilerek düzenlendiğini göstermektedir. Ancak sadece iki taraflı hukuki işlemlerde değil tek taraflı hukuki işlemlerde, borçlandırıcı işlemlerde ve tasarruf işlemlerinde de

¹³ Bu sebeplerin bir kısmı yasada özel olarak öngörülmüştür. Diğer kısmı ise genel hükümlere dayalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.1 vd.; Aybay (n 1) 70 vd.; Oğuzman ve Öz (n 1) 742; Gümüş (n 1) 397; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.34-35, N.1-16; İnceoğlu (n 1) 264 vd.; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.4.

¹⁴ Aybay (n 1) 56; Altiner (n 1) 48; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.34-35, N.4; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1368; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.3. Aksi yönde bkz. İnceoğlu (n 1) 268-269; Oğuzman ve Öz (n 1) 741; Gümüş (n 1) 396.

¹⁵ Temsil yetkisinin kötüye kullanılması, hileli anlaşma ve diğer haller ayırımıyla incelenmektedir. Konu hakkında bkz. Aybay (n 1) 62 vd.; İnceoğlu (n 1) 332 vd.; Zäch ve Künzler (n 1) Art 38, N.18 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.1, § 50, N.1 vd.; Ayrancı (n 1) 125, 134-138; Bulut (n 1) 132 vd.; Gümüş (n 1) 400-402.

¹⁶ Kut ve Bauer, Art.38, N.2; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.1, 30; Eren (n 1) N.1406; Kutlu Sungurbey (n 1) 9; Aybay (n 1) 68; Gümüş (n 1) 412; Oruç Ömeroğlu (n 1) 80; Bulut (n 1) 58; Ayrancı (n 1) 79; Klein (n 1) Art.38, N.13.

¹⁷ İnceoğlu (n 1) 355; Kut ve Bauer, Art.38, N.2; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.1, 30; Altiner (n 1) 2; Bulut, (n 1) 58; Kutlu Sungurbey (n 1) 10.

temsil mümkündür¹⁸. Temsilin hukuki işlemler dışında hukuki işlem benzeri fiillerde de kıyasen uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁹ (MK m. 5). Bir irade açıklamasını değil de iradi bir davranışın dış dünyada yarattığı değişikliği anlatan maddi fiillerde ise doğal olarak temsil söz konusu olmayacaktır²⁰.

Temsil yolu ile yapılmak istenen hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiillerin temsile elverişli olması zorunludur²¹. Yasanın hukuki işlemi yapan kişinin bizzat irade beyanında bulunmasını zorunlu kıldığı durumlarda, işlemin temsil yolu ile gerçekleştirilmesi mümkün değildir²². Bu nedenle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması niteliği taşıyan nişanlanma, evlenme, evlat edinme, tanıma, vasiyetname düzenleme, mirastan yoksunlukta af olarak örnekleyebileceğimiz durumlarda temsil söz konusu olmaz²³. Temsile elverişli olmayan bir hukuki işlemin temsil yolu ile yapılmak istenmesi halinde, temsil yetkisi verme beyanı kesin hükümsüz olacağı için irade beyanı hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır (TBK m. 27). Bu nedenle yetkisiz temsile özgü hükümlerin uygulanması söz konusu olmayacaktır²⁴. Aynı sonuç konusu imkânsız, kanunun emredici hükümlerine, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı bir işlemin temsil yolu ile yapılmak istenmesinde de söz konusudur. Bu hallerde de verilen temsil yetkisi kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Temsil yetkisi verilmesinin, anılan sebeplerle kesin hükümsüz olması halinde, buna dayanarak yapılan hukuki işlem de kesin hükümsüzdür. Temsil olu-

¹⁸ Aybay (n 1) 4 vd., 69; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4; İnceoğlu (n 1) 9; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.101 vd.; Eren (n 1) N.1319; Gümüş (n 1) 377; Oğuzman ve Öz (n 1) N.674.

¹⁹ İnceoğlu (n 1) 10; Aybay (n 1) 4; Gümüş (n 1) 377; Eren (n 1) N.1319; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.651; Oğuzman ve Öz (n 1) N.673; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4; Kutlu Sungurbey (n 1) 1; Klein (n 1) Allgemeine Einleitung zu den Art.32-40, N.47; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. zu Art.32-40, N.112; Watter ve Schneller (n 1) Art.32, N.4.

²⁰ Aybay (n 1) 5-6; İnceoğlu (n 1) 10-11, 156; Watter ve Schneller (n 1) Art.32, N.6; Oğuzman ve Öz (n 1) N.663, dn.731; Eren (n 1) N.1320; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. zu Art.32-40, N.114; Akyol (n 1) 202; Gümüş (n 1) 377; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4.

²¹ Oğuzman ve Öz, (n 1) N.674; Watter ve Schneller (n 1) Art.32, N.3; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.76, 80; İnceoğlu (n 1) 10-11, 155; Aybay (n 1) 5.

²² Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4; Kut ve Bauer (n 1) Art.32, N.32; Oğuzman ve Öz, (n 1) N.674; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.76, 78, 80; İnceoğlu (n 1) 10-11, 155; Eren (n 1) N.1321; Aybay (n 1) 5; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 30; Bulut (n 1) 44.

²³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 45, N.4; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.663; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 169; Oğuzman ve Öz, (n 1) N.674; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.76, 80; İnceoğlu (n 1) 10-11, 155; Aybay (n 1) 5; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 30; Gümüş (n 1) 377.

²⁴ İnceoğlu (n 1) 155; Bulut (n 1) 42, 44.

nanın böyle bir işleme onay vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu hallerde yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır²⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 40 vd. düzenlenen doğrudan temsil, iradi temsil yetkisine dayanmaktadır. Yetkinin iradeye değil de yasaya dayandığı durumlarda, yasal temsil söz konusu olur (örneğin TMK m. 342/I, 403/I, 640/III). Her ne kadar yetkinin kaynağı, amacı ve işleyişi bakımından her iki temsil türü arasında farklılıklar bulunmakta ise de yasal temsilde yetkisizliğe ilişkin düzenleme bulunmayan hallerde ve işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yetkisiz temsile ilişkin hükümler, yasal temsilde de kıyasen uygulanabilecektir²⁶ (MK m. 5).

Türk Borçlar Kanunu, ticari hayatta üçüncü kişilerin güveninin korunması amacıyla "*Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları*" başlığı altında, bu kişilerin temsil yetkisinin kapsamına ve sınırlanmasına ilişkin özel düzenlemeler içermektedir (TBK m. 547-554). Genel hükümler kapsamındaki temsilde, temsilcinin yetkisinin kapsamı ve sınırlanması temsil olunan iradesine dayanmakta iken özel hükümlerle düzenlenen tacir yardımcıları açısından bu kural geçerli değildir. Başka ifadeyle bu kişilerin temsil yetkilerinin kapsamı ve sınırları yasa ile belirlenmektedir²⁷ (TBK m. 48, 548 vd.). Anılan düzenlemeler, temsile ilişkin genel hükümlere göre özel nitelikte olmaları itibarıyla öncelikli uygulama alanı bulur. Nitekim TBK m. 48 uyarınca, ortaklık temsilcileri ile organlarının ve ticari vekillerin yetkisine ilişkin hükümler saklı tutulmaktadır. Saklı tutulan özel hükümler arasında yer almayan yetkisiz temsil ve sonuçları ise tacir yardımcılarının yaptıkları işlemlere doğrudan ve tamamlayıcı olarak uygulanacaktır²⁸. Medeni Hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıfların organlarını oluşturan kişilerin yetkileri sona erdikten sonra ve kamu tüzel kişilerinin organlarını oluşturan kişilerin yetki belgelerinin yasada aranan şartları taşımaması halinde de yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulmaktadır²⁹.

²⁵ Konu hakkında bkz. Bulut (n 1) 73-74; Ayrancı (n 1) 85; İnceoğlu (n 1) 128-129, 133. Temsil yetkisi vermenin muvazaalı olduğu hallerde, üçüncü kişinin korunması bakımından yaptığımız açıklamalar için bkz. II.B.2.b.

²⁶ Aybay (n 1) 21-22; 68; Karasu (n 1) 51; Bulut (n 1) 60; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.44; Akyol (n 1) 460; Oruç Ömeroğlu (n 1) 82; İnceoğlu (n 1) 11, dn.20.

²⁷ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 24, 53; İnceoğlu (n 1) 171; Karasu (n 1) 251; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.28.

²⁸ İnceoğlu (n 1) 11; Ayrancı (n 1) 11; Aybay (n 1) 68; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Art.32-40, N.29. Temsile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.660.

²⁹ Akyol (n 1) 460-461; Oruç Ömeroğlu (n 1) 83. Temsile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.656.

II. Yetkisiz Temsilci ile Hukuki İşlem Yapan Üçüncü Kişinin Korunması

A. Genel Olarak

Temsil yolu ile yapılan bir hukuki işlemin temsil olunan için bağlayıcı olması, temsilcinin yetkisinin bulunmasına bağlıdır. Yetkisiz temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına yaptığı hukuki işlem kurulmuşsa da işlemin geçerli olup olmayacağı, temsil olunan tarafından onanıp veya onanmayacağı kesinleştiği ana kadar belirsizdir³⁰ (TBK m. 46). İşlemin geçerli olup olmayacağı belli olmadığı dönemde hukuki işlemin durumu, askıda hükümsüzlük olarak ifade edilmektedir³¹. İşlemin askıda olduğu süre boyunca temsil olunanın ve üçüncü kişinin hukuki işlemde kaynaklanan talepleri ileri sürmeleri ve alacaklı veya borçlu sıfatı kazanmaları söz konusu değildir³². Bu sırada temsil olunanın sözleşme ile bağlı olmamasına rağmen işlemin karşı tarafı bağlıdır³³ (TBK m. 46/II). Askıda hükümsüzlük geçici bir süre devam etmekte, temsil olunanın onama beyanı ile işlem geçerli hale gelmektedir³⁴. Temsil olunanın onamama beyanını-

³⁰ Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1380; Klein (n 1) Art.38, N.59; Kutlu Sungurbey (n 1) 44; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 125; Aybay (n 1) 82; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.3; İnceoğlu (n 1) 361; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.33; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.3. Sözleşmenin eksik olduğu yönünde bkz. Eren (n 1) N.1410.

³¹ Aybay (n 1) 80; İnceoğlu (n 1) 358; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.715, 737; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.3; Eren (n 1) N.1410, 1419; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.33.

³² Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1380; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.3; İnceoğlu (n 1) 361; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.33; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.3; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 125. Temsilci de işlemi temsil olunan adına ve hesabına yaptığı için işlemin tarafı haline gelmez. Temsil olunanın işlemi onamaması halinde üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zararı gidermek zorunda kalır (TBK m. 47). Temsilcinin hukuki işlemin sonuçlarından şahsen sorumlu tutulduğu istisnai durumlar için bkz. İnceoğlu (n 1) 443 vd.; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.24; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 136; Eren (n 1) 1407.

³³ Klein (n 1) Art.38, N.59; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.736; Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1380; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.33; Watter ve Schneller (n 1) Art.38, N.4; Kutlu Sungurbey (n 1) 44; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.6; Akyol (n 1) 465-466; İnceoğlu (n 1) 361; Oruç Ömeroğlu (n 1) 210; Ayrancı (n 1) 147; Aybay (n 1) 81-82. Bu durumda sözleşmenin her iki taraf açısından da geçersiz olduğu, geçersizliğin kesin olmadığı, bu durum devam ettiği sürece üçüncü kişinin sözleşmeyle bağlı olduğu, temsil olunanın da onay verip vermemek bakımından işlemle bağlı olmadığı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.3.

³⁴ Aybay (n 1) 82. Yetkinin sınırlarının aşıldığı hallerde, tarafların edimlerinin bölünebilir olması şartıyla, temsilcinin yetkisi kapsamında kalan kısım için TBK m. 27/II (OR Art.20/II) hükmünün kıyasen uygulanması konusunda bkz. Kutlu Sungurbey (n 1) 38; Watter ve Schneller (n 1) Art.38, N.2; Zäch ve Künzler (n 1) Art.38, N.13; İnceoğlu (n 1) 370-371; Oruç Ömeroğlu (n 1) 101-102, 178, 246; Bulut (n 1) 147; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 124; Kut ve Bauer (n 1) Art.38, N.3; Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 15, N 1442; Kocayusufpaşaoğlu

da bulunması veya işlemi onayıp onamayacağını bildirilmesi için kendisine verilen süreyi susarak geçirmesi, işlemin kesin hükümsüz olmasına ve üçüncü kişinin de işlemle bağılıktan kurtulmasına neden olmaktadır. Her iki durumda da sonuçlar, işlemin kurulduğu andan itibaren geriye etkilidir³⁵.

Yetkisiz temsilcinin karşısındaki üçüncü kişinin iyiniyetli olması kurulan işlemin geçerli sayılması için yeterli değildir³⁶. Başka ifadeyle yetkisiz temsil karşısında üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz. Kural bu yönde olmakla birlikte, yasa da öngörülen istisnai hallerde, temsil olunan, iyiniyetli üçüncü kişilerde yarattığı güven nedeniyle yetkisiz temsilcinin yaptığı işlem ile bağılı kılınmaktadır³⁷. İşlem hayatının korunması için yaratılan bu istisnalar, üçüncü kişinin tam korunduğu durumlar olarak ifade edilmektedir³⁸ (TBK m. 41/II, 42/III ve 45/I). TBK m. 41/II uyarınca, kendisine bildirilen yetkinin, başlangıçta var olmadığını veya sınırlandığını bilmeyen veya gerekli özeni göstermiş olsa bile bilmesi beklene-meyen; TBK m. 42/III uyarınca, yetkinin sonradan kısmen veya tamamen geri alınmasına rağmen yeni durum kendisine bildirilmeyen (TBK m. 42/III) üçüncü kişinin iyiniyetle yetkinin varlığına ve kapsamına olan güveni yetki eksikliğini gidermektedir³⁹. TBK m. 45 uyarınca ise temsilcinin ve üçüncü kişinin iyiniyetli

(n 1) § 49; N.11; Aybay (n 1) 103. Ayrıca TBK m. 34/II hükmünün kıyasen uygulanması konusunda bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49; N.11; İnceoğlu (n 1) 380; Ayrancı (n 1) 148-149; Oruç Ömeroğlu (n 1) 179; Aybay (n 1) 104. Aynı sonucu TMK m. 2 hükmünden hareketle kabul eden görüş için bkz. Kutlu Sungurbey (n 1) 38.

³⁵ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.741, 743; Eren (n 1) 1419.

³⁶ Kutlu Sungurbey (n 1) 39.

³⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi', Prof. Dr. Turhan Esener (ed), *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990) 207; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.715-716; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48; N.50 vd.; Eren (n 1) N.1423. Güven ilkesinin yansıması olan anılan hükümlerin üçüncü kişiye tam (pozitif) koruma sağladığı yönünde bkz. Deniz (n 2) 44 vd.

³⁸ Türk Borçlar Kanunu m. 41/II, 42/III, 44/II ve 45 hükümlerinin, üçüncü kişilerin korunması amacını taşıdığı yönünde bkz. Deniz (n 2) 44 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209; Oğuzman ve Öz (n 1) N.770-771; İnceoğlu (n 1) 525 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.50 vd. TBK m. 47 hükmünün de üçüncü kişinin iyiniyetini kısmen koruyan düzenlemeler arasında yer aldığı yönünde bkz. Ayrancı (n 1) 147; Bulut (n 1) 242.

³⁹ TBK m 42/III hükmünde üçüncü kişinin iyiniyetli olması, TBK m. 45 hükmünde ise hem üçüncü kişinin hem temsilcinin iyiniyetli olması aranmaktadır. TBK m. 41/II'de ise iyiniyet ifadesine yer verilmemektedir. Konu hakkında bkz. Gümüş (n 1) 412; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.50 vd.; Eren (n 1) N.1379, 1381, 1392, 1401 vd.; Oğuzman ve Öz (n 1) N.707 vd.; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.684; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.37; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1393.

olmaları şartıyla yetkisi sona eren temsilci ile üçüncü kişinin yaptıkları işlem geçerli sayılmaktadır (TBK m. 45). Böylece anılan durumlarda, işlem yetkisiz temsilci tarafından yapılmış olmasına ve temsil olunanın onama beyanı bulunmamasına rağmen yetkisiz temsil hükümleri değil doğrudan temsile özgü hükümler uygulama alanı bulmaktadır⁴⁰.

B. Üçüncü Kişilerin TBK m. 41/II Uyarınca Korunması

1. Yasal Düzenleme

“Temsil yetkisinin içeriği ve derecesi” başlıklı TBK m. 41 hükmü, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesini ve bunun üçüncü kişilere bildirilmesinin sonuçlarını düzenlemektedir⁴¹. Yetkinin kapsamına ilişkin, TBK m. 41/I, “... temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi o hukuksal işleme göre belirlenir” şeklindedir. Hukuksal bir işlemde doğan temsil ile iradi temsil, temsilin içeriği ve derecesi ile de temsil yetkisinin kapsamı kastedilmektedir⁴². İradi temsilde, temsil olunan ile temsilci arasındaki temsil ilişkisi⁴³, tem-

⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 49, N.2; İnceoğlu (n 1) 525; Ayrancı (n 1) 149.

⁴¹ Temsilciye yöneltilen bir yetkilendirme beyanı olmadan doğrudan üçüncü kişiye yetkinin varlığı konusunda bildirimde bulunulması konusundaki açıklamalar için bkz. II.B.2.a.

⁴² Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporunun, “... Tasarının iki fıkradan oluşan 41 inci maddesinde, temsil yetkisinin kapsamı düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanununun 33 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “2. Salâhiyetin derecesi” şeklindeki ibare, Tasarının 41 inci maddesinde, “b. Temsil yetkisinin kapsamı” şeklinde değiştirilmiştir” şeklindeki ifadesinde hükmün yetkinin kapsamında ilişkin olduğu açıkça ifade edilmişse de yasalaşan metinde hükmün kenar başlığı, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi olarak belirlenmiştir. Bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>>. Oysa kaynak OR Art.33 hükmünün kenar başlığı da “Yetkinin Kapsamı” (Umfang der Ermächtigung) şeklindedir.

⁴³ Temsil ilişkisini kuran temsil yetkisi, temsil olunan ile temsilci arasındaki bir sözleşmeye dayalı olarak veya sözleşme ilişkisi olmaksızın verilebilir. Temsil yetkisinin dayanağı çoğunlukla vekâlet sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmeye dayanan temsil yetkisi, birlikte bulunduğu sözleşmeden bağımsızdır. Nitekim TBK m. 42/I hükmünün, “Temsil olunan, hukuksal bir işlemde doğan temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir. Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır” şeklindeki ifadesi, temsil yetkisi ile yetkinin dayandığı sözleşmenin birbirinden bağımsızlığını vurgular. Konu hakkında bkz. Klein (n 1) Allgemeine Einleitung zu den Art.32-40, N.152, Art.33, N.11, 30; Karasu (n 1) 175; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 174; Oğuzman ve Öz (n 1) N.697-698; Aybay (n 1) 28, 32; İnceoğlu (n 1) 102; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.22-24; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.675-676; Akyol (n 1) 36; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.10; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.8, 12; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.121.

sil olunan tarafından temsilciye yöneltilen tek taraflı irade beyanı ile kurulur⁴⁴. Hâkim görüş uyarınca, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu kabul edilen temsil yetkisi verme, bu yöndeki beyanın temsilciye varmasıyla hükümlerini doğurur⁴⁵, temsilcinin beyanı öğrenmesi ya da kabul etmesi aranmaz⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun temsile özgü hükümlerinde, temsil yetkisinin verilmesinin şekli konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Yasada öngörülen haller dışında sözleşmelerin geçerliliğinin şekle bağlı olmadığı kuralından hareketle tek taraflı bir işlem olan temsil yetkisinin verilmesinde de şekil serbestisi söz konusudur (TBK m. 12)⁴⁷. Temsil yetkisi, açık irade beyanı ile verilebileceği gibi örtülü irade

⁴⁴ Gümüş (n 1) 382-383; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 35; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.673; Aybay (n 1) 29; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.1; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Alttop (n 1) 172; Akyol (n 1) 164; Oğuzman ve Öz (n 1) N.701; Deniz (n 2) 36; İnceoğlu (n 1) 101; Aybay (n 1) 29; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1344-1345; Eren (n 1) N.1352; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.28; Klein (n 1) Art.33, N.10-11; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.5; Hulki Cihan, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi (818 S. BK ve 6098 S. TBK Yönünden Karşılaştırmalı Olarak)* (Beta 2011) 29. Vekâlet sözleşmesi ve temsil ilişkisinin birbirinden farklı kavramları ifade ettiği yönünde bkz. Yargıtay HGK 1217/687, 3.6.2021: "Vekâlet sözleşmesini, TBK'nın genel hükümlerinde düzenleme altına alınan (40 ve 48. maddeleri) temsil ilişkisi ile karıştırmamak gerekir. Aralarında yakın bir ilgi bulunmakla birlikte vekâlet sözleşmesi ile vekil vekâlet verenin bir işini görmeyi ya da bir işlemi yapmayı borçlanırken, vekâlet veren de onun yaptığı giderleri ve verdiği avansları ödemeyi borçlandırdığından vekâlet iki taraflı bir sözleşmedir. Temsil yetkisi ise tek taraflı bir hukukî işlemdir. Genel olarak vekâlet, vekil ile vekil eden arasındaki iç ilişkiyi, temsil ise vekil edenin vekil aracılığı ile işlem yaptığı üçüncü kişi ile arasındaki dış ilişkiyi ifade eder" <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1217-k-2021-687-t-3-6-2021>> Erişim Tarihi 4 Ocak 2024.

⁴⁵ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Alttop (n 1) 172; Deniz (n 2) 36; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.8; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.28; Karasu (n 1) 176; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1344-1345; Kut ve Bauer, Art.33, N.5; Eren (n 1) N.1352; Aybay (n 1) 29; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 35-36; Gümüş (n 1) 382-383; Akyol (n 1) 164; Klein (n 1) Art.33, N.10-11; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.1; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.673. Görüşün isabetli olup olmadığının tartışmaya açık olduğu yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 106-107. Temsil yetkisinin hüküm ifade edebilmesi için temsilciye yöneltilmiş olmasını yeterli bulan görüş için bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.701.

⁴⁶ Kut ve Bauer, Art.33, N.5; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.8; Deniz (n 2) 36; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.28; Akyol (n 1) 164; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.673; İnceoğlu (n 1) 106; Klein (n 1) Art.33, N.10-11, 15; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Alttop (n 1) 172; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 36; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.1; Gümüş (n 1) 382-383; Oğuzman ve Öz (n 1) N.701; Aybay (n 1) 29; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1344-1345; Eren (n 1) N.1352.

⁴⁷ Temsilcinin temsil olunan adına yapacağı işlem şekle bağlı olsa bile temsil yetkisi verme beyanının şekle bağlı olmadığı yönünde bkz. Deniz (n 2) 38-39; Kut ve Bauer, Art.33, N.7; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.674; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.60; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1347; Eren (n 1) N.1360; Akyol (n 1) 177, 181; Karasu (n 1) 185-186; Klein (n 1)

beyanıyla da verilebilir⁴⁸. Örtülü irade beyanı, iradeyi ortaya koyan davranışın anlamının, içinde bulunulan hal ve şartlar göz önünde tutularak belirlenebilmesini ifade eder⁴⁹. Yetkilendirmenin örtülü irade beyanı ile yapıldığı durumlarda, temsil olunanın gerçek iradesine değil, temsilcinin beyana güven teorisi uyarınca vereceği anlama bakılmalıdır⁵⁰. Elbette böyle bir sonuç, temsil olunanın gerçek iradesinin ne yönde olduğunun temsilci tarafından bilinmediği durumlarda geçerlidir⁵¹. Bir kimseye, hukuki işlem içeren bir görevin verilmesi örneğinde, temsil olunanın örtülü irade beyanı ile yetkilendirme yaptığını kabul etmek gerekir⁵².

İradi temsilde, temsil yetkisinin kaynağı, temsil olunanın temsilciye yönelttiği tek taraflı yetkilendirme beyanıdır. Dolayısıyla yetkinin kapsamı da bu beyanda

Art.33, N.19; Gümüş (n 1) 390; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 173. Aksi yönde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 44. Şekle bağlı hukuki işlemlerde, temsil yetkisi vermenin şekle bağlı olmadığı kabul edilmesinin tarafları korumayı amaçlayan kanun hükümleri ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.712-713. Sözleşmenin tarafını düşünmeye sevk etme amacını taşıyan şekle bağlı işlemlerde, temsil yetkisinin de şekle bağlı olması gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 143; Zäch ve Künzler (n 1) Art 33, N.57. Hemen belirtmek gerekir ki, temsil yetkisinin verilmesi konusunda yasada özel bir şekil şartının öngörülmesi halinde yetkinin verilmesi ancak bu şekle uyulması ile mümkün olacaktır (TBK m. 583/II). BGB § 167 Abs. 2 hükmünde, temsil yolu ile yapılacak işlemin şekle bağlı olması halinde de temsil yetkisi verme beyanının şekle bağlı olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Konu hakkında bkz. Claudia Schubert, *Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Bd. 1 (9. Aufl., C.H. Beck 2021) BGB § 167, Rn.14.

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.3; Kut ve Bauer, Art.33, N.7; Klein (n 1) Art.33, N.19; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.15; İnceoğlu (n 1) 110-111; Oğuzman ve Öz (n 1) N.702. Örtülü irade beyanı ile temsil yetkisi vermenin esasen iç temsil olarak verilebileceği, örtülü olarak dış temsil yetkilendirmesinin çok nadir olacağı yönünde bkz. Akyol (n 1) 174-175.

⁴⁹ Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (MK m. 1-7)* (2. B., Yetkin 2020) 131; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Filiz 2021) N.1109-1110a; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (22. B., Vedat 2016) N.674.

⁵⁰ Esener (n 1) 39-40; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 54-55; Gauch Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1345; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.38 Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.15; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.3, 35; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.7. Sadece işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi bakımından değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.702. Farklı yönde bkz. İnceoğlu (n 1) 112.

⁵¹ İnceoğlu (n 1) 110-111; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.3.

⁵² Bir kimsenin yetki gerektiren bir konuma getirilmesinin, TBK m. 41/II uyarınca, temsil olunan tarafından gerçekleştirilen yetki bildirimini olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Karasu (n 1) 222. Bu durumu temsilcinin örtülü olarak yetkilendirildiği hallerin örneği olarak değerlendiren görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.3; Esener (n 1) 39-40; Oğuzman ve Öz (n 1) N.702; İnceoğlu (n 1) 108; Karasu (n 1) 188-189; Bulut (n 1) 21, dn.61. Ayrıntılı ve çeşitli örnekler için bkz. Akyol (n 1) 175-176. Temsil olunanın susmasının, yetki verme olarak nitelenip nitelenemeyeceği konusundaki açıklamalarımız için bkz. II.B.3.

belirlenen esaslara göre belirlenir⁵³. Temsil olunan yasal sınırlamalara uymak şartı ile temsil yetkisinin kapsamını dilediği gibi düzenleyebilir (TBK m. 26-27)⁵⁴. Temsil yetkisinin kapsamının doğru olarak belirlenmesi hem işlemin tarafları hem temsilci bakımından önem arz eder⁵⁵. Şöyle ki temsilci, kapsamın dışına çıkarsa yetkisiz temsil söz konusu olur ve temsil olunanın işlemi onamaması halinde işlemin karşı tarafının uğradığı zararı gidermek zorunda kalır (TBK m. 47). Temsil olunan, kural olarak yetkinin kapsamı dışındaki işlemlerden etkilenmeyecekse de üçüncü kişilerin güvenlerinin korunması söz konusu olduğunda gerçekte arzu etmediği bir işlemle bağlı hale gelebilir (TBK m. 41/II). Üçüncü kişi ise işlem temsil olunan tarafından onanmaz ise ifa menfaatine ulaşamaz ve zarara uğrayabilir (TBK m. 46-47).

Yetkinin kapsamı, temsil olunanın temsilciye yönelttiği yetkilendirme beyanından doğrudan anlaşılamiyorsa, temsilcinin ya da temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirildiği durumlarda üçüncü kişinin, dürüstlük kuralı uyarınca beyana vermesi gereken anlam esas alınarak yorum yapılmalıdır⁵⁶. Yorumda, temsilci tarafından bilindiği oranda, temsil olunanın amacı, temsil olunanın menfaatleri ve var ise temel ilişki esas alınır⁵⁷. Nitekim vekâlet sözleşmesine özgü TBK m. 504 hükmünde, vekilin temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde, temel ilişkinin esas alınacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁵³ Oğuzman ve Öz (n 1) N.716; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.60; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 177; İnceoğlu (n 1) 158-159; Deniz (n 2) 41; Gümüş (n 1) 391; Bulut (n 1) 79-80; Karasu (n 1) 246; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.13; Klein (n 1) Art.33, N.37; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.35; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13; N.1355; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 53; Eren (n 1) N.1369; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.659, 685; Cihan (n 44) 86; Aybay (n 1) 42.

⁵⁴ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.659, 685; Aybay (n 1) 42; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.35; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.60; Eren (n 1) N.1371 vd.; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.22-25; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.13; Karasu (n 1) 246; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1356-1361; Gümüş (n 1) 391. Ancak temsil yetkisinin kapsamının yasa ile belirlendiği durumlar da söz konusudur. Ticari temsilcilerin temsil yetkisinin kapsamı bunun örneğini oluşturur. Konu hakkında bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 24, 53, İnceoğlu (n 1) 159, dn.217, 171; Karasu (n 1) 251.

⁵⁵ Cihan (n 44) 85; Akyol (n 1) 101; Karasu (n 1) 241-242.

⁵⁶ İnceoğlu (n 1) 159; Karasu (n 1) 246; Klein (n 1) Art.33, N.37; Cihan (n 44) 86; Gümüş (n 1) 391; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 54; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.685; Esener (n 1) 30; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1355; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.35; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.114; Deniz (n 2) 41; Eren (n 1) N.1370; Oğuzman ve Öz (n 1) N.715; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.17; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.14.

⁵⁷ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.673; İnceoğlu (n 1) 160-161; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.114; Karasu (n 1) 246; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.17.

Temsil olunan yetkinin kapsamını baştan veya sonradan konu, yer, zaman ve kişilere ilişkin olarak dilediği şekilde sınırlayabilir⁵⁸. Temsil olunanın temsilciyi yetkilendirdiği sırada belirlediği sınırlamalar, TBK m. 41/I uyarınca, temsil yetkisinin kapsamını oluşturur⁵⁹. Konu bakımından sınırlama, genel, özel ve belirli türde işlemler için verilen yetki olarak değerlendirilmektedir⁶⁰. Temsilcinin her türlü işlemin veya belirli kategorideki işlemlerin yapılması için yetkilendirilmesi halinde genel temsil yetkisinden bahsedilir⁶¹. Belirli bir hukuki işlemin yapılması için yetki verildiği hallerde ise özel temsil yetkisi söz konusudur⁶². Belirli türde

⁵⁸ Aybay (n 1) 44 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.35; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.22-25; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1356-1361; İnceoğlu (n 1) 198 vd.; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 57 vd.; Oruç Ömeroğlu (n 1) 105 vd.; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.13; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.60 vd. Bunlar dışında yapılan sınırlamalara, temsilcinin işlemlerin tümünü veya bazılarını, yazılı olarak yapması zorunluluğunun kabul edilmesinin örnek verilebileceği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 198.

⁵⁹ Bulut (n 1) 80. Temsil yetkisinin verilmesinden sonra, yetkinin kapsamına ilişkin sınırlamalar eş deyişle talimat kavramı için bkz. İnceoğlu (n 1) 260 vd. Talimatı, temsil yetkisinin verildiği sırada ve sonradan yapılan sınırlamalar olarak ele alan görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 50, N.14.

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.36-37; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1356-1357; Gümüş (n 1) 392; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66 vd.; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.91 vd.; İnceoğlu (n 1) 200; Cihan (n 44) 94 vd.; Aybay (n 1) 44. Anılan sınırlamaları, maddi sınırlamalar olarak ele alan görüş için bkz. Akyol (n 1) 106 vd.

⁶¹ Oğuzman ve Öz (n 1) N.719-720; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66; İnceoğlu (n 1) 200-202; Cihan (n 44) 94; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.688; Eren (n 1) N.1372; Akyol (n 1) 107; Gümüş (n 1) 392; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.36-37. Genel temsil yetkisine sahip temsilcinin, dürüstlük kuralı doğrultusunda genel temsil yetkisi bakımından olağanüstü sayılabilecek işlemleri yapmaya yetkili olmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66; İnceoğlu (n 1) 202; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.37; Gümüş (n 1) 392. Ayrıca genel yetkili temsilci, yasanın özel yetkilendirme aradığı işlemleri yapamaz. Ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarının (TBK m. 547-552) yetkisinin kapsamının kanunla belirlenmiş olması, genel temsil yetkisinin örneğini oluşturmaktadır. TBK m. 41/II kapsamında koruma, ticari temsilcinin yetkisinin yasal kapsamından daha geniş olduğu hallerde uygulama alanı bulacaktır. Konu hakkında bkz. İnceoğlu (n 1) 168-169; Karasu (n 1) 261; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. Zu Art.32-40, N.29.

⁶² Cihan (n 44) 94 vd.; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.688; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1357; Gümüş (n 1) 392-393; Aybay (n 1) 45; Eren (n 1) N.1372; Akyol (n 1) 107; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.36; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.93; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66; Oğuzman ve Öz (n 1) N.718, 720-721; İnceoğlu (n 1) 202-204. “*İ. Vekâletin kapsamı*” başlıklı TBK m. 504/III hükmünde, vekilin özel temsil yetkisine sahip olması gereken durumlar, dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talebi, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama yapma, kefil olma ve taşınmazın devredilmesi ve bir hak ile sınırlanması olarak açıkça düzenlenmiştir. “*Davaya vekâlette özel yetki verilmesini gerektiren hâller*” başlıklı HMK m. 74 uyarınca, vekilin açıkça yetki verilmedikçe, sulh olamayacağı, hakimi reddemeyeceği, davanın tamamını ıslah ede-

işlemler için verilen temsil yetkisinde ise temsilci aynı türdeki birden çok işlemi yapmak üzere yetkilendirilmektedir⁶³. Temsil olunanın, temsilciyi yalnızca belirli bir bölgede veya belirli şubelerle sınırlı olmak üzere yetkilendirmesi, yer bakımından sınırlama anlamına gelmektedir⁶⁴. Kişi bakımından sınırlama ise hem üçüncü kişiler hem temsilci bakımından söz konusu olabilir⁶⁵. Temsilciye belirli kişilerle veya belirli kişiler dışındaki herkesle işlem yapabilme yetkisinin sağlanması, üçüncü kişiler bakımından sınırlamanın örneğidir. Hukuki işlemi yapma konusunda birden fazla temsilciye birlikte temsil yetkisi verilmesi, temsilci bakımından getirilen ve sıklıkla karşılaşılan sınırlamalardandır. Birden fazla kimse- nin hukuki işlemin geçerli olabilmesi için birlikte hareket etmek üzere yetkilendirilmeleri halinde müşterek (ortak) temsil yetkisi, bu kişilerden her birinin hukuki işlemi tek başına yapabilecek şekilde yetkilendirilmesi ise müteselsil temsil yetkisi olarak isimlendirilmektedir⁶⁶. Hangi tür birlikte yetkilendirme olursa olsun yetkinin konusunun aynı olması gerekir⁶⁷. Yetkinin belirli bir süre

meyeceği, yemin teklif edemeyeceği, yemini kabul, iade veya reddedemeyeceği, başkasını tevkil edemeyeceği, haczi kaldıramayacağı, müvekkilinin iflasını isteyemeyeceği, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamayacağı, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamayacağı, bunlara muvafakat veremeyeceği, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramayacağı, davadan veya kanun yollarından feragat edemeyeceği, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemeyeceği, yargılamanın iadesi yoluna gidemeyeceği, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamayacağı, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamayacağı ve takip edemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁶³ Aybay (n 1) 46; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.688; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.94; Cihan (n 44) 98 vd.; Aybay (n 1) 45; Akyol (n 1) 107; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.36; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1357; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66; Oğuzman ve Öz (n 1) N.718, 720-721; İnceoğlu (n 1) 200. Bu tür sınırlamayı, genel sınırlı temsil yetkisi olarak ifade eden görüş için bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 66.

⁶⁴ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.687; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.47; Akyol (n 1) 110; Aybay (n 1) 55-56; İnceoğlu (n 1) 199-200. Ticari temsilcinin yetkisinin, bir şubenin işleri ile sınırlanabileceği TBK m. 559/I hükmünde açıkça öngörülmüştür.

⁶⁵ Oğuzman ve Öz (n 1) N.727; Aybay (n 1) 47; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.687. Temsilcinin kendisiyle işlem yapmasını, işlemin iki tarafını temsil etmesini (çifte temsil) ve kendi çıkarına işlem yapmasını, kişi bakımından getirilen sınırlamalar olarak değerlendiren görüş için bkz. İnceoğlu (n 1) 209-225; Aybay (n 1) 46 vd. Temsil olunanın yetki verirken sözü edilen sınırlamaları öngörmemesi halinde gerçek anlamda yetkisiz temsilin bulunmadığı yönünde bkz. Bulut (n 1) 81.

⁶⁶ Bulut (n 1) 81-82; Aybay (n 1) 47; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.47; Akyol (n 1) 110; Oğuzman ve Öz (n 1) N.735; İnceoğlu (n 1) 199-200; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.63-64; Klein (n 1) Art.33, N.47. TBK m. 549/II hükmünde, ticari temsilcinin temsil yetkisinin, birden çok kişinin birlikte imza atmaları şartıyla da sınırlanabileceği yönündeki düzenleme, ortak (müşterek) temsil yetkisinin bir örneğidir.

⁶⁷ Aybay (n 1) 47; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.48; Kut ve Bauer, Art.33, N.16.

ile sınırlı olarak verilmesi veya yetkinin gelecekte yürürlüğe girmesinin öngörüldüğü hallerde ise zaman bakımından sınırlama söz konusu olacaktır⁶⁸.

Temsilcinin yetkisinin sınırlanması halinde ancak bu kapsamdaki işlemleri, temsil olunanı bağlar, sınırlamaların aşılması halinde ise yetkisiz temsil söz konusu olur. Temsil yetkisinin kapsamının, temsil olunanın yetkilendirme beyanına göre belirlenmesi kuralı, yetkinin kapsamının üçüncü kişilere bildirildiği hallerde onların korunması amacıyla, TBK m. 41/II hükmünün, “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir*” şeklindeki ifadesi uyarınca sınırlanmıştır⁶⁹. Üçüncü kişilere temsil yetkisinin kapsamının bildirildiği hallerde, yasa koyucu, temsil olunanın üçüncü kişiye yaptığı bildirimini, temsilciye yönelttiği yetkilendirme beyanından üstün tutmaktadır⁷⁰. Başka ifadeyle temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmediği durumlarda, yetkinin kapsamı temsilciye yöneltilen beyana göre belirlenir. Temsilcinin yetkilendirildiği üçüncü kişilere de bildirilmiş ve temsilciye bildirilen ile üçüncü kişilere bildirilen kapsam arasında fark var ise üçüncü kişiye yapılan bildirim esas alınır⁷¹.

2. TBK m. 41/II Hükmünün Şartları

a. Temsil Olunanın Üçüncü Kişilere Bildirim Yapması

Temsil olunan, temsil yetkisini üçüncü kişilere yazı, elektronik posta göndererek veya basılı ya da internet ortamında yayımlanan gazetelerde duyurarak açık irade beyanı ile bildirebileceği gibi örtülü olarak da bildirebilir⁷². Ticari temsilcilerin, temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesi, ticaret siciline kayıt

⁶⁸ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.687; İnceoğlu (n 1) 199; Oğuzman ve Öz (n 1) N.725; Aybay (n 1) 54-55; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.47; Akyol (n 1) 110-112.

⁶⁹ İnceoğlu (n 1) 112-113, 163-164; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 74-75; Deniz (n 2) 44; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Gümüş (n 1) 393-394; Eren (n 1) N.1379.

⁷⁰ Deniz (n 2) 39; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 71.

⁷¹ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 71; İnceoğlu (n 1) 164. Temsilciye bildirilen kapsam ile üçüncü kişilere bildirilen kapsam arasındaki farklılık konusundaki açıklamalarımız için bkz. B.2.b.

⁷² İnceoğlu (n 1) 115, 145; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.679; Bulut (n 1) 21; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14, § 48, N.55; Gümüş (n 1) 394; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Eren (n 1) N.1358; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.144; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98; Karasu (n 1) 207-208; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14; N.1394; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.37; Esener (n 1) 46. Şekle bağlı işlemler bakımından istisna yaratılması ve TBK m. 41/II (eBkm. 33/II) uyarınca, üçüncü kişilerin korunması için onlara yapılacak bildirim de söz konusu işlemin şekline bağlı olması gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 145.

ve ticaret sicili gazetesinde ilan ile gerçekleştirilir⁷³. Temsil olunanın uygulamada vekâletname olarak anılan bir yetki belgesi düzenleyerek temsilciye vermesi ve temsilcinin de belgeyi üçüncü kişilere göstermesi ile bildirim gerçekleşmiş olacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Temsilci böyle bir durumda temsil olunanın habercisi olarak hareket etmektedir⁷⁵. Temsilcinin hâkimiyet alanında bir yetki belgesi bulunduğu, temsilcinin yetkisinin kapsamının bildirildiği sonucuna varılmalıdır⁷⁶. Ancak doğaldır ki bu sonucun kabul edilebilmesi için belgenin temsil olunan tarafından hazırlanmış ve temsilciye verilmiş gerçek bir belge olması gerekmektedir⁷⁷.

⁷³ İnceoğlu (n 1) 115; Karasu (n 1) 251; Esener (n 1) 46.

⁷⁴ Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.131; Esener (n 1) 46; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.31; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Eren (n 1) N.1358; Bulut (n 1) 201-202; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.679, 721; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14; § 48, N.55; Kutlu Sungurbey (n 1) 39. Bu hallerde, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde sorun yaşanmayacağı yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 165. Temsilcinin temsil belgesindeki boşluğu temsil olunanın arzusu hilafına doldurarak üçüncü kişiye ibraz etmediği sürece, bu hallerde TBK m. 41/II hükmünü uygulanabilir kılan bir farklılığın oluşmayacağı yönünde bkz. Gümüş (n 1) 394, dn.394. Sahte vekâletname ile adına işlem yapılan temsil olunanın, temsilcinin sahte vekâletname ile hareket ettiğini bilmesine ve bunu engelleme imkânı bulunmasına rağmen engellememesi eş deyişle sessiz kalmasının, TBK m. 41/II uyarınca, işlemle bağlı tutulmasına neden olacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Bulut (n 1) 173. Kanımızca bu durumda, hukuki görünüşe güvene dayanan temsil türlerinden katlanma temsili söz konusu olacaktır.

⁷⁵ Bu halde temsilcinin haberci rolünü üstlendiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14, § 48, N.55; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.131, 145; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209; Bulut (n 1) 201-202; İnceoğlu (n 1) 115, 164, 528; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.31. Temsil belgesinin üçüncü kişilere ibraz edilmesinin TBK m. 41/II veya 42/III anlamında bir bildirim olduğunun kabulü için temsil olunanın belgeyi temsilciye bu amaçla vermesi ve temsilcinin de belgeyi temsil olunanın iradesine uygun şekilde kullanması gerektiği yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.145; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.43. Böyle bir amaç olmaksızın verilmiş olsa bile temsil olunanın yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu ve belgenin üçüncü kişilere ibraz edilmesi halinde bildirim gerçekleşmiş olacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Klein (n 1) Art.33, N.178. Temsilciye yetki belgesi verilmesinin sonuçları, “Yetki Belgesi” (Vollmachtsurkunde) başlığını taşıyan BGB § 172 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, temsil olunanın düzenlediği temsil belgesinin, temsilci tarafından üçüncü kişilere gösterilmesi temsil yetkisinin bildirimi olup yetki belgesi, temsil olunana iade edilinceye ya da belgenin geçersiz olduğu açıklanıncaya kadar temsilcinin yetkisi devam etmektedir. Hükümde ifadesini bulan yetki belgesine ilişkin açıklamalar için bkz. Schubert (n 47) BGB § 172, Rn.14.

⁷⁶ İnceoğlu (n 1) 115-116.

⁷⁷ İnceoğlu (n 1) 115-116; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98.

Türk Borçlar Kanunu m. 41/II hükmünün kişi bakımından kapsamı, temsil olunan ve bildirim yapılan üçüncü kişilerden oluşmaktadır⁷⁸. Bildirim temsil olunan tarafından üçüncü kişilere yöneltilmeli ve üçüncü kişiler bildirim öğrenmelidir⁷⁹. Temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirim yapılmış ise temsil yetkisinin kapsamı bu beyana göre belirlenir⁸⁰. Bu doğrultuda hükmün amacı, temsil olunanın bildirimine güvenen üçüncü kişiye karşı, temsil yetkisi eksikliğinin ileri sürülebilmesidir⁸¹. Temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına ilişkin bir bildirim bulunup bulunmadığı, bildirim var ise bunun içeriği konusunda bir tartışma söz konusu ise temsil olunanın gerçek iradesine bakılmaksızın, üçüncü kişi tarafından bilinen ve bilinmesi gereken tüm şartlar güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek onun beyana vermesi gereken anlam esas alınır⁸² (TMK m.2). Temsil yetkisinin varlığı⁸³ ve kapsamı, üçüncü kişilere temsil olunan tarafından bildirilmemişse veya bildirim temsilci tarafından yapılmışsa ya da temsilci, temsil olunan tarafından bildirim yapılmayan kişilerle hukuki işlemler yapmışsa, TBK m. 41/II hükmü uygulama alanı bulmaz⁸⁴. Bu hallerde, yetkinin kapsamı TBK m. 41/I uyarınca temsil olunan tarafından temsilciye yöneltilen beyana göre belirlenir⁸⁵. Temsilcinin yetkisinin sınırlarını aşması halinde ise üçüncü kişilere bildirim yapılmadığı için yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur. Zira bu durumda, temsil olunanın bildirimine değil, temsilciye güvenen üçüncü kişi söz konusudur⁸⁶.

⁷⁸ İnceoğlu (n 1) 164; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.132; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72; Karasu (n 1) 206.

⁷⁹ İnceoğlu (n 1) 113; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72, 76; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.154; Gümüş (n 1) 382; Aybay (n 1) 31. Üçüncü kişilerin kendiliğinden öğrenmesi halinde hükmün uygulanamayacağı yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72.

⁸⁰ İnceoğlu (n 1) 163; Karasu (n 1) 248; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.35; Aybay (n 1) 31; Deniz (n 2) 44.

⁸¹ Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.132.

⁸² İnceoğlu (n 1) 164; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) §46, N.35, § 48, N.59; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Akyol (n 1) 48.

⁸³ Bu konuda açıklamalar için bkz. II.B.2.a.

⁸⁴ İnceoğlu (n 1) 164; Bulut (n 1) 18; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.131-132; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72; Karasu (n 1) 206.

⁸⁵ İnceoğlu (n 1) 164; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.132; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181.

⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.12; Bulut (n 1) 86. Temsil yetkisinin veya kapsamının, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirildiği veya temsilci tarafından üçüncü kişiye yetki belgesinin ibraz edildiği hallerde, sınırlayıcı talimat temsil yetkisi ile birlikte verilmiş eş deyişle yetki baştan sınırlanmışsa, temsil olunanın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı onlara sunmadığı sınırlamalara dayanamayacağı ve TBK m. 41/II (eBK m. 33/II) hükmünün uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 50, N.14.

Türk Borçlar Kanunu m. 41/II hükmünün uygulama alanına, temsilciye yöneltilen yetkilendirme beyanı olmaksızın doğrudan üçüncü kişiye yapılan bir bildirim girip girmeyeceği tartışmalıdır. TBK’de yetkilendirme beyanının muhatabı başka deyişle doğrudan üçüncü kişiye yöneltilecek beyanla temsil yetkisinin verilip verilemeyeceği konusunda yasal düzenleme bulunmamaktadır⁸⁷. Yetkilendirme beyanının doğrudan üçüncü kişiye yöneltilecek beyanla temsil yetkisinin kılınıp kılınamayacağı konusunda yasal düzenleme bulunmaması, meseleyi Türk-İsviçre Hukuku açısından tartışmalı hale getirmektedir. Alman Hukukunda ise durum farklıdır. BGB § 167 Abs. 1 uyarınca (*Bürgerliches Gesetzbuch*), temsil yetkisinin temsilciye veya işlem yapılacak üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyanla verilmesi mümkündür⁸⁸. Temsil olunan tarafından temsilciye yöneltilecek beyanla verilen temsil yetkisine, iç temsil yetkisi, yetki verme beyanının temsilciye yöneltilmeksizin doğrudan üçüncü kişiye yöneltildiği durumlar ise dış temsil yetkisi olarak isimlendirilmektedir⁸⁹. Şu hâlde Türk-İsviçre Hukukunda, Alman Hukukundaki anlamı ile dış temsil yetkisi vermenin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki hükmün adalet komisyonunda kabul edilmiş hali ile TBK tasarisindeki ifadesi arasında da fark vardır. Tasarıda hüküm, “*temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin varlığının ve kapsamının belirlenmesinde bildirim esas alınır*” şeklinde kaleme alınmışsa da yasa-laşan metinde temsil yetkisinin varlığı ifadesine yer verilmemiştir⁹⁰. Bu durum anılan tartışmanın, yasanın hazırlık çalışmaları sırasında da yaşandığını göstermektedir.

⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; İnceoğlu (n 1) 103; Klein (n 1) Art.33, N.13; Aybay (n 1) 31. Temsile ilişkin hükümlerin yapılandırılmasında, yasa koyucunun temsil yetkisi verme beyanının temsilciye yöneltilmesi gerektiğini esas aldığı sonucuna varıldığı yönünde bkz. Aybay (n 1) 31.

⁸⁸ Schubert (n 47) BGB § 167, Rn.13; İnceoğlu (n 1) 103-104; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.9.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.9; Klein (n 1) Art.33, N.12; Akyol (n 1) 47 vd.; Eren (n 1) 1315, 1356-1359; Gümüş (n 1) 382; İnceoğlu (n 1) 105; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 173; Oğuzman ve Öz (n 1) N.706; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.679; Karasu (n 1) 183. Üçüncü kişilere yöneltilecek bir beyanla, temsil yetkisi verilmesinin mümkün olmadığından hareketle, dış temsil ifadesinin bu anlamda kullanılmasının uygun olmadığı yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.128-129; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.30.

⁹⁰ Gereğede aynen şu ifadeler yer verilmiştir, “*818 sayılı Borçlar Kanununun 33 üncü maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “salâhiyetinin derecesi” şeklindeki ibare, fıkraya açıklık kazandırmak amacıyla, Tasarının 41 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “yetkinin varlığının ve kapsamının belirlenmesinde” şeklinde değiştirilmiştir. Sistematik yapısı ile metninde yapılan değişiklik ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur*”. Bkz. <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>> Erişim Tarihi 4 Mart 2024.

Doktrinde bir görüş, hükmün uygulama alanının, kendisine yöneltilen beyanla yetkilendirilmiş bir temsilcinin, yetkisinin kapsamının üçüncü kişilere bildirilmesi ile sınırlı olduğunu ve yetkilendirme beyanının temsilciye yöneltilmeksizin doğrudan üçüncü kişiye açıklanmasıyla temsilci atanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır⁹¹. Temsil ilişkisinin temsil olunan ve temsilci arasında olduğu göz önüne alındığında, temsil yetkisinin kural olarak temsilciye yöneltilen beyanla verilebileceğinin kabul edilmesi doğaldır. Kendisine yöneltilmiş bir beyanla yetkilendirilen temsilcinin varlığı ve yetkisinin kapsamı konusunda temsil olunanın üçüncü kişilere yaptığı bildirim, temsil ilişkisi bakımından açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Bu görüşte olan yazarlardan Kocayusufpaşaoğlu'na göre, temsil yetkisi verme beyanının muhatabı yalnızca temsilcidir. Dolayısıyla ona yöneltilmiş bir yetkilendirme beyanı olmaksızın üçüncü kişiye temsil yetkisinin varlığı konusunda bildirim yapılması, temsil ilişkisinin kurulmasını sağlamaz⁹². Ancak bu hallerde de gerçekte temsilci sıfatını kazanmamış kişi ile işlem yapan kişilerde temsil olunanın yetkinin varlığı konusunda yarattığı güven korunmalı ve TBK m. 41/II'nin kıyasen uygulanması ile temsil olunan işlemle bağlı tutulmalıdır⁹³. Temsilciye yöneltilen beyanın yetkilendirme bakımından kurucu olduğu, üçüncü kişilere yöneltilen beyanın ise onlarda yaratılan güveni koruma fonksiyonu icra ettiği ve açıklayıcı nitelik taşıdığı düşünülmektedir⁹⁴. Bulut'a göre ise TBK m. 41/II hükmü, temsilciye bildirilen iç temsil yetkisi ile üçüncü kişiye bildirilen dış temsil yetkisinin birbirinden farklı olduğu ve tem-

⁹¹ Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.32; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.30-31; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; Aybay (n 1) 30; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.38; Gauch, Schluemp, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1343, § 14 1407; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680; Eren (n 1) N.1358-1359; Karasu (n 1) 183-184; Klein (n 1) Art.33, N.13; İnceoğlu (n 1) 164; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 70; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 208. Hükmün lafzının yetkinin varlığına değil kapsamına ilişkin olduğu yönünde bkz. Deniz (n 2) 44, 48, 51. Üçüncü kişiye yapılacak bildirim bir irade açıklaması değil bilgi açıklaması olduğu yönünde bkz. Gümüş (n 1) 382; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680. Bu durumda yalnızca görünüşte temsil (*scheinvollmacht*) söz konusu olduğu yönünde bkz. Esener (n 1) 44. İç temsil yetkisi verilmişse veya geçersizse, dış temsil yetkisinin varlığının, temsilciyi yetkili kılmayacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Gümüş (n 1) 382, 393.

⁹² Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209. Aynı yönde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.32; Aybay (n 1) 30; Gauch, Schluemp, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1343; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680; Eren (n 1) N.1358-1359; Karasu (n 1) 183-184; Klein (n 1) Art.33, N.13; İnceoğlu (n 1) 164; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 208; Esener (n 1) 44; Gümüş (n 1) 382.

⁹³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 208-209. Aynı yönde bkz. İnceoğlu (n 1) 104; Kutlu Sungurbey (n 1) 39; Gümüş (n 1) 393; Eren (n 1) N.1359; Gauch, Schluemp, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1398; Esener (n 1) 49.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.9; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209.

silciye yöneltilmiş bir yetkilendirme beyanı bulunmaksızın doğrudan üçüncü kişiye bildirimde bulunulduğu durumlara da uygulanabilir. Dolayısıyla bu son yazara göre hükmün ifadesi yetkinin kapsamına ilişkin ise de yetkinin varlığı halinde de uygulama alanı bulur⁹⁵.

Diğer görüş ise yetkinin doğrudan üçüncü kişiye yöneltilecek irade beyanı ile verilebileceğini kabul etmektedir. Bu görüşte olan yazarlardan Oğuzman ve Öz, yetkisiz temsille yapılan işleme onama beyanında bulunma imkânının varlığı karşısında, temsil yetkisinin işlem öncesinde doğrudan üçüncü kişilere bildirilmesine değer vermemenin isabetsiz olacağını ifade etmektedir⁹⁶. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop'a göre ise eBK 33/II (TBK m. 41/II) hükmünün ifadesi, yetkinin doğrudan üçüncü kişiye bildirilmesini yeterli bulan görüşü desteklemektedir⁹⁷. Cihan, eBK m. 33/II'den farklı olarak TBK m. 41/II'nin önemli bir yenilik getirerek üçüncü kişiye yapılan bildirimde temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı yönünden esas alınacağını hükme bağladığını ileri sürmektedir⁹⁸. Deniz'in görüşü ise TBK'de yetkilendirme beyanının yapılacağı kişi bakımından ayrıma gidilmediği, temsil olunanın üçüncü kişiyi kendi adına temsil yetkisi verebilmesi için temsilci olarak atayıp temsilciyi yetkilendirebileceği ve böylece geçerli bir temsil ilişkisinin kurulabileceği yönündedir⁹⁹. Anılan görüşler doğrultusunda, doğrudan üçüncü kişilere bildirilerek temsilci atanması halinde yetkili bir temsilci söz konusu olacağından TBK m. 41/II'nin kıyasen uygulanmasına gerek kalmayacaktır¹⁰⁰.

Esasen yetkilendirmenin doğrudan üçüncü kişiye bildirilmesi ile temsilcinin yetkili kılınabileceğini kabul eden görüş ile yetkilendirmenin ancak temsilciye yöneltilindiğinde hüküm ifade edebileceğini savunan aksi yöndeki görüşün her ikisi de işlemin temsil olunanı bağlayacağı noktasında birleşmektedir¹⁰¹. Birinci görüşe göre üçüncü kişi, TBK m. 41/II hükmünün kıyasen uygulanmasıyla koru-

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 208-209.

⁹⁶ Oğuzman ve Öz (n 1) N.709.

⁹⁷ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 172-173.

⁹⁸ Cihan (n 44) 11.

⁹⁹ Deniz (n 2) 50-52.

¹⁰⁰ Doğrudan üçüncü kişiye yöneltilecek bir beyanla temsilci atanabilecekse de TBK m. 41/II'de bu yönde bir düzenleme bulunmadığı ve yetkinin kapsamına özgü TBK m. 41/II'nin, yetkinin varlığı konusunda kıyasen uygulanmasına gerek olmadığı yönünde bkz. Deniz (n 2) 50-51.

¹⁰¹ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680, 720. Her iki durumda da temsil olunan işleme bağlı tutulacağı için bu tartışmanın teorik bakımdan önem taşıdığı yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 105. Aynı yönde bkz. Karasu (n 1) 184-185. Bu konuya ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Esener (n 1) 26.

nacaktır. Diğer görüşte ise üçüncü kişiye yapılan bildirimle temsilcinin yetkilendirilebileceği kabul edildiği için yetkisiz temsilci söz konusu olmayacak ve dolaşısıyla üçüncü kişinin korunma ihtiyacı doğmayacaktır. TBK'nin temsile ilişkin hükümlerinin, yetkilendirme beyanının temsilciye yöneltilmesi gerektiği fikri üzerinden düzenlendiği göz önünde alındığında, yasa koyucunun bir tercih yaptığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda katıldığımız görüş uyarınca¹⁰², doğrudan üçüncü kişiye yöneltilen bir beyanla temsil ilişkisinin kurulamayacağı kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşımdır. Ancak günlük hayatta, temsil olunanın, henüz temsilciye yöneltilmediği bir yetkilendirme beyanı olmaksızın onun temsilci olduğunu üçüncü kişiye bildirdiği durumlarla da karşılaşılması yüksek olasılıktır. Böyle bir durumda, temsil olunanın üçüncü kişide, korunmaya değer nitelikli bir güven hissi yarattığı açıktır. Üçüncü kişiye, temsilcinin yetkisinin kapsamının bildirilmesi ile yetkilendirilmediği halde ilgili kişinin yetkili temsilci olduğunun bildirilmesi arasında onda yaratılan güven bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK m. 41/II hükmü, yetkinin varlığına yönelik beyanla üçüncü kişilerde güven yaratıldığı durumlarda da kıyasen uygulanmalıdır. Aksi düşünce, üçüncü kişiye, temsilcinin yetkili olduğunu bizzat bildiren temsil olunanın işlemin sonuçlarından memnun olmaması halinde yetkisiz temsil hükümlerinden faydalanmasına yol açabilecektir. Böyle bir kabulün TMK m. 2 hükmüne dayanan çelişkili davranış yasağına aykırı olacağı açıktır.

b. Yetkilendirme Beyanı ile Bildirimin İçeriğinin Farklı Olması

Temsil yetkisinin kapsamı ile üçüncü kişiye bildirilen kapsam arasında fark bulunmuyor ya da temsilci kendisine yöneltilmiş bir beyanla yetkilendirilmiş ise TBK m. 41/II hükmü uygulama alanı bulmaz. Temsilcinin yetkisi olmaksızın yaptığı hukuki işlemler, yetkisiz temsil hükümlerine tabi olur. Buna karşılık temsil olunan, üçüncü kişilere yetkinin kapsamı veya varlığı konusunda bir bildirim yapmış olup da bildirim ile temsilciye yapılan yetkilendirme beyanı arasında

¹⁰² Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.32; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.30; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.10; Aybay (n 1) 30; Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1343; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680; Eren (n 1) N.1358-1359; Karasu (n 1) 183-184; Klein (n 1) Art.33, N.13; İnceoğlu (n 1) 164; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 208. Hükmün ifadesinin yetkinin varlığına değil kapsamına ilişkin olduğu yönünde bkz. Deniz (n 2) 44, 48, 51. Üçüncü kişiye yapılacak bildirim bir irade açıklaması değil bilgi açıklaması olduğu yönünde bkz. Gümüş (n 1) 382; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.680. Bu durumda yalnızca görünüşte temsil (*scheinvollmacht*) söz konusu olduğu yönünde bkz. Esener (n 1) 44. İç temsil yetkisi verilmemişse veya geçersizse, dış temsil yetkisinin varlığının, temsilciyi yetkili kılmayacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Gümüş (n 1) 382, 393.

fark varsa ya da temsilci olarak bildirilen kişi yetkili değilse TBK m. 41/II uyarınca, üçüncü kişilere yapılan bildirim esas alınır¹⁰³. Şu hâlde kendisine yöneltilen yetkilendirme beyanı olmaksızın doğrudan üçüncü kişilere temsilcinin yetkili olduğunun bildirildiği veya temsilcinin yetkisinin kapsamının üçüncü kişiye bildirilen kapsamla uyuşmadığı hallerde, kendilerine yapılan bildirimde güvenen üçüncü kişiler hükümdeki korumadan yararlanacaklardır.

Belirtmek gerekir ki üçüncü kişilere bildirilen yetkinin kapsamının, temsilcinin yetkisinden daha geniş olduğu hallerde hükmün uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Temsilciye sınırlı yetki verilmesine rağmen üçüncü kişiye sınırlamaların bildirilmediği veya temsilciye temsil yetkisinin sınırlamalarını içermeyen bir temsil belgesinin verildiği durumlarda, yetkinin kapsamı, yetkinin sınırlanmadığına güvenen üçüncü kişilere yapılan bildirimde göre belirlenecektir. Örneğin, müşterek (ortak) temsil yetkisi bulunan temsilcinin bu sınırlamanın yer almadığı bir temsil belgesi ibraz ederek, tek başına işlem yapması halinde belgeye güvenen üçüncü kişiye karşı, TBK m. 41/II uyarınca yetki eksikliği ileri sürülemeyecektir¹⁰⁵. Zira bu hallerde üçüncü kişiye bildirilen kapsam, temsilcinin yetkisinden daha geniştir¹⁰⁶. Bu kabul doğrultusunda, üçüncü kişiye bildiri-

¹⁰³ Bulut (n 1) 18; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.720; Eren (n 1) N.1379; İnceoğlu (n 1) 163; Oğuzman ve Öz (n 1) N.716; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1)180; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 71.

¹⁰⁴ İnceoğlu (n 1) 164; Bulut (n 1) 18; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.143. Temsilcinin, üçüncü kişiye bildirilen yetki sınırını aşması halinde, iç yetki sınırları aşılmamışsa işlemin hükümlerini doğuracağı ve temsil olunanı bağlayacağı; hem iç hem dış yetki aşılsa bu halde yetkisiz temsil hükümlerinin uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.710. Hükmün dış temsil yetkisinin iç temsil yetkisinden geniş olduğu hallerde uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Gümüş (n 1) 394, dn.394; 404, dn.410.

¹⁰⁵ Bu hallerde, üçüncü kişilere karşı yetki eksikliğinin ileri sürülememesinin hukuki dayanağının TBK m. 42/III hükmünün kıyasen uygulanması olduğu yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.735, 737. Bu hallerde yetkilendirme beyanı sırasında belirlenen kapsam ile ilgili bir durum söz konusu olduğu için üçüncü kişilerin korunmasının TBK m. 41/II kapsamında ele alınması gerektiği yönünde katıldığımız görüş için bkz. Bulut (n 1) 83; İnceoğlu (n 1) 237; Furrer Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.698. Müteselsil temsil halinde ise temsilcinin kendisinden önce işlem yapan diğer temsilcinin varlığını biliyor olması halinde, kendisine müteselsil temsil kaydı içermeyen bir yetki belgesi sunulmuş olan üçüncü kişinin TBK m. 44/II (eBK m. 36/II) hükmü kapsamında korumadan yararlanabileceği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 239. Aynı olayda TBK 42/III hükmünün uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.737.

¹⁰⁶ Sınırlamalardan hiç söz edilmeksizin temsil yetkisinin varlığının bildirildiği hallerde, temsilciye sınırsız bir yetki verildiğini düşünmekte haklı olan üçüncü kişilerin eBK m. 33/II (TBK m. 41/II) hükmünde düzenlenen korumadan yararlanabileceği ancak üçüncü kişinin belirli sınırlamalar bulunduğunu çıkarabileceği durumlarda ise sınırlamalara uymayan kısmın yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. İnceoğlu (n 1) 168.

len yetki kapsamı içinde kalan işlem geçerli olacaktır. Üçüncü kişiye bildirilen kapsamın, temsilcinin yetkisinden daha dar olduğu hallerde ise bildirilmeyen kısım, temsil yetkisinin sınırlanması olarak anlaşılmayacaktır. Dolayısıyla üçüncü kişiye bildirilen kapsamı aşmasına rağmen temsilciye verilen yetkinin kapsamı içerisinde yer alan işlem geçerli olacaktır¹⁰⁷. Ancak somut olayın özellikleri doğrultusunda, temsil olunanın, bildirim yaptığı üçüncü kişiye karşı temsilcinin yetkisini sınırlamak istediği tespit edilebiliyorsa, yetkinin kapsamı üçüncü kişiye bildirilenden daha dar olsa bile, temsilciye yöneltilmiş olan yetkilendirme beyanının esas alınması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁰⁸. Bu görüşe göre, mali durumunun kötü olduğu konusunda şüphe bulunan bir alıcıya, temsilcinin yetkisinden daha düşük bir miktarda satış yapılabileceğinin bildirildiği bir örnekte, bildirim bir yetki sınırlaması olduğu sonucuna varılabilecektir. Buna karşılık temsil olunanın alıcı olduğu bir sözleşmede, üçüncü kişiye bildirdiği kapsamın aslında fiyatın fazla yükselmemesi için bir pazarlık stratejisi olduğu belirlenebiliyorsa temsilcinin, üçüncü kişiye bildirilenden daha geniş kapsamlı olan yetkisi esas alınacaktır. Ancak her durumda, temsil olunanın yetkinin kapsamını açıklayan bildirimine, üçüncü kişinin güven ilkesi uyarınca vermesi gereken anlama göre hareket edilmelidir.

Doktrinde yetkinin kapsamına ilişkin olarak zaman bakımından getirilen sınırlamaların, TBK m. 41/II'nin uygulama alanı bakımından özellik arz ettiğine dikkat çekilerek, temsil olunanın, temsilciyi belirli bir süre ile yetkilendirmesi halinde, sürenin dolması ile yetki de kendiliğinden sona erdiği için temsilcinin bundan sonra işlem yapması halinde diğer sınırlamalara uyulmamasından farklı olarak yetkinin aşılmasına değil sona ermesine dayanan yetkisiz temsil söz konusu olacağı belirtilmektedir¹⁰⁹. TBK m. 41/II hükmünün yetkinin sona ermesinde değil sınırlarının aşılmasında uygulanacağından hareketle, temsilcinin yetkili olduğunun üçüncü kişilere bildirilmesine rağmen süreye ilişkin sınırlamaların bildirilmemesi halinde üçüncü kişinin TBK m. 41/II hükmündeki korumadan

¹⁰⁷ Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.140; Esener (n 1) 85. Dış yetkilerin işlevinin, iç yetkilerin yokluğunda veya yetersizliğinde, onların yerini almak olduğu, dış yetkileri belirleyen bildirim, iç yetkileri de kısıtlayan özel durumlar dışında yetkinin kapsamını genişletebilmesine karşılık kısıtlayamayacağı yönünde bkz. Karasu (n 1) 249.

¹⁰⁸ Üçüncü kişiye bildirilen temsil yetkisinin kapsamının, temsilciye beyan edilenden daha dar olduğu durumların, temsilciye beyan edilen kapsamın bir kısmının üçüncü kişiye açıklanmış olması ile karıştırılmaması gerektiği yönünde bkz. Inceoğlu (n 1) 167; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Deniz (n 2) 45-46.

¹⁰⁹ Inceoğlu (n 1) 199; Bulut (n 1) 80-81, 118-119; Oruç Ömeroğlu (n 1) 107.

yararlanamayacağı ancak sürenin dolması ile diğer şartların gerçekleşmiş olması halinde TBK m. 44/II (eBKm. 36/II) hükmünün uygulanmasının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹¹⁰.

Boş olarak verilen temsil belgesinin temsilci tarafından temsil olunanın iradesine aykırı şekilde doldurulduğu hallerde de kendisi ile hukuki işlem yapılan üçüncü kişinin, TBK m. 41/II hükmündeki korumadan yararlanacağı kabul edilmektedir¹¹¹. Aynı sonuç temsil olunanın yetkilendirme sırasında ayırt etme gücünün bulunmaması örneğinde olduğu gibi yetkilendirmenin geçersiz¹¹² olduğunun sonradan anlaşıldığı hallerde de kabul edilmektedir¹¹³. Geçersiz bir temsil belgesine dayalı hukuki işlemlerde üçüncü kişinin TBK m. 41/II kapsamında korunması gerekip gerekmediği noktasında, geçersizlik sebepleri bakımından ayırım yapan katıldığımız görüşe göre, geçersizliğin temsil olunanın ehliyet eksikliğine dayandığı hallerde hükmün uygulama alanının sınırlandırılması amacı ile bağdaşır bir yorum olacaktır¹¹⁴. Bununla birlikte temsil olunan ayırt etme gücünü kendi kusuru ile kaybetmişse, somut olayın özellikleri doğrultusunda TBK m. 41/II hükmünün uygulama alanı bulabileceği kabul edilebilir. Ancak temsil yetkisi, konusu hukuka, ahlaka, kişilik haklarına ve yasanın emredici kurallarına aykırı veya imkânsız bir hukuki işlem için verilmişse yetki geçersiz olacağına da temsile ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz, dolayısıyla bu hallerde üçüncü kişilerin korunması söz konusu olmaz¹¹⁵.

¹¹⁰ İnceoğlu 322, dn.852, 199 dn.380; Bulut (n 1) 119. Temsil olunan tarafından bildirilen yetkinin sürenin geçmesi nedeniyle sona ermesi halinde, bu durum kendisine bildirilinceye kadar iyiniyetli üçüncü kişinin, yetkinin devam ettiğine ilişkin güveninin korunacağı, yetki bildirimının belli bir sona erme süresini içermesi halinde sona erme bildirimine gerek kalmadan temsil yetkisinin üçüncü kişiye karşı ortadan kalkacağı yönünde bkz. Karasu (n 1) 386. Aynı yönde bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.725.

¹¹¹ Yetki belgesinin söz konusu olduğu hallerde, temsilcinin yetkisinin, üçüncü kişiye bildirilenden farklı olmasının, temsilciye içeriğini aralarındaki anlaşmaya uygun olarak doldurması için boş bir vekâletname verilmesi halinde mümkün olacağı yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 165. Boş bir vekâletnamenin temsil olunanın iradesine aykırı doldurulmasına, OR Art.36/II (TBK m. 44/II) hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.36, N.9. Aksi yönde bkz. Watter ve Schneller (n 1) Art.33 N.18; Klein (n 1) Art.33, N.27. Dürüstlük kuralından hareket eden görüş için bkz. Kut ve Bauer, Art.33 N.9.

¹¹² Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14. Geçersiz olarak verilmiş bir temsil yetkisine dayalı olarak işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişinin TBK m. 41/II hükmü uyarınca korunacağı yönünde bkz. Gümüş (n 1) 407.

¹¹³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14.

¹¹⁴ İnceoğlu (n 1) 116.

¹¹⁵ Bulut (n 1) 73-74; İnceoğlu (n 1) 128-129, 133.

Kanımızca temsil yetkisinin yürürlüğe girmesinin vadeye bağlandığı hallerde, vade dolmadan temsil olunanın üçüncü kişilere temsilcinin yetkili olduğunu bildirmesi ya da temsilcinin-yetkinin vade dolunca hüküm ifade edeceği bilgisini içermeyen- bir temsil belgesini ibraz ederek işlem yapması söz konusu ise üçüncü kişiler, TBK m. 41/II kapsamında korunmalı ve onlara karşı yetkinin var olmadığı ileri sürülemez. Zira böyle bir durumda gerçekte yetkili olmayan bir temsilcinin, temsil yetkisi olduğu yönünde üçüncü kişilerde haklı güven uyandırılmaktadır.

Temsil yetkisi verilmesinin muvazaalı olması halinde ise temsilci ve temsil olunan arasında bir temsil ilişkisi doğmamaktadır¹¹⁶. Bu durumda, yetkilendirme kesin hükümsüzdür. Muvazaalı temsil yetkisi ile temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda üçüncü kişileri aldatma amacı söz konusu olduğu için bu amacın gerçekleşebilmesi için genellikle temsilcinin yetkili olduğu, üçüncü kişilere bildirilecek veya ona bir temsil belgesi verilecektir. Bu hallerde temsil olunanın temsil yetkisi verme işleminin muvazaalı olduğunun, TBK m. 41/II uyarınca, yetkinin varlığına ve kapsamına güvenen kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁷. Doktrinde bu sonucun, temsilcinin muvazaadan haberdar olduğu durumlar için geçerli olduğunu kabul eden yazarlar bulunmakta¹¹⁸ ise de katıldığımız görüş uyarınca¹¹⁹, temsil yetkisi verme tek taraflı bir hukuki işlem olsa da muvazaanın söz konusu olabilmesi için temsilci ve temsil olunan arasında muvazaa anlaşmasının bulunması şarttır. Bu nedenle temsilcinin haberinin olmadığı bir muvazaalı temsil yetkisinden bahsetmek mümkün değildir.

Temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda, üçüncü kişilere yapılan bildirim temsil olunan tarafından iptal etmek istenmesi halinde, temsilci henüz üçüncü kişi ile hukuki işlem yapmamışsa bildirim serbestçe geri alınabileceği ve üçüncü kişilerin TBK m. 41/II kapsamındaki korumadan yararlanmalarının mümkün olmayacağı dolayısıyla bildirim iptal edilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir¹²⁰. Üçüncü kişi, kendisine yapılan bildirim geri alınmasından itibaren ileriye etkili olarak iyiniyet iddiasında bulunamayacaktır. Temsilci hukuki işlem yaptıktan sonra ise yetkinin geri alınması ileriye etkili sonuç doğuracağı ve işlem

¹¹⁶ Inceoğlu (n 1) 129-130; Eren (n 1) N.1363; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.31.

¹¹⁷ Inceoğlu (n 1) 129-130; Eren (n 1) N.1363.

¹¹⁸ Eren (n 1) N.1363.

¹¹⁹ Inceoğlu (n 1) 128, dn.115.

¹²⁰ Bulut (n 1) 77; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.19; Inceoğlu (n 1) Temsil, 151.

anında yetkili bir temsilci söz konusu olacağı için işlem ile temsil olunan bağlı olacaktır¹²¹. Dolayısıyla işlemle bağlı olmak istemeyen temsil olunanın irade bozukluğuna dayanarak üçüncü kişilere yönelttiği bildirim iptal etmekten başka bir yolu bulunmamaktadır. Zira iptal beyanı geriye etki ederek üçüncü kişiye yapılan bildirim baştan itibaren geçersiz hale getirecek ve temsil olunan işlemle bağlı olmaktan kurtulacaktır¹²². Doktrinde temsil olunanın üçüncü kişiye yaptığı bildirim iptal ettiği hallerde TBK m.41/II hükmünde öngörülen korumanın söz konusu olmayacağı ve yanılmada kusuru bulunan temsil olunanın tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir (TBK m. 35)¹²³. Aksi yöndeki görüş ise temsil olunana üçüncü kişilere yaptığı bildirim iptal etme hakkının tanınmasının, TBK m. 41/II hükmünün amacı ile bağdaşmayacağı yönündedir¹²⁴.

c. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 41/II hükmünde, kendisine bildirim yapılan üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranıp aranmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim görüş, hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiğini kabul etmektedir¹²⁵. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması, temsil olunanın kendisine bildirdiği yetkinin varlığına ve yapılan işlemi kapsadığına olan güvenini anlatır¹²⁶. Başka ifadeyle üçüncü kişinin kendisine yapılan

¹²¹ İşlem yapıldıktan sonra beyan edilen geri almanın, TBK m. 41/II hükmünün uygulanmasına engel olmayacağı yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.19; İnceoğlu (n 1) 151. İşlem yapıldıktan sonra beyan edilen geri almanın TBK m. 41/II hükmünün uygulanmasına engel olmayacağını belirtmekle birlikte, işlemin yapıldığı sırada temsilcinin yetkili olduğu, işlemin yapılmasından sonra geri alma beyanında bulunulmasının ileriye etkili olarak hüküm doğuracağından geri alma beyanından önce yapılan işlemin geçerliliğini koruyacağı yönünde bkz. Bulut (n 1) 78. İşlem anında yetkili bir temsilci bulunduğu hususuna katılmakla birlikte bu durumda TBK m. 41/II hükmünün uygulanmasının söz konusu olmayacağı görüşündeyiz.

¹²² İnceoğlu (n 1) 152.

¹²³ İnceoğlu (n 1) 152, 155. Yalnızca iptal hakkının varlığından bahseden ancak tazminata değinmeyen görüş için bkz. Eren (n 1) N.1364; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.118, 127.

¹²⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 46, N.19.

¹²⁵ Gümüş (n 1) 404; Eren (n 1) N.1359; Aybay (n 1) 31; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.719. Üçüncü kişinin iyiniyetinden söz edilmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 70 d.238. Hükümde iyiniyet şartı eklenerek doldurulması gereken gerçek olmayan bir boşluk söz konusu olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.13. Temsilciye beyan edilen yetkinin kapsamının kendisine bildirilenden daha dar olduğunu üçüncü kişinin bilmesinin de sonucu etkilememesi gerektiği ancak üçüncü kişinin kendisine yapılan bildirimden sonra temsilciye yapılan bildirimle yetkinin kapsamının daraltıldığını bilmesinin sonuca etkili olabileceği yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.716.

¹²⁶ Karasu (n 1) 222.

bildirim içeriğinin, temsilciye yöneltilen beyan ile örtüştüğüne yönelik haklı güveni bulunmalıdır. Yetkinin bulunmadığını veya yapılan işlemi kapsamadığını bilmeyen veya bilmeleri beklenmeyen kişiler, hükmün kapsamındadır¹²⁷. Temsil yetkisinin bulunmadığını veya sınırlandığını bilen kişilerin, kendilerine yapılan bildirim güvenmelerinden ve dolayısıyla korunma değer menfaatlerinin bulunduğundan söz edilemez¹²⁸. Kendisine yapılan bildirim ile temsilciye yöneltilen beyanın örtüşüp örtüşmediğini araştırma yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişinin, tereddüt uyandıracak durumlarda gerekli araştırmayı yapması ve işlemi yapmaktan kaçınması gerektiği belirtilmektedir¹²⁹. Doktrinde bir görüş, üçüncü kişinin güven teorisine göre temsil olunanın aktif ve ihmali davranışlarından temsil yetkisinin var olduğu sonucuna ulaşmakta haklı olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmekle beraber, temsilciye yapılmış bir beyanın söz konusu olmadığını kendisine yapılan bildirimden sonra öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği hallerde hükmün uygulanması bakımından iyiniyetin ayrı bir unsur olarak aranması gerektiğini savunmaktadır¹³⁰. İyiniyetin yalnızca yasanın öngördüğü durumlarda söz korunabileceği gerekçesine dayanan diğer bir görüş ise hükmün uygulama alanı bulabilmesi için üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiğini kabul etmekle beraber yasa koyucunun hükme iyiniyet unsurunu ekleyerek bu eksikliği gidermesi gerektiğini ileri sürmektedir¹³¹.

3. Hukuki Görünüşe Dayanan Temsilin TBK m. 41/II Hükmünün Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuki görünüşe dayalı temsil, temsil yetkisi bulunmayan ancak temsilci gibi davranan kişinin, üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerin, temsil olunanın davranışlarına bağlı olarak bağlayıcı kabul edildiği durumları ifade etmektedir. Bu hallerde, temsil olunanın davranışları, temsilci gibi davranan kişi ile aralarındaki iç ilişkiyi bilmeyen veya bilmesi beklenmeyen üçüncü kişide, temsil yet-

¹²⁷ Aydoğdu, Nart ve Maral (n 1) 76; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.155; Watter ve Schneller (n 1) Art.33 N.35; Kut ve Bauer, Art.33 N.46; Gümüş (n 1) 404; Karasu (n 1) 223-224.

¹²⁸ Türk Borçlar Kanunu m. 41/II hükmünde, iyiniyet unsuruna değinilmemişse de bu gerekliliğe düzenlemenin amacından ve TBK m. 42/III hükmü ile sistematik bağlantısından ulaşılabileceği, her iki hükümde dış temsil yetkisi kapsamında yaratılan veya devam ettirilen görünüşe haklı olarak güvenen üçüncü kişinin korunduğundan hareketle TBK m. 42/III hükmünde iyiniyetin aranmasına rağmen TBK m. 41/II hükmünde aranmamasının çelişkiye yol açacağı yönünde bkz. Karasu (n 1) 222-223.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.59; Karasu (n 1) 224.

¹³⁰ İnceoğlu (n 1) 114.

¹³¹ Bulut (n 1) 20.

kisinin var olduğu veya yetkinin kapsamının gerçekte verileden daha geniş olduğu yönünde hukuki görünüş yaratmaktadır¹³². Temsilciye yönelttiği bir yetkilendirme beyanı veya üçüncü kişiye temsilcinin yetkili olduğu veya yetkisinin kapsamı konusunda bir bildirim bulunmamasına rağmen temsil olunanın davranışları ile yarattığı bu hukuki görünüş, temsilin varlığı veya kapsamı konusunda üçüncü kişilere yapılmış bildirim olarak kabul edilmekte ve temsile ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulmasına neden olmaktadır¹³³. Bu sonucun kabul

¹³² Ayrancı (n 1) 164. Hukuki görünüşe dayalı temsili, dış temsil yetkisinin verildiği haller arasında inceleyen yazarlar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.15-16; Karasu (n 1) 218-221; Aybay (n 1) 31-33, 39 vd.; Bulut (n 1) 22-25; Cihan (n 44) 57-60; Inceoğlu (n 1) 117-124; Eren (n 1) N.1359; Esener (n 1) 49 vd.

¹³³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) 46, N.16; Inceoğlu (n 1) 123; Bulut (n 1) 23; Esener (n 1) 49-50, Karasu (n 1) 218. Bu hallerde temsil yetkisinin karine olarak kabul edildiği yönünde bkz. Akyol (n 1) 241. Yargıtay 11. HD 4390/5962, 11.10.2021: “*Asıl davada davalı vekili; davacının sırf borcunu ödemek için bu davayı açtığını, davacı şirket müdürlerinin Halil ... ve... olduğunu ve davacının birlikte imza esas ile temsil edildiğini bu dava ile öğrendiklerini, taraflar arasında uzun süredir devam eden ticari ilişkide davacının tüm ticari yetkilerinin... tarafından tek imza ile kullanıldığını, tek imza ile temsil konusunda davacı tarafından görünüş ve fiili durum yaratıldığını, temsil yetkisinin sınırlandırılmasının tescil ve ilan edilmesine rağmen oluşturulan hukuki görünüş ve icazet nedeniyle davalının iyi niyetli olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; her ne kadar davacı şirketin esas sözleşmesi ve ticaret sicil kayıt bilgilerine göre temsil ve ilzam için iki müdürün birlikte yetkili olduğu kabul edilmiş ise de davacının hem davalı hem de dava dışı kişilerle gerçekleştirmiş olduğu ticari ilişkilerde kullanmış olduğu çeklerde tek imza attığı ve bu şekilde tek imza ile tanzim edilen çeklerle ilgili ödemelerin dahi gerçekleştirildiği, bu suretle ticaret sicil kayıtlarına rağmen fiili olarak tek imza ile çek keşide etme uygulamasının yerleştiği ve dışarıya karşı bu görüntünün verilmiş bulunduğu, bu haliyle davaya konu çeklerde davacı esas sözleşmesi ve ticaret sicil kayıt bilgilerine uygun olarak çift imzayla çek keşide edilmediğinden bahisle geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve hukuken korunmasının mümkün bulunmadığı ayrıca davaya konu çeklerin taraflar arasında yapılan sözlü anlaşma uyarınca mal teslimine karşılık verildiği ve malların teslim edilmediğinden iadesinin gerektiği iddiasının ispatlanamadığı gerekçesiyle asıl dava ve birleşen davanın reddine karar verilmiş, karara karşı, asıl ve birleşen davalarda davacı vekili istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince yapılan istinaf incelemesinde; davalı yanın daha önce tek imza ile keşide edilmiş çekleri ödemesi karşısında, davacı şirketin bu şekilde temsil edildiği ve tek imza ile temsilin bağlayıcılığı kendilerince de müteaddid defalar kabul görmüş bir uygulama olduğu anlaşılmış olmakla davalı yanın imzaya ilişkin istinaf talebi yerinde görülmemiş olup, ispat yükü kendisinde olan davacı senet nedeni ile borçlu bulunmadığına yönelik ispat vasıtası getiremediği gerekçesiyle asıl ve birleşen davalara yönelik davacının istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir. Kararı, asıl ve birleşen davada davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmışa göre yapılan istinaf başvurusunun HMK’nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esaslan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir”.*

edilebilmesi için yetkisi olmamasına rağmen temsilci gibi davranan kişinin varlığı tek başına yeterli ve belirleyici değildir. Belirleyici olan temsil olunanın üçüncü kişilerin temsil yetkisinin varlığına ve kapsamına güvenmelerine neden olan davranışlarının varlığıdır. Temsil yetkisi verilmiş ya da kapsamı yapılan işlemi de kapsıyormuş gibi davranan kişinin engellenmesinin, bu durumu bilen veya dürüstlük kuralı uyarınca gereken özeni gösterse idi öğrenebilecek olan temsil olunandan beklenebilir olması gerekir¹³⁴. İşte bu unsur, hukuki görünüşe dayalı temsili, yetkisiz temsilden ayırır. Sonuç olarak somut olayda yalnızca yetkisi varmış gibi davranan bir temsilci söz konusu ise yetkisiz temsil hükümleri uygulanır¹³⁵.

Temsil olunanın pasif davranışları ile üçüncü kişilerde güven oluşturması, ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır¹³⁶. Katlanma temsili olarak adlandırılan ilk durumda, bir kimsenin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerde temsil yetkisine sahip olduğu yönünde kanaat oluşturduğunu bilmesine ve bunu önleme imkânı olmasına rağmen temsil olunan hareketsiz kalıp bu duruma itiraz etmeyerek üçüncü kişilerde haklı güven oluşmasını sağlamaktadır¹³⁷. Doktrinde, kendisine temsil yetkisi verilmediği veya geri alındığı halde,

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2020-4390-k-2021-5962-t-11-10-2021>> Erişim Tarihi 26 Mart 2024.

¹³⁴ Bulut (n 1) 25; İnceoğlu (n 1) 120-121; Deniz (n 2) 105; Karasu (n 1) 221.

¹³⁵ Bulut (n 1) 25; İnceoğlu (n 1) 120-121.

¹³⁶ İnceoğlu (n 1) 118. Katlanma kavramının kullanılmasının yerinde olmadığı ve ihmal suretiyle hukuki görünüş yaratmanın da mümkün olmadığı gerekçesiyle hukuki görünüş temsili teorisini tek başlık altında katlanma temsili olarak kabul eden görüş için bkz. Deniz (n 2) 101.

¹³⁷ Karasu (n 1) 218- 219; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 73-74; Eren (n 1) N.1359; Gümüş (n 1) 394; Aybay (n 1) 39; Oruç Ömeroğlu (n 1) 199-200; Akyol (n 1) 247 vd.; İnceoğlu (n 1) 118-122; Cihan (n 44) 59; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.8; Bulut (n 1) 23-24; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) §46, N.15; Ayrancı (n 1) 165-166. Yargıtay 11. HD 7624/7345, 19.9.2016: “İcazetin verilmesi kural olarak şekle tabi değildir. Açıkça verilebileceği gibi, zımni davranışlarla verilmesi mümkündür. İcazetin verilmesine ilişkin bir diğer sorun susmanın icazet olarak yorumlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Susmanın kural olarak bir irade beyanı ve buna bağlı olarak da bir icazet olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Özellikle temsil olunanın yapılan hukuki işlem hakkında bilgisinin olmadığı hallerde durum böyledir. Ancak istisnai olarak temsil olunan kimseden dürüstlük kuralı uyarınca hukuki işleme itiraz etmesinin, diğer bir ifade ile söz konusu hukuki işlemi onaylamadığını bildirmesinin beklenebildiği hallerde susmanın icazet sayılabileceği kabul edilmelidir. Böylece, Borçlar Kanunu’nun 6. maddesindeki istisna burada da kıyasen uygulama alanı bulmalı ve özellikle başıslama gibi temsil olunanın yararına yapılan sözleşmeler ile vekâlet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu’nun 387. maddesinde olduğu gibi icabı reddetmemenin kabul sayılacağı durumlarda susmak yetkisiz olarak yapılmış olan hukuki işleme icazet vermek sayılmalıdır. Ancak susmanın icazet sayılabilmesi için gereken ön şart temsil olunanın yetkisiz olarak yapılmış olan işlemde haberdar olmasıdır. Zira aksi tak-

temsil olunanın işletmesinin arabasını, mühürlü kâğıtlarını veya kaşesini kullanan çalışana, temsil olunanın engel olmaması bu duruma örnek verilmektedir¹³⁸. Temsilciye örtülü irade beyanı ile temsil yetkisi verildiği hallerde, katlanma temsilden söz edilmesi mümkün değildir¹³⁹. Zira temsilcinin örtülü olarak yetkilendirildiği durumlarda, katlanma temsilde olduğu gibi varsayılan değil var olan bir temsil yetkisi söz konusudur. Kural olarak olumlu veya olumsuz bir beyanda bulunma anlamına gelmeyen susma ile bir kimseye temsil yetkisi verilip verilemeyeceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin birinci görüşe göre, bir kimse tarafından kendi adına işlem yapıldığını bilen temsil olunanın susması eş deyişle bu duruma itiraz etmemesi ve temsilcinin de güven teorisi uyarınca, temsil olunanın davranışını kendisine yönelik bir yetkilendirme beyanı olarak anlamakta haklı olması halinde temsilciye örtülü irade beyanı ile temsil yetkisi verilmesi söz konusu olur¹⁴⁰. Bu görüşe göre, susma ile temsil yetkisi verildiği için üçüncü kişi ile hukuki işlem yapılması halinde yetkisiz temsil söz konusu olmaz. Diğer görüşe göre ise temsil olunanın susması, dış

dirde temsil olunandan söz konusu hukuki işleme itiraz etmesinin beklenilmesi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, bir hukuki işlemin yetkisiz olarak yapılması durumunda, icazetin verilmiş olduğunu iddia eden kimse bu hususu kendisinin ispat etmesi gerekecektir"
<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hd-e-2015-7624-k-2016-7345-t-19-09-2016>> Erişim Tarihi 24 Mart 2024.

¹³⁸ Akyol (n 1) 248, 437; Bulut (n 1) 102.

¹³⁹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.15.

¹⁴⁰ Esener (n 1) 40. Doktrinde bir görüş, bir kimsenin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerde temsil yetkisine sahip olduğu yönünde kanaat oluşturduğunu bilmesine ve bunu önleme imkânı olmasına rağmen temsil olunanın hareketsiz kaldığı eş deyişle sustuğu ve temsilci gibi davranan kişinin de dürüstlük kuralı uyarınca kendisine yönelik bir yetkilendirme iradesinin bulunmadığını anlamadığı ve anlamasının gerekmediği halleri katlanma temsili olarak ifade etmektedirler. Buna göre, temsilci gibi davranan kimsenin somut olayın özellikleri doğrultusunda dürüstlük kuralı uyarınca, kendisine yönelik bir yetkilendirme iradesinin bulunmadığını anladığı veya anlaması gerektiği durumlarda katlanma temsili oluşmaz. Şu hâlde bu görüşe göre, katlanma temsili, temsilcinin, temsil olunanın susması şeklinde örtülü olarak yetkilendirildiği anlamına gelir ve iç ilişkiyle ilgilidir. Ayrıca temsil olunanın bir kimsenin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de bu durumdan temsil yetkisinin var olduğu anlamını çıkarabileceğini bilmediği ancak gerekli özeni gösterse idi bu durumu anlayabilecek ve önleyebilecek olmasına rağmen hareketsiz kaldığı ve temsilcinin de temsil olunanın susmasını dürüstlük kuralı gereğince kendisine yetki verilmesi olarak değerlendirdiği durum ise görünüş temsili olarak ifade edilmektedir. Buna göre temsilcinin, gerçekte yetkilendirilmediğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, görünüş temsili meydana gelmez. Bu hallerde, temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişki, iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından dış yetki bildirimi olarak değerlendirilebildiği ölçüde, TBK m. 41/II kapsamında koruma gündeme gelebilir. Bu yönde bkz. Karasu (n 1) 187-188; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.48, 52; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.16.

temsil yetkisi verilmesi türlerinden biri olan katlanma temsili olarak değerlendirilebilir. Bu halde, yetki eksikliği, hukuki görünüşe güvenen iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez¹⁴¹.

Hukuki görünüş olarak ifade edilen ikinci durumda ise temsil olunanın bir kimsenin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de bu durumdan temsil yetkisinin var olduğu anlamını çıkarabileceğini bilmediği ancak gerekli özeni gösterse idi bu durumu anlayabilecek ve önleyebilecek olmasına rağmen engel olmaması nedeniyle üçüncü kişilerde güven oluşmasını sağlamasıdır¹⁴². Temsilcinin, kendisine yetki verme iradesi bulunmayan temsil olunanın ihmali sonucu temsil belgesini ele geçirerek üçüncü kişilerle işlem yapması hukuki görünüşe dayalı temsile verilen örneklerdendir¹⁴³. Bu duruma temsil yetkisi bulunmayan bir çalışanın, kendi adına açılan ve uzantısı firmanın kurumsal ismi olan elektronik posta adresini kullanarak üçüncü kişilerle firma adına hukuki işlemler yapmasına rağmen temsil olunanın kullanımı durdurmayı ihmal etmesi de başka bir örnek olarak verilebilir.

Katlanma ve hukuki görünüş temsilinde, üçüncü kişilerde, gerçekte temsil yetkisine hiç veya görünen genişlikte olmayan bir kimsenin yetkili temsilci olduğu yönünde güven oluşturulmaktadır. Bu sonucun kabul edilebilmesi için üçüncü kişinin güven ilkesi ışığında temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarmakta haklı olması aranmaktadır¹⁴⁴. Hukuki görünüşün yetki bildirimini olarak kabul edilmesi için temsilci gibi davranan kimsenin fiillerinin devamlılık arz etmesinin gerekmediği kabul edilmektedir¹⁴⁵. Ayrıca temsil olunanın temsilciye yönelik bir yetkilendirme beyanı da bulunmadığından bu hallerde, temsilci gibi davranan kişi gibi davranan kişi, kendisine temsil yetkisi verilmediğini bilmektedir veya dürüstlük kuralı uyarınca bilebilecek durumda-

¹⁴¹ İnceoğlu (n 1) 109.

¹⁴² Karasu (n 1) 219; Eren (n 1) N.1359; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 74-75; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) §46, N.16; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.8; Aybay (n 1) 40-41; Gümüş (n 1) 395; Oruç Ömeroğlu (n 1) 200-202; Akyol (n 1) 247 vd.; İnceoğlu (n 1) 123-124; Cihan (n 44) 57-58; Bulut (n 1) 24-25; Ayrancı (n 1) 166-169.

¹⁴³ İnceoğlu (n 1) 124, 496; Esener (n 1) 43. Temsil olunanın ihmali nedeniyle yetki belgesinin temsilcinin eline geçtiği hallerde OR Art.36 (TBK m.44) hükmünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.36, N.8.

¹⁴⁴ Karasu (n 1) 219; İnceoğlu (n 1) 120.

¹⁴⁵ Oruç Ömeroğlu (n 1) 200; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.15; Karasu (n 1) 209. Süreklilik aramakla birlikte bir kimsenin temsilci sıfatı ile hareket ettiğinin çok belirgin olduğu durumlarda tek bir durumun da katlanma temsiline yol açabileceği yönünde bkz. Akyol (n 1) 249.

dır¹⁴⁶. Katlanma ve hukuki görünüş temsiline asli sonucu, yaratılan hukuki görünüşe güvenmekte haklı olan üçüncü kişilerin korunmasıdır. Dolayısıyla bu halde temsil olunan, temsilcinin yetkisiz olduğunu ileri süremeyecek ve TBK m. 41/II uyarınca hukuk işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır¹⁴⁷.

C. Üçüncü Kişilerin TBK m. 42/III Uyarınca Korunması

1. Yasal Düzenleme

Temsil olunan, temsil yetkisini her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir (TBK m. 42/I)¹⁴⁸. Temsilcinin, yetkisinin sınırlanmasına veya geri alınmasına rağmen üçüncü kişi ile işlem yapması, ilk durumda yetkinin sınırlarının aşılmasına, ikinci durumda ise yetkinin sona ermesine dayanan yetkisiz temsile sebep olur. Ancak temsilcinin yetkili olduğunu üçüncü kişilere bildirerek onlarda nitelikli bir güven yaratan temsil olunanın, temsilcinin yetkisini sonradan sınırlaması veya geri alması halinde bu yeni durumu onlara bildirmesi gerekir. Aksi halde yetkisiz temsile ilişkin hükümler değil, TBK m. 42/III hükmü uygulama alanı bulur¹⁴⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 42/III hükmü, “*Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı onlara bildirmedeği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Hüküm, temsil yetkisinin varlığına ve kendilerine bildirilen kapsamına güvenen üçüncü kişilerin haklı güvenin korunmasını amaçlamaktadır. Buna göre, bildirilen yetkinin sonradan sınırlanması veya geri alınması halinde, üçüncü kişilerin yetkinin devam ettiğine yönelik güveninin ortadan kaldırılması için sınırlamanın veya geri almanın da bildirilmesi gerekir.

¹⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.15-16; Cihan (n 44) 62; İnceoğlu (n 1) 122.

¹⁴⁷ İnceoğlu (n 1) 119, 125.

¹⁴⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 192; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.42; Esener (n 1) 187; Akyol (n 1) 428; Gauch, Schluep, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13; N.1364; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.1; İnceoğlu (n 1) 272; Karasu (n 1) 383. Temsilci ile temsil olunan arasında bir iç ilişkinin bulunması halinde yetkinin geri alınması veya sınırlanması iç ilişkinin ihlali anlamına geliyorsa bu hallerde temsilcinin, temsil olunana karşı iç ilişkiden doğan talepler söz konusu olabilir. Nitekim bu husus TBK m. 41/I, c. 2 (eBKm. 34/I, c.2) hükmünde, “*Ancak, taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Konu hakkında bkz. İnceoğlu (n 1) 271-272; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 192; Kocayusufpaşaoğlu §48, N.49; Gümüş (n 1) 396; Karasu (n 1) 383; Bulut (n 1) 90; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 82.

¹⁴⁹ İnceoğlu (n 1) 526; Karasu (n 1) 385.

Temsil olunanın yarattığı güvenin devamına izin vermesi halinde, yetkinin sınırlandırıldığını veya geri alındığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilere karşı temsilcinin yetkisiz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Kural olarak yetkisiz temsil hükümlerine tabi olması gereken işlemin, temsil olunanın yarattığı haklı güven sebebiyle onama beyanı aranmaksızın geçerli hale gelmesi ile üçüncü kişi tam korunmuş olacaktır¹⁵⁰. İyiniyetli üçüncü kişilerin TBK m. 42/III'de sağlanan korumadan faydalanabilmeleri için temsil olunan tarafından temsilciye yetki verildiğinin bildirilmiş olması ve fakat daha sonra yapılan sınırlama veya geri almanın bildirilmemiş olması aranır. Başka ifadeyle temsil yetkisi, üçüncü kişiye bildirildikten sonra kapsamın sınırlandırılması, var olan sınırlamaların artırılması ya da yetkinin sona erdirilmesi halinde, yeni durumun kendisine bildirilmediği üçüncü kişiler sınırlama ve geri almadan etkilenmeyeceklerdir¹⁵¹.

2. TBK m. 42/III Hükümünün Şartları

a. Temsil Olunanın Üçüncü Kişilere Bildirim Yapması

Temsil olunan, temsil yetkisini üçüncü kişilere yazı, elektronik posta göndererek ya da kamuya açık basılı ya da internet ortamında yayımlanan gazetelerde duyurarak, ticari temsilde ticaret siciline kayıt ve ticaret sicili gazetesinde ilan ederek açık irade beyanı ile bildirebileceği gibi örtülü olarak da bildirebilir¹⁵². Temsil olunan tarafından temsilci bir yetki belgesinin düzenlenerek temsilciye verilmesi ve belgenin temsilci tarafından işlemin karşı tarafına gösterilmesi halinde de üçüncü kişilere bildirim dolaylı olarak gerçekleşeceği kabul edilmektedir¹⁵³. Bu durumda temsilcinin, temsil olunanın habercisi olarak hare-

¹⁵⁰ Karasu (n 1) 386; İnceoğlu (n 1) 526-527; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14. N.1401; Eren (n 1) N.1400. Benzer bir düzenleme temsil yetkisinin tüm sona erme şekillerini içerecek şekilde, BGB § 170 hükmünde yer almaktadır. "Temsilin Geçerlilik Süresi" (*Wirkungsdauer der Vollmacht*) başlıklı hükümde temsilciye yönelik bir yetkilendirme beyanı olmaksızın doğrudan üçüncü kişiye bildirim, temsil olunan tarafından yetkinin sona erdiği bildirinceye kadar geçerliliğini korur. Konu hakkında bkz. Schubert (n 47) BGB § 170, Rn.9-10.

¹⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.50, § 50, N.14. Hüküm yetkinin sınırlama ve geri alma yoluyla kısmen veya tamamen sona erdirildiği halleri kapsamaktadır. TBK m. 43 uyarınca yetkinin kendiliğinden sona ermesini kapsamamaktadır.

¹⁵² İnceoğlu (n 1) 115, 145; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.679; Esener (n 1) 46; Bulut (n 1) 21; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14, § 48, N.55; Gümüş (n 1) 394; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Eren (n 1) N.1358; Zäch ve Künzler (n 1) Vorbem. zu Art.32-40, N.29, Art.33, N.144; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98; Karasu (n 1) 207-208; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 14, N.1394; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.37.

¹⁵³ Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.131; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209; Esener (n 1) 46; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Eren (n 1) N.1358; Bulut (n 1) 201-

ket ettiği ifade edilmektedir¹⁵⁴. Hükmün uygulama alanı bulmasının ilk şartı, üçüncü kişilere, temsil olunan tarafından bildirim yapılmış olmasıdır. Temsilcinin bildirimine güvenen veya yetkilendirmenin varlığını ya da yetkinin kapsamını kendiliğinden ya da başka şekilde öğrenen üçüncü kişilerin korunması söz konusu değildir¹⁵⁵.

Temsil belgesinin henüz üçüncü kişiye ibraz edilmediği sırada yetkisi geri alınan temsilcinin belgeyi iyiniyetli, geri almayı bilmeyen veya bilmesi beklenmeyen üçüncü kişiye ibraz ederek işlem yapması halinde, işlemin karşı tarafının hangi hükümlerle korunacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Başka ifadeyle, temsil belgesinin, temsilcinin yetkisinin geri alınmasından sonra üçüncü kişilere ibraz edilerek işlem yapılması durumunda, TBK m. 42/III hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılmaktadır. Bu tartışma temsil belgesinin geri alınması için gereken özenin gösterilmemesi halinde tazminat sorumluluğuna yol açan TBK m. 44/II hükmü ile yakın ilgilidir. Doktrinde bir görüşe göre, yetki, geri alma ile sonlandırılmışsa da işlemin yapıldığı sırada yetkili olmayan bir temsilci eş deyişle var olmayan bir yetki söz konusu olduğu için iyiniyetli üçüncü kişi TBK m.

202; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.679, 721; Kutlu Sungurbey (n 1) 39. Bu hallerde, temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde sorun yaşanmayacağı yönünde bkz. Cihan (n 44) 87; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; İnceoğlu (n 1) 165; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Gümüş (n 1) 394, dn.394; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14; § 48, N.55. Temsilcinin kendisine verilen yetki belgesini üçüncü kişilere göstermesinin, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirim yapılması olarak kabul edilebilmesi için yetki belgesinin temsil olunan tarafından hazırlanmış gerçek bir belge olması gerektiği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 115-116; Oruç Ömeroğlu (n 1) 98.

¹⁵⁴ Bu halde temsilcinin haberci rolünü üstlendiği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 46, N.14, § 48, N.55; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.131, 145; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 209; Bulut (n 1) 201-202; İnceoğlu (n 1) 115, 164, 528; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 72-73; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 181; Watter ve Schneller (n 1) Art.33, N.31. Temsil belgesinin üçüncü kişilere ibraz edilmesinin TBK m. 41/II veya 42/III anlamında bir bildirim olduğunun kabulü için temsil olunanın belgeyi temsilciye bu amaçla vermesi ve temsilcinin de belgeyi temsil olunanın iradesine uygun şekilde kullanması gerektiği yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.145; Kut ve Bauer (n 1) Art.33, N.43. Böyle bir amaç olmaksızın verilmiş olsa bile temsil olunanın yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda olduğu ve belgenin üçüncü kişilere ibraz edilmesi halinde bildirim gerçekleşmiş olacağı yönünde katıldığımız görüş için bkz. Klein (n 1) Art.33, N.178. Temsilciye yetki belgesi verilmesinin sonuçları, "Yetki Belgesi" (Vollmachtsurkunde) başlığını taşıyan BGB § 172 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, temsil olunanın düzenlediği temsil belgesinin, temsilci tarafından üçüncü kişilere gösterilmesi temsil yetkisinin bildirim olup yetki belgesi temsil olunanına iade edilinceye ya da belgenin geçersiz olduğu açıklanıncaya kadar temsilcinin yetkisi devam etmektedir. Hükmünde ifadesini bulan yetki belgesine ilişkin açıklamalar için bkz. Schubert (n 47) BGB § 172, Rn.14.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.51.

41/II hükmünün uygulanması ile korunmalı, TBK m. 42/III uygulama alanı bulmamalıdır¹⁵⁶. Ancak işlem yapılmadan önce, temsil yetkisinin geri alındığının bildirildiği veya somut olayda yetkinin geçersiz olabileceğini gösteren emarelerin varlığı söz konusu olup da bunlardan şüphelenmesi gereken üçüncü kişiler, TBK m. 41/II kapsamındaki korumadan yararlanamayacaktır. Diğer bir görüş ise TBK m. 42/III hükmünün yetkinin geri alınmasına rağmen temsil belgesinin alınmadığı halleri de kapsamı gerektiğini¹⁵⁷, belgenin üçüncü kişiye temsil yetkisinin geri alınmasından önce veya sonra ibraz edilmesinin önem taşımadığını, TBK m. 44/II'nin yalnızca yetkinin kendiliğinden sona erdiği hallerde uygulanabileceğini savunmaktadır¹⁵⁸. Farklı yöndeki görüş ise TBK m. 42/III ve 44/II'nin şartlarının aynı anda gerçekleşmesi halinde üçüncü kişinin seçim hakkı olduğunu ileri sürmektedir¹⁵⁹. Katıldığımız görüş uyarınca¹⁶⁰, TBK m. 42/III hükmü, yetki belgesinin, yetkinin geri alınmasından önce üçüncü kişilere ibraz edildiği halleri kapsamaktadır. Dolayısıyla hüküm, yetki belgesinin üçüncü kişilere ibraz edildiği sırada yetkili bir temsilcinin ve geçerli bir temsil ilişkisinin varlığı halinde uygulama alanı bulabilecektir¹⁶¹. Başka ifadeyle hüküm geri alma ile geçersiz hale gelen temsil belgesinin üçüncü kişilere gösterilmesini kapsamamaktadır. Hükmün amacı, yetki verdiğini beyan eden ancak geri alma veya sınırlamayı bildirmemiş olan temsil olunan karşısındaki üçüncü kişileri korumaktır. Oysa geri alma veya sınırlamadan

¹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.58-59; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 220. Görüşün eleştirisi için bkz. İnceoğlu (n 1) 510-514, 527-528. Doktrinde bir görüş, temsil belgesinin henüz üçüncü kişiye ibraz edilmediği sırada temsil olunanın temsilcinin yetkisini geri almasına rağmen temsilcinin belgeyi üçüncü kişiye ibraz ederek işlem yapması halinde de üçüncü kişinin TBK m. 41/II kapsamında korunabilmesi için belgenin sunulacağı kişinin temsil olunan tarafından bilinen veya açıkça bilinebilir bir kimse olması gerektiğini ancak böyle bir durumda temsil olunanın yetkiyi geri aldığı üçüncü kişiye bildirmemek suretiyle yarattığı hukuki görünüşten sorumlu tutulabileceğini ve işlemin kendisini bağlayabileceğini aksi halde temsil olunanın TBK m. 44/II uyarınca sorumlu olacağını savunmaktadır. Anılan görüş için bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.721. Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 227; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.59. Aksi yönde katıldığımız görüş için bkz. İnceoğlu (n 1) 513-514.

¹⁵⁷ Oğuzman ve Öz (n 1) N.755; Kutlu Sungurbey (n 1) 39.

¹⁵⁸ Oğuzman ve Öz (n 1) N.755; Kutlu Sungurbey (n 1) 39; Zäch ve Künzler (n 1) Art.36, N.69. Belgenin ibrazından sonra yetkinin geri alınması halinde üçüncü kişinin TBK m. 42/III Uyarınca (OR Art.34/III) uyarınca korunması gerektiği yönünde bkz. Watter ve Schnell (n 1) Art.36, N.8.

¹⁵⁹ Esener (n 1) 210-211.

¹⁶⁰ Deniz (n 2) 57; İnceoğlu (n 1) 510-511. Geçersiz temsil belgesinin üçüncü kişilere gösterilmesinin TBK m. 42/III'nin kapsamına girmeyeceği, bu hallerde TBK m. 41/II hükmünün uygulanması gerektiği ve temsil olunanın işlemle bağlı olacağı yönünde bkz. Eren (n 1) N.1401; İnceoğlu (n 1) 529, dn.633.

¹⁶¹ Deniz (n 2) 57; İnceoğlu (n 1) 511.

sonra belgeyi ibraz eden temsilci işlem anında yetkili olmadığı için bu durumun hükmün uygulama alanına girmesi söz konusu değildir. Şöyle ki temsilciye bir yetki belgesi verilmesi halinde temsil olunan doğrudan üçüncü kişilere açıklama yapmamakta, temsilci yetki belgesini ibraz etmekte ve belgenin ibraz edilmesi bildirim işlevini görmektedir. Başka ifadeyle temsil belgesinin ibraz anı aynı zamanda bildirim anıdır. Bildirim anında yetkili olmayan temsilciden yetki belgesinin alınmaması ve temsilcinin buna dayanarak işlem yapması halinde ise TBK m. 42/III değil TBK m. 44/II hükmü uygulanmalıdır¹⁶². Aynı temsil belgesi, yetkinin geri alınmasından önce üçüncü kişiye ibraz edilmiş ve yetkinin geri alındığı üçüncü kişiye bildirilmemişse bu halde TBK m. 42/III hükmü uygulanacaktır¹⁶³. Zira bu olasılıkta temsil belgesinin gösterildiği sırada yetkili olan ancak sonrasında yetkisi geri alınan bir temsilci söz konusudur. Buna karşılık yetkinin başlangıçta sınırlı olarak verilmesine rağmen yetki belgesinde sınırlamalara yer verilmemesi, iyiniyetli üçüncü kişilerin TBK m. 41/II uyarınca korunmasına neden olacaktır.

b. Temsil Yetkisinin Sınırlanması veya Geri Alınması

Temsil yetkisinin sınırlanması veya geri alınması için öncelikle geçerli olarak kurulmuş bir temsil ilişkisi bulunmalıdır¹⁶⁴. Sınırlama ve geri alma, temsilciye yöneltilecek tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile gerçekleşir ve ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurur¹⁶⁵. Ayrıca yetkilendirme bir şekilde bağlı olsa bile geri alma veya sınırlama herhangi bir şekilde bağlı değildir¹⁶⁶. Temsil olunan, temsil yetkisini açık veya örtülü irade beyanı ile sınırlayabilir veya geri alabilir. Temsil olunanın verdiği yetki belgesinin

¹⁶² İnceoğlu (n 1) 511; Deniz (n 2) 55-59; Watter ve Schneller (n 1) Art.36, N.8.

¹⁶³ Katıldığımız görüş uyarınca, TBK m. 42/III kapsamındaki korumadan, temsil olunan tarafından bilinen ve bilinmesi gereken üçüncü kişiler yararlanacaktır. Bkz. İnceoğlu (n 1) 514.

¹⁶⁴ Esener (n 1) 201; Gümüş (n 1) 406; İnceoğlu (n 1) 529; Deniz (n 2) 61; Oruç Ömeroğlu (n 1) 183; Bulut (n 1) 202. Yetkinin geçerli olarak verilmediği durumlarda korumanın TBK m. 41/II (eBkm.33/II) kapsamında söz konusu olacağı yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 529, dn.633; Eren (n 1) N.1401.

¹⁶⁵ İnceoğlu (n 1) 272; Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.3; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.722; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 82; Eren (n 1) N.1388; Kut ve Bauer (n 1) Art.34, N.6; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 192; Karasu (n 1) 383; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) §48, N.43; Esener (n 1) 188; Akyol (n 1) 430; Oğuzman ve Öz (n 1) n.745; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1364; Zähl ve Künzler (n 1) Art.34, N.9. Geri alma beyanının temsilciye ulaşmasından sonra öğrenilmesine kadar geçen süre içinde BK. m. 45'in (OR Art.37) uygulanmasının gündeme gelebileceği yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 273; Oğuzman ve Öz (n 1) n.745; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.43, dn.80; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.9.

¹⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.43; Eren (n 1) n.1388; Karasu (n 1) 383; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 192; İnceoğlu (n 1) 273; Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.5, 6; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.3, 5; Kut ve Bauer (n 1) Art.34, N.9.

iade edilmesinin istemesi ya da yetki verilen konuda yeni bir temsilciyi yetkilendirmesi, yetkinin örtülü olarak geri alınması hallerine örnek verilmektedir¹⁶⁷. TBK m. 42/I hükmünde yer alan yetkinin sınırlanması ifadesi, başlangıçta belirlenen kapsamın sonradan daraltılması veya var olan sınırlamaların arttırılması başka deyişle yetkinin kısmen geri alınması anlamına gelir¹⁶⁸. Yetkiyi kısmen geri alan sınırlama beyanı, temsil yetkisini ortadan kaldırmayıp yalnızca içeriğini değiştirdiği için değiştirici yenilik doğuran haktır¹⁶⁹. Yetkinin sınırlanması, temsil olunanın talimatları ile gerçekleşmektedir¹⁷⁰. Ancak talimat, yetkinin sınırlanmasından daha geniş bir anlama sahiptir. Talimat, temsil yetkisinin verilmesinden sonra, yetkinin kullanılması ile ilgili olarak temsil olunan tarafından temsilciye verilen emir ve direktifler olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹. Şu hâlde talimat, temsil olunanın temsilciyi yetkilendirdiği sırada temsil yetkisinin kapsamını belirlemesi ile ilgili olmayıp yetkilendirme sonrası yapılan değişiklikleri anlatır. Bu değişiklikler, yetkinin kapsamını genişletebilir, daraltabilir veya kapsama etki etmeyebilir¹⁷². Yetkinin sınırlanmasından farklı olarak geri alma ise yetkinin tamamen sona erdirilmesi olup bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁷³.

¹⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.44; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 83; Karasu (n 1) 383; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.3, 15; İnceoğlu (n 1) 273; Esener (n 1) 188-189; Eren (n 1) N.1388; Kut ve Bauer (n 1) Art.34, N.9.

¹⁶⁸ İnceoğlu (n 1) 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 191; Oğuzman ve Öz (n 1) N.743; Eren (n 1) N.1387; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 82; Aybay (n 1) 58; Bulut (n 1) 90; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.43; Gauch, Schlupe, Schmid ve Emmenegger (n 1) § 13, N.1365; Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.4; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.2.

¹⁶⁹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.43; Karasu (n 1) 383; Bulut (n 1) 90-91.

¹⁷⁰ İnceoğlu (n 1) 271; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.106.

¹⁷¹ Oğuzman ve Öz (n 1) N.722; Eren (n 1) N.1380; Bulut (n 1) 84 vd.; İnceoğlu (n 1) 260; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 68. Yetkinin verilmesi sırasındaki sınırlamaları da talimat kapsamında ele alan görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 50, N.11. Ayrıca talimatın etkisi hakkındaki katıldığımız görüş için bkz. Bulut (n 1) 89.

¹⁷² Temsilciden iyi bir piyasa araştırması yapmasının istenmesinin, kapsama etki etmeyen talimatların örneği olduğu yönünde bkz. Oğuzman ve Öz (n 1) N.722; İnceoğlu (n 1) 260-261. Talimatın yetkinin sınırlanmasından daha geniş anlama sahip olduğu, yetkiyi genişlettiği veya kapsama etki etmediği hallerde, TBK m. 42/III hükmünün uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. Bulut (n 1) 80. Üçüncü kişilere, temsil yetkisinin ve yetkiyi sınırlayan talimatların bildirilmesi ya da yetkinin ve talimatların hiçbirini bildirilmemiş olması halinde, yetkinin kapsamının temsil yetkisine ve talimata göre belirleneceği, talimata aykırı işlemin yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacağı yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 68; Zäch ve Künzler (n 1) Art.33, N.107; Kocayusufpaşaoğlu § 50, N.14; İnceoğlu (n 1) 262. Her talimatın temsil yetkisini sınırladığı yönünde bkz. Eren (n 1) N.1381.

¹⁷³ İnceoğlu (n 1) 271; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 1) 192; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 82; Kocayusufpaşaoğlu § 48, N.43; Bulut (n 1) 90; Esener (n 1) 188; Eren (n 1) N.1388; Gümüş (n 1) 395-396; İnceoğlu (n 1) 272; Zähl ve Künzler (n 1) Art.34, N.1; Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.3.

Türk Borçlar Kanunu m. 42/III hükmünde, temsil yetkisinin tüm sona erme halleri değil temsil olunanın iradesine dayalı olarak geri almadan söz edilmektedir¹⁷⁴. Doktrinde bazı yazarlar, hükmün temsil yetkisinin süresinin dolması ya da bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle sona ermesi durumlarına da uygulanması gerektiğini ancak yetki belgesinde, belirli bir sona erme tarihinin bulunması ihtimalinde temsil yetkisinin sona erdiğini bilebilecek durumda olduğundan iyiniyetli olmayan üçüncü kişinin TBK m.42/III'teki korumadan faydalanamayacağını ileri sürmektedir¹⁷⁵. Temsil yetkisinin irade sakatlıklarına dayalı olarak iptal edildiği hallerde de TBK m. 42/III hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁶. Temsilcinin henüz üçüncü kişilerle işlem yapmadığı dönemde, temsil olunan iptal hakkını kullanmak yerine geri alma beyanında bulunarak da yetkiyi sona erdirebilecektir (TBK m. 42/I)¹⁷⁷. Dolayısıyla henüz işlemin yapılmadığı sırada temsil yetkisinin sona erdirilmek istenmesi halinde iptal hakkının şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesine gerek kalmayacaktır¹⁷⁸. Ancak üçüncü kişilere, yetkilendirme konusunda bildirim yapıldıysa, yetkinin iptal edildiğinin de bildirilmesi gerekir. Zira iptal beyanı esasen bir geri alma beyanı fonksiyonu görecek ve yetkinin iradi sona erme hallerine ilişkin TBK m. 42/III'nin kıyasen uygulanması sonucu, yetkinin iptal edildiği kendilerine bildirilmeyen kişiler hükümde öngörülen korumadan yararlanabileceklerdir¹⁷⁹. Buna karşılık doktrinde bir görüş, temsil yetkisinin aldatma ve korkutma sonucu verilmesi halinde, esasen iptal hakkını kullanan temsil olunanın zarar gören konumunda olduğunu ve istemediği bir işlemle bağlı tutulmasının hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Eren (n 1) N.1401; İnceoğlu (n 1) 530.

¹⁷⁵ Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.725. Temsil olunan tarafından bildirilen bir yetkinin, temsilcinin istifası veya sürenin geçmesi nedeniyle sona ermesi halinde, bu durum kendisine bildirilinceye kadar iyiniyetli üçüncü kişinin, yetkinin devam ettiğine ilişkin güveninin korunacağı, yetki bildirimiminin belli bir sona erme süresini içermesi halinde sona erme bildirimine gerek kalmadan temsil yetkisinin üçüncü kişiye karşı ortadan kalkacağı yönünde bkz. Karasu (n 1) 386.

¹⁷⁶ İnceoğlu (n 1) 148-149, 530; Esener (n 1) 201.

¹⁷⁷ İnceoğlu (n 1) 148; Eren (n 1) N.1364; Akyol (n 1) 219; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 45. İrade beyanının iptal veya geri alma olarak değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği, iptalin şartları gerçekleşmiş ve bu hak bir yıllık süre içerisinde kullanılmışsa beyanının iptal beyanı; aksi halde geri alma beyanı olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Bulut (n 1) 75.

¹⁷⁸ İnceoğlu (n 1) 148.

¹⁷⁹ İnceoğlu (n 1) 148-149, 530; Aybay (n 1) 33.

¹⁸⁰ Deniz (n 2) 61.

c. Sınırlamanın veya Geri Almanın Üçüncü Kişilere Bildirilmemiş Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 42/III hükmünün uygulama alanı bulabilmesinin şartlarından biri de üçüncü kişilere bildirilen yetkinin, sonradan sınırlandırıldığı veya geri alındığının bildirilmemiş olmasıdır. Varlığı ve kapsamı üçüncü kişilere bildirilen yetkinin, sonradan sınırlandırıldığı ve geri alındığının üçüncü kişilere bildirilmemesi, geri almanın ve sınırlamanın onlara karşı ileri sürülememesine neden olur¹⁸¹. Sınırlama veya geri alma, ileriye etkili olduğu için temsilci ile üçüncü kişi işlem yaptıktan sonra yetkinin sınırlandırılması veya geri alınması işlemin varlığını veya geçerliliğini etkilemez.

Hazır olanlar arasında bildirim yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını doğuracaksa da hazır olmayanlar arasında bildirim, işlemin yapılmasından önce üçüncü kişiye ulaşması gerekir¹⁸². Eş deyişle, temsilciye yetki verdiğini üçüncü kişiye bildiren temsil olunanın yetkiyi geri aldığına veya sınırlandırdığına ilişkin bildirimini üçüncü kişiye varmasıyla TBK m. 42/III hükmünde düzenlenen koruma son bulur¹⁸³. Doktrinde sınırlama ve geri alma bildirimini varmasına rağmen öğrenilememesinin haklı sebeplere dayanması halinde üçüncü kişilerin iyiniyetli sayılmaları gerektiğini savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁸⁴ ise de katıldığımız görüş uyarınca, üçüncü kişinin hakimiyet alanından kaynaklanan sebeplerle geri alma bildirimini öğrenememesinin sonuçlarına temsil olunanın katlanması beklenmemelidir¹⁸⁵. Hükümün uygulama alanı bulabileceği hallerin belirlenmesinde Türk-İsviçre doktrininde hukuki işlemlerin ve hukuki işlem benzeri fiillerin hüküm ve sonuçlarını doğurmaları bakımından kabul edilen varma teorisinden ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır. Temsil yetkisinin varlığını üçüncü

¹⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.42, 50. Ticari temsilde, yetkinin sona ermesi halinde üçüncü kişinin korunmasına ilişkin özel hükümlerin varlığı halinde TBK m. 42/III hükmünün uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 527. Ticari temsilde, üçüncü kişinin iyiniyetinin ortadan kaldırılması için yetkinin sona erdiğinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerektiği, geri almanın tescil ve ilanından önce ticari temsilcinin iyiniyetli üçüncü kişi ile yaptığı işlemlerin geçerliliğini koruyacağı (TBK m. 550), tescil ve ilan edilmemesine rağmen, yetkinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin korunacak iyiniyetinden bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Karasu (n 1) 388.

¹⁸² Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.41; İnceoğlu (n 1) 531. Ulaşmanın yeterli olmadığı öğrenmenin aranması gerektiği yönünde bkz. Gümüş (n 1) 407.

¹⁸³ Karasu (n 1) 386.

¹⁸⁴ Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.12; Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.43. Bu sonucu üçüncü kişinin kendisine gönderilen bildirim kusuru bulunmaksızın öğrenemediğini ispatlayabilmesi durumunda kabul eden görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.54.

¹⁸⁵ Deniz (n 2) 64-65; İnceoğlu (n 1) 532.

kişilere bildiren temsil olunanın, bununla aynı etkiye sahip bir bildirimle yetkinin geri alındığını iletmesinin ötesine geçecek bir riske katlanmasının yasal dayanağı bulunmamaktadır¹⁸⁶.

Temsil yetkisinin geri alınmasına ilişkin bildirim kural olarak temsil olunan veya temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Doktrinde temsil olunan veya temsilcisi dışında bir başka kişi tarafından yapılan bildirim de önemli olduğu ifade edilmekte ancak bu durumda bildirim üçüncü kişinin iyiniyetini kaldırdığı oranda anlam ifade edeceği belirtilmektedir¹⁸⁷. Yargıtay, temsil olunan dan bir bildirim almamasına rağmen sınırlama veya geri almayı öğrenen üçüncü kişilerin TBK m. 42/III hükmündeki korumadan faydalanamayacağını kabul etmektedir¹⁸⁸.

Geri alma veya sınırlama bildiriminin, üçüncü kişiye nasıl açıklanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim görüşüne göre, en az bildirim yapılmasıyla eşdeğer yöntemle yapılması gerekir¹⁸⁹. Eş değer yöntem, bildirim ve geri almanın mutlaka aynı şekilde, aynı araçlarla yapılması anlamına gelmektedir. Geri alma veya sınırlama beyanını üçüncü kişinin öğrenmesi, en az temsil yetkisinin bildirildiği yol kadar veya ondan daha fazla etkili bir yöntemle

¹⁸⁶ Deniz (n 2) 64-65.

¹⁸⁷ İnceoğlu (n 1) 537. Bildirim temsil olunan tarafından yapılmasının şart olmadığı, sınırlama veya geri almanın tesadüfen öğrenildiği hallerin de yeterli olduğu yönünde bkz. Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.12.

¹⁸⁸ Yargıtay 1. HD 1424/4050, 24.6.2019: "Temsil edilen, üçüncü kişilere temsil yetkisinin verildiğini bildirmesine rağmen, bu yetkinin daraltıldığını ya da kaldırıldığını bildirmemişse temsilci, yetkisinin sona erdiğini bilerek hareket etmiş olsa bile, o şahısla yapacağı sözleşmeden doğan hak ve borçlar temsil olunanın hukuk alanında doğar ve onu bağlar. (TBK. 42/III) Böyle bir düzenleme ile yasa koyucunun amacının üçüncü şahısların hukukunu korumak olduğu tartışmadan uzaktır. Tabii ki temsil edilen kimse, temsil yetkisinin kaldırıldığını üçüncü kişiye bildirmiş ise, bunu ona karşı ileri sürme hakkına sahip olacaktır. Bunun yanında üçüncü kişi, temsil edilenden bir bildirim almamakla birlikte, yetkinin son bulunduğunu başka bir suretle öğrendiği takdirde de Türk Borçlar Kanununun 42/III. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacaktır". <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2019-1424.htm&kw=T%C3%BCrk+Bor%C3%A7lar+Kanununun+%42/III`&cr=yargitay#fm>> Erişim Tarihi 4 Mayıs 2024. Anılan kararı yerinde bulan görüş için bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 86.

¹⁸⁹ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 87; Deniz (n 2) 62; İnceoğlu (n 1) 533; Esener (n 1) 202-203; Bulut (n 1) 203; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.52; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 210; Gümüş (n 1) 407; Karasu (n 1) 386; Oruç Ömeroğlu (n 1) 184. Bildirim üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaya elverişli bir yolla yapılmasının yeterli olacağı yönünde bkz. Zäch ve Künzler (n 1) Art.34, N.57; Watter ve Schneller (n 1) Art.34, N.12. BGB §171 Abs. 2 hükmünde, üçüncü kişilere bildirilen temsil yetkisinin, bildirim yapıldığı şekilde geri alınmasına kadar devam edeceği açıkça düzenlenmiştir.

sağlanmalıdır¹⁹⁰. Eş değer olma, bildirim şekli, şahsen yapılıp yapılmadığı, bildirim yapılması sırasında kullanılan araçlar göz önünde tutularak belirlenebilir. Örneğin yetkilendirmenin belirli kişilere bildirildiği hallerde geri alma veya sınırlama bildirimini de onların şahsına, yetkinin yazılı veya sözlü bildirildiği hallerde geri almanın da yine en az böyle bir yöntemle duyurulacak şekilde yapılması gerekir¹⁹¹.

Temsil olunanın geri alma bildirimini kimlere yöneltileceği konusunda değerlendirme yapılması önem arz etmektedir. Bu noktada çeşitli olasılıklar üzerinde durulması gerekir. Temsil olunanın kendisinin doğrudan üçüncü kişilere bildirim yapması halinde sınırlama veya geri alma bildirimini de bu kişilere yönetilmesi gerektiği açıktır. Bu olasılıkta, temsil olunan sınırlamayı veya geri almayı kime bildireceğini bilecek durumdadır. Yetkinin kamuya açık şekilde ilan edilmesi halinde de geri alma bildirimini yapılabileceği eş değer yöntem aynı şekilde ilan edilmesiyle olacaktır¹⁹². Bu olasılıkta, bildirim eş değer geri alma veya sınırlama bildirimini her ikisinin de aynı şekilde yapılması işin doğası gereğidir. Ancak temsilciye yetki belgesi verildiği ve belgenin ibraz edildiği kişilerin bilinmediği durumlarda, TBK m. 42/III hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır. Zira temsil olunan sınırlama ve geri almayı yalnızca bildiği üçüncü kişilere bildirebilecek, bilmediği kişilere yönelik bir bildirim yapamayacaktır. Katıldığımız görüş uyarınca¹⁹³, TBK m. 42/III hükmü, bilinen veya bilinmesi gereken kişiler bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Başka ifadeyle temsil olunanın temsil belgesinin ibraz edildiği üçüncü kişileri bilmediği ve bilmesinin beklenmediği durumlarda, TBK m. 42/III uygulanmamalıdır. Bu görüşe göre, temsil olunanın bildiği veya bilebilecek durumda olduğu kişiler ise üç grupta toplanmaktadır. İlki, temsil olunanın temsil belgesini belirlediği kişilere yöneltmek üzere düzenlemesi, ikincisi belirli kişilere yöneltmek üzere dü-

¹⁹⁰ Deniz (n 2) 62; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 87; İnceoğlu (n 1) 533; Bulut (n 1) 203; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.52; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 210; Gümüş (n 1) 407; Oruç Ömeroğlu (n 1) 184.

¹⁹¹ Karasu (n 1) 386-387.

¹⁹² Deniz (n 2) 65.

¹⁹³ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.57; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 224-225; İnceoğlu (n 1) 536; Deniz (n 2) 66. Temsil yetkisinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere bildirmeyen temsil olunanın TBK m.42/III hükmü kapsamında işlemle bağlı tutulabilmesi için üçüncü kişileri bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerektiği, bunlar dışındaki üçüncü kişiler iyiniyetli olsalar dahi onlara yetkinin geri alındığına ilişkin bildirim yapılamayacağından TBK m. 44/II uyarınca tazminat yükümlülüğünün doğacağı yönünde bkz. Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.724. Aynı yönde bkz. Deniz (n 1) 67.

zenlenmiş bir temsil yetkisi bulunmamakla birlikte temsil olunanın belgenin ibraz edildiği kişileri öğrenmiş olması, üçüncüsü ise temsil olunanın işin niteliği gereği belgenin ibraz edileceği kişileri bilebilecek durumda olmasıdır¹⁹⁴. Bunlar dışında kalan kişiler bakımından temsil olunanın bildirim yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmekte ise de doktrinde bu kişiler bakımından da bildirim yükümlülüğünün tümüyle kalkması yerine ilan yolu ile bildirim yapılmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır¹⁹⁵.

d. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması ve Temsilcinin Durumu

Türk Borçlar Kanunu m. 42/III hükmünün, “*Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez*” şeklindeki ifadesi uyarınca, temsilci ile işlem yapan kişinin iyiniyetli olması şarttır¹⁹⁶. İyiniyetli üçüncü kişi temsil yetkisi kendisine bildirilmiş olup yetkinin sınırlandırılmış veya geri alındığının temsil yetkisinin bildirilmesine eş değer bir yöntemle bildirilmediği ya da geri alma veya sınırlamayı başka şekilde öğrenmemiş olan kimsedir (TMK m. 3)¹⁹⁷. Dolayısıyla eş değer bir geri alma veya sınırlama bildirimine bulunmamasına rağmen üçüncü kişinin yetkinin geri alındığını veya sınırlandırıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa TBK m. 42/III uygulama alanı bulamayacaktır¹⁹⁸. Belirtmek gerekir ki üçüncü kişinin işlemin tamamlandığı ana kadar iyiniyetli olması yeterlidir, yasa koyucu iyiniyetin belirli bir süre devam etmesini aramamaktadır¹⁹⁹.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise temsilcinin kötüniyetli olmasının aranıp aranmayacağıdır. Zira hükümde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlarca, TBK m. 42/III hükmünün uygulanabilmesi için temsilcinin kötüniyetli olması gerektiği, iyiniyetli olması halinde ise TBK m.45 hükmünün uygulanacağı savunulmaktadır²⁰⁰. Bu görüşü savunan yazarlara göre, üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde TBK m.42/III veya TBK m.45 hü-

¹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.57; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 224-225.

¹⁹⁵ Inceoğlu (n 1) 536.

¹⁹⁶ 818 sayılı eBkm. 34/II hükmünde, üçüncü kişinin iyiniyetine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen hükmün kapsamına iyiniyetli üçüncü kişinin girdiği yönünde bkz. Inceoğlu (n 1) 538.

¹⁹⁷ Karasu (n 1) 387.

¹⁹⁸ Karasu (n 1) 387; Bulut (n 1) 206-207.

¹⁹⁹ Bulut (n 1) 210-211.

²⁰⁰ Bulut (n 1) 207; Gümüş (n 1) 407.

kümlerinden hangisi uygulanırsa uygulansın temsil olunan işlemle bağlı olacağı için temsilcinin durumunun sonuca etkili olmadığı ifade edilmektedir Aksi yöndeki görüş ise her iki hükmün sonuçlarının (eBKm.34/II ve 37) aynı olduğunu kabul etmekle birlikte aralarında hiyerarşi yaratmanın doğru olmadığı ve temsilcinin kötünietli olmasının ayrı bir şart olarak aranmaması gerektiği yönündedir²⁰¹. Kanımızca da TBK m. 45 hükmünde açıkça temsilcinin iyiniyetinden bahsedilmesinin, TBK m. 42/III hükmünün kapsamını yalnızca kötünietli temsilci ile sınırlanması sonucunu doğurması gerekir.

D. Üçüncü Kişilerin TBK m. 45 Uyarınca Korunması

1. Yasal Düzenleme

Temsil yetkisi sona ermesine rağmen temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlemin temsil olunan açısından bağlayıcı olduğu durumlardan bir diğeri, “*d. Yetkinin sona erdiğinin ileri sürülememesi*” başlıklı TBK m. 45 hükmünde, “*Temsilcinin yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır-lar. Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen temsilci ve üçüncü kişinin yaptığı hukuki işlem, temsil yetkisi devam ediyormuş gibi geçerli sayılmakta ve temsil olunan işlemle bağlı tutulmaktadır²⁰². Bu durum hem üçüncü kişinin hem temsilcinin menfaatinidir²⁰³. TBK m. 45 hükmündeki şartların gerçekleşmesi, yetkisiz temsil hükümlerinin

²⁰¹ İnceoğlu (n 1) 527-528.

²⁰² İnceoğlu (n 1) 539; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.31. Yetkisiz temsilin etkisizleştiği yönünde bkz. Bulut (n 1) 208. TBK m. 45 hükmü ile aynı temele dayanan özel hükümler de bulunmaktadır. Örneğin TBK m. 550 hükmünde, temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği sürece, yetkinin iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini koruyacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla temsil yetkisinin sona erdiği tescil ve ilan edilmezse temsil ilişkisinin sona ermiş olduğu yalnızca bunu bilen ya da bilmesi kendisinden beklenen kimselere karşı ileri sürülebilir. Benzer şekilde TBK m. 514 uyarınca, vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçılarını sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur. TBK m. 641/1 uyarınca, ortaklık, fesih bildiriminden başka bir yolla sona ererse, bir ortağın ortaklık işlerini yönetme konusundaki yetkisi, sona ermeyi öğrendiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenebileceği zamana kadar, kendisi hakkında devam eder.

²⁰³ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 116; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 1) N.726; Karasu (n 1) 391; Bulut (n 1) 208; Deniz (n 2) 69; Gümüş (n 1) 405. İlk planda temsilciyi dolaylı olarak da üçüncü kişiyi koruyan bir hüküm olduğu yönünde bkz. İnceoğlu (n 1) 538-539; Kut ve Bauer (n 1) Art.37, N.1; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.31; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 212; Zäch ve Künzler (n 1) Art.37, N.3. Bu görüşün yerinde olmadığı yönünde bkz. Deniz (n 1) 70.

uygulanmasını engellemektedir. İşlem, temsil olunan açısından temsil yetkisi devam ediyormuşçasına bağlayıcı kabul edildiği için yetkisi sona ermiş olsa bile temsilcinin tazminat sorumluluğu doğmamakta, üçüncü kişi de tazminat yerine ifa menfaatine kavuşmaktadır²⁰⁴.

2. Şartları

Türk Borçlar Kanunu m. 45 hükmü doğrultusunda, temsil yetkisinin bulunmamasına rağmen işlemin geçerli sayılması için temsil yetkisinin sona ermiş olması ve temsilci ile üçüncü kişinin iyiniyetli olmaları şarttır. Hükümde, temsil yetkisinin sona erdiğinin bilinmemesi ifadesine yer verilmiş ise de temsilcinin ve üçüncü kişinin gereken özeni göstermelerine rağmen yetkinin sona erdiğini bilebilecek durumda olmamaları halinde de işlem bağlayıcıdır²⁰⁵. Başka ifadeyle temsilcinin veya üçüncü kişinin yetkinin sona erdiğini bildikleri veya gerekli özeni göstermiş olmaları halinde bilmelerinin beklendiği durumlarda iyiniyetli olduklarından söz edilemez (TMK m. 3). Şu hâlde temsil yetkisinin sona ermesine rağmen yapılan işlemin geçerli olabilmesi için hem temsilcinin hem üçüncü kişilerin işlem tamamlanana kadar iyiniyetli olması şarttır²⁰⁶. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumlarda, temsil olunan yapılan işlemle bağlı olmaz, işlem yetkisiz temsil hükümlerine tabi olur. Belirtmek gerekir ki, temsil yetkisini sona ermesine neden olan hukuki olayların ilan edildiği, temsil olunanın veya temsilcinin kısıtlanması (TMK m.410/II) veya tacir olmaları halinde haklarında iflas kararı verilmesi (İİK m.166/II), ticari temsilcinin temsil yetkisinin sona erdiğinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi (TBK m.550/II) şeklinde örneklenebilecek durumlarda iyiniyet iddiasında bulunulamayacağı için TBK m. 45 hükmü uygulama alanı bulmaz²⁰⁷.

Hükümde temsil yetkisini sona erdiren sebepler bakımından bir ayırım yapılmamaktadır. Temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği veya geri alındığı ya

²⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.31; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 212; Karasu (n 1) 391; İnceoğlu (n 1) 539-540; Bulut (n 1) 208. Hükümün amacının iyiniyetli temsilcinin, TBK m. 47 hükmüne dayanan bir tazminat sorumluluğundan kurtarılması olarak değerlendirilebileceği ve temsil olunanın da işlemle bağlı tutulduğu göz önüne alındığında üçüncü kişilerin de menfaatine yönelik olduğu yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 116.

²⁰⁵ Bu anlamda hükme, “bilmelerinin gerektiği” ifadesinin eklenmesi gerektiği yönünde bkz. Bulut (n 1) 210.

²⁰⁶ Bulut (n 1) 210-211.

²⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.34; Bulut (n 1) 210. Hükümün resmi yolla yapılan ilanlarda uygulama alanı bulmayacağı yönünde bkz. Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 118; Watter ve Scheller (n 1) Art.37, N.3.

da sınırlandırıldığı haller hükmün kapsamındadır²⁰⁸ (TBK m. 42, 43). Temsil yetkisinin sona erdiğinden söz edebilmek için yetkili bir temsilcinin varlığı şarttır. Başka deyişle, işlemin yapılmasından önce yetkilendirilmiş bir temsilcinin, işlem anında yetkisi bulunmamalıdır²⁰⁹.

Yetkinin iradi olarak sona ermesi hallerinde, geri alma beyanı hazırlar arasında yapılmış ise temsilci yetkisinin sona erdiğini öğrenmiş olacağı için yetkinin devam ettiğine yönelik iyiniyetinden söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık hazır olmayanlar arasında yapılan geri alma beyanının temsilciye ulaştığı ve fakat henüz öğrenilmediği sırada işlem yapılması halinde, temsilcinin iyiniyetli sayılabilmesi için öğrenmemenin haklı sebebe dayanıp dayanmadığının değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır²¹⁰. Buna göre temsilcinin kendisine ulaşan sınırlama veya geri alma beyanını haklı sebeplerle öğrenemediği hallerde iyiniyetli olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²¹¹. Geri alma beyanının, temsilciye hiç ulaşmadığı durumlarda yetki devam ettiği için yetkisiz temsil söz konusu olmaz. Bu nedenle yetkinin devam ettiği hallerde, TBK m. 45 hükmü uygulama alanı bulmaz²¹².

Sonuç

Yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemler askıda hükümsüzdür. İşlemin geçerli olup olmayacağı ise temsil olunanın iradesine bağlıdır. İşlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin temsilcinin yetkisinin bulunmadığını bilmemesi veya yeterli özeni gösterse bile bilemeyecek durumda olması da bu sonucu değiştirmez. Kural bu yönde olmakla birlikte, temsil olunanın üçüncü kişilerde temsilcinin yetkisinin var olduğu, devam ettiği veya sınırlanmadığı konusunda güven yarattığı durumlarda, yasada belirlenen şartların varlığı halinde yetkisiz

²⁰⁸ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 116; Deniz (n 1) 70; Gümüş (n 1) 405; Kut ve Bauer (n 1) Art.37, N.2; Zäch ve Künzler (n 1) Art.37, N.2; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 214; Karasu (n 1) 392; İnceoğlu (n 1) 540-541; Watter ve Schneller (n 1) Art.37, N.2; Bulut (n 1) 209. Hükmün yalnızca yetkinin iradi sona erme sebeplerinden geri alma halinde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Esener (n 1) 206. Hükümde yetkinin sona erme sebepleri bakımından ayırım yapılmadığı ve böyle bir sınırlamayı haklı gösterecek bir sebep bulunmadığı, tüm sona erme sebeplerinin uygulama alanına girdiği yönündeki katıldığımız görüş için bkz. İnceoğlu (n 1) 541.

²⁰⁹ Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 116; İnceoğlu (n 1) 542; Gümüş (n 1) 406.

²¹⁰ İnceoğlu (n 1) 544; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 117.

²¹¹ İnceoğlu (n 1) 544; Watter ve Schneller (n 1) Art.37, N.2; Zäch ve Künzler (n 1) Art.37, N.5; Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 117; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 48, N.53.

²¹² Aydoğdu, Nart ve Meral (n 1) 117; Zäch ve Künzler (n 1) Art.37, N.5.

temsile rağmen onama beyanı aranmaksızın temsil olunan işlem ile bağlı kılınmakta ve doğrudan temsile özgü hükümler uygulama alanı bulmaktadır. İşlem hayatının korunması için yaratılan bu istisnalar, üçüncü kişinin tam korunduğu durumlar olarak ifade edilmektedir (TBK m. 41/II, 42/III ve 45/I).

Türk Borçlar Kanunu m. 41/II hükmü ile temsil yetkisinin kapsamının temsil olunanın, temsilciye yönelttiği yetkilendirme beyanına göre belirlenmesi kuralına istisna getirilmiştir. Temsil yetkisinin kapsamı kural olarak temsil olunanın, temsilciye yönelttiği yetkilendirme beyanına göre belirlenir. Yetkilendirme beyanında başka ifadeyle temsilciye yetkinin verilmesi sırasından belirlenen sınırlamalar, temsil yetkisinin kapsamını oluşturur (TBK m. 41/I). Temsil olunan tarafından üçüncü kişilere temsil yetkisinin kapsamının bildirildiği hallerde, yetkinin kapsamı, temsilciye yapılan yetkilendirme beyanına göre değil üçüncü kişiye yapılan bildirimle göre belirlenir. Hükmün ifadesi, temsil yetkisinin içeriğine ilişkin ise de varlığı konusunda da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. TBK m. 41/II hükmünün amacı temsil olunanın temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda yarattığı gerçeğe uymayan görünüşe güvenen üçüncü kişilerin korunmasıdır. Başka deyişle, üçüncü kişilerin yetkinin kapsamı ve varlığı konusunda kendilerine yapılan bildirim ile temsilciye yönelik yetkilendirme beyanının içeriğinin örtüştüğüne inanmakta haklı olduğu durumlarda, yasa koyucu onların menfaatlerini korumayı, temsil olunana tercih etmektedir. Bu doğrultuda hükmün uygulama alanına, temsil olunanın, üçüncü kişiye, yetkilendirmediği halde temsilcinin yetkili olduğunu veya temsilciye verileden daha geniş kapsamlı bir yetki verdiğini bildirmiş olduğu haller girmektedir. Yarattığı hukuki görünüş nedeniyle temsil olunan, üçüncü kişilere karşı, yetkinin var olmadığını veya temsil yetkisinin sınırlanmış olduğunu ileri sürememektedir. TBK m. 41/II hükmünde, kendisine bildirim yapılan üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranıp aranmayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim görüş, hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiğini kabul etmektedir.

Temsilciye yöneltlen bir yetkilendirme beyanı veya üçüncü kişiye temsilcinin yetkili olduğu veya yetkisinin kapsamı konusunda yapılan bir bildirim bulunmamasına rağmen temsil olunanın davranışları ile temsilin varlığı veya kapsamı konusunda yarattığı hukuki görünüşün güven teorisi uyarınca üçüncü kişilere yapılmış bir bildirim olarak kabul edilebildiği hallerde de temsile ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Katlanma ve hukuki görünüş temsili olarak ifade edilen bu durumlarda, üçüncü kişilerde, gerçekte temsil yetkisine hiç veya görünen genişlikte sahip olmayan bir kimsenin yetkili temsilci olduğu yönünde güven oluşturulmaktadır. Bu sonucun kabul edilebilmesi için üçüncü kişinin güven ilkesi işi-

ğında temsilcinin temsil yetkisine sahip olduğu sonucunu çıkarmakta haklı olması aranmaktadır. Temsil olunanın temsilciye yönelik bir yetkilendirme beyanı da bulunmadığından temsilci gibi davranan kişi de kendisine temsil yetkisi verilmediğini bilmektedir veya dürüstlük kuralı uyarınca bilebilecek durumdadır. Katlanma ve hukuki görünüş temsiline aslı sonucu, yaratılan hukuki görünüşe güvenmekte haklı olan üçüncü kişilerin korunmasıdır. Dolayısıyla bu hallerde de temsil olunan, temsilcinin yetkisiz olduğunu ileri süremeyecek ve TBK m. 41/II uyarınca hukuk işlem hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 42/III hükmünde de temsil yetkisinin varlığına ve kendilerine bildirilen kapsamına güvenen üçüncü kişilerin haklı güvenin korunması amaçlanmaktadır. Buna göre, üçüncü kişilere bildirilen yetkinin sonradan sınırlanması veya geri alınması halinde, üçüncü kişilerin yetkinin devam ettiğine yönelik güveninin ortadan kaldırılması için sınırlamanın veya geri alınmanın da bildirilmesi gerekir. Temsil olunanın yarattığı güvenin devamına izin vermesi halinde, yetkinin sınırlandırıldığını veya geri alındığını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilere karşı temsilcinin yetkisiz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Kural olarak yetkisiz temsil hükümlerine tabi olması gereken işlemin, temsil olunanın yarattığı haklı güven sebebiyle onama beyanı aranmaksızın geçerli hale gelmektedir. İyiniyetli üçüncü kişilerin TBK m. 42/III'de sağlanan korumadan faydalanabilmeleri için temsil olunan tarafından temsilciye yetki verildiğinin bildirilmiş olması ve fakat daha sonra yapılan sınırlama veya geri alınmanın bildirilmemiş olması aranır. Başka ifadeyle temsil yetkisi, üçüncü kişiye bildirildikten sonra kapsamın sınırlanması, var olan sınırlamaların artırılması ya da yetkinin sona erdirilmesi halinde, yeni durumun kendisine bildirilmediği üçüncü kişiler sınırlama ve geri almadan etkilenmeyeceklerdir.

Türk Borçlar Kanunu m. 45 hükmünde ise temsil yetkisinin sona erdiğini bilmeyen temsilci ve üçüncü kişinin yaptığı hukuki işlem, temsil yetkisi devam ediyormuş gibi geçerli sayılmakta ve temsil olunan işlemle bağlı tutulmaktadır. Bu durum hem üçüncü kişinin hem temsilcinin menfaatinde. Hükümde temsil yetkisini sona erdiren sebepler bakımından bir ayırım yapılmamaktadır. Temsil yetkisinin kendiliğinden sona erdiği veya geri alındığı ya da sınırlandırıldığı haller hükmün kapsamındadır (TBK m. 42, 43). TBK m. 45 hükmündeki şartların gerçekleşmesi, yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir. Hükmün uygulanabilmesi için temsil yetkisinin sona ermiş olması ve temsilci ile üçüncü kişinin iyiniyetli olmaları şarttır. Üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumlarda, temsil olunan yapılan işlemle bağlı olmaz, işlem yetkisiz temsil hükümlerine tabi olur.

Kaynakça

- Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (Vedat 2009).
- Altaş H, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (MK m. 1-7)* (2. B., Yetkin 2020).
- Altınler FZ, 'Yetkisiz Temsil' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2009).
- Aybay ME, *İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil ve Hukuki Sonuçları* (2. Baskı, Filiz 2023).
- Aydoğdu M, Nart S ve Meral O, *Türk Borçlar Kanunu Temsil Şerhi (TBK m. 40-48)* (Adalet 2023).
- Ayrancı M, 'Yetkisiz Temsil ve Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması' (Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2023).
- Bulut M, 'Yetkisiz Temsil' (Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi 2023).
- Cihan H, *Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi (818 S. BK ve 6098 S. TBK Yönünden Karşılaştırmalı Olarak)* (Beta 2011).
- Deniz D, *Güven İlkesinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Temsil İlişkinine Yansımaları* (On İki Levha 2021).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (Filiz 2021).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. B., Yetkin 2021).
- Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müsnenit Temsil* (Ajans Türk 1961).
- Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021).
- Gauch P, Schlupe WR, Schmid J ve Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht* (9. Aufl., Schultess 2008).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Adalet 2021).
- İnceoğlu MM, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, Borçlar Kanunu Tasarısı, Şartları ve Kapsamı, Ticari Müessesiller, Yetkisiz Temsil* (On İki Levha 2009).
- Karasu B, *Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk Hukukunda Doğrudan ve Dolaylı Temsil* (On İki Levha 2018).
- Klein JP, *Stellvertretung, Art.32 - 40 OR, Zürcher Kommentar* (3. Aufl. Schultess 2020).
- Kocayusufpaşaoğlu N, 'Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK. m. 33/II, 34/III ve 37 Karşısında BK. m. 36/II'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi', Prof. Dr Turhan Esener (ed), *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1990), 207-230.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1* (Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı B., Filiz 2017).

- Kut A ve Bauer C, 'Art.1-40g OR' in Yeşim Atamer, ve Andreas Furrer (eds), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art.1-183 OR* (4. Aufl, Schultess 2023).
- Kutlu Sungurbey A, *Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa In Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar* (Yasa 1988).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (22. B., Vedat 2016).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 19. B., Vedat 2021).
- Oruç Ömeroğlu H, 'Yetkisiz Temsil' (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2018).
- Schubert C, Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 1 (9. Aufl., C.H. Beck 2021).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. B., Filiz 1993).
- Watter R ve Schneller Y, 'Art.32-40 OR', in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegang (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art 1-529 OR* (4. Aufl., Basel 2007).
- Zäch R ve Künzler A, *Obligationenrecht, Stellvertretung, Art.32-40 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (2. Aufl., Stampfli 2014).

Konut Kirasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Taşınmazın Aile Konutu Niteliğinin Arabuluculuk Sürecine Etkisi^(*)

Arş. Gör. Dr. Duygu DAĞLIOĞLU^(**)

Öz

2023 yılında 7445 sayılı Kanunla 6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'na eklenen 18/B maddesi "Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar" bakımından arabuluculuğu dava şartı haline getirmiştir. Bu durum kira sözleşmelerinde arabuluculuk süreciyle ilgili bazı sorunları beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri de Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 194 ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 349 hükümleri karşısında kiralananın aile konutu niteliğinin arabuluculuk sürecine etkisidir. Bu kapsamda temel olarak sözleşmenin feshi ve feshe benzer sonuçlar doğuran bir işlemin arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, bu tür işlemlerin konu edildiği arabuluculuk müzakerelerine sözleşmenin tarafı olmayan eşin davet edilmesinin gerekli gerekmediği tartışılmaya başlanmıştır. Bu makede konusu aile konutu olan kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinde ortaya çıkabilecek problemlere ve çözüm önerilerine yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Aile Konutu, Kira Sözleşmesi, Arabuluculuk, Eşin Rızası.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.03.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 03.06.2024.

Atıf Şekli: Duygu Dağlıoğlu, 'Konut Kirasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Taşınmazın Aile Konutu Niteliğinin Arabuluculuk Sürecine Etkisi' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 861, 883.

DOI: 10.52273/sduhfd..1459624.

^(**) Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye.

E-posta: duyugudaglioglu@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4161-3765>.

The Effect of Matrimonial Home Characteristic of Immovable on Mediation Process Regarding Residential Lease Disputes

Abstract

In 2023, with the addition of Article 18/B to Law on Mediation in Legal Disputes (LMLD) through Law No. 7445, mediation has been made a mandatory prerequisite for lawsuits concerning 'disputes arising from rental relations, except for provisions regarding the eviction of rented properties through summary proceedings in accordance with the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004.' This has introduced certain issues related to the mediation process in rental contracts. One such issue is the impact of the residential property being considered a family home on the mediation process, in light of Articles 194 of the Turkish Civil Code (TCC) and 349 of the Turkish Code of Obligations (TCO). In this context, it has primarily been debated whether the termination of the contract or an action resulting in similar consequences can be carried out during the mediation process, and whether the non-party spouse to the contract needs to be invited to mediation negotiations involving such actions. This article addresses the problems that may arise during the mediation process in disputes arising from rental contracts concerning matrimonial home and offers solutions to these issues.

Keywords

Matrimonial Home, Rental Contract, Mediation, Spousal Consent.

Extended Summary

The institution of mediation entered Turkish legal system in 2013 with the Law on Mediation in Legal Disputes (LMLD) numbered 6325. Mandatory mediation was initially applied in 2018 for commercial disputes and labor disputes. In the following years consumer conflicts was included in scope of mandatory mediation. Finally, in 2023, disputes arising from rental relations, along with several other disputes, were also subjected to mandatory mediation.

In cases of disputes arising from rental relations, the mandatory mediation practice has brought certain unique questions. One of these is the characteristics that would indicate the matrimonial home status of the property subject to dispute in residential leases. Nominately, article 194 of the Turkish Civil Code (TCC) numbered 4721 and article 349 of the Turkish Code of Obligations (TCO) numbered 6098) contain certain limitations about the acts of tenant spouse on matrimonial home. Pursuant to article 194/I of the Civil Code and article 349/I of the Code of Obligations, the spouse who is the party of the rental contract cannot terminate the contract related to the matrimonial home without the consent of the other spouse. In accordance with these provisions, in the mediation process concerning the rental contract related to matrimonial home it is necessary to determine whether the spouse who is not a party to the rental contract will be involved in the process if the other spouse carries out actions resulting in termination or termination-like consequences (mutual rescission, acceptance of eviction lawsuit, eviction notice etc.) how this involvement will take place if so; whether the mediator is obliged to involve the other spouse in the process, and what the outcome of an agreement made without the consent of the spouse would be.

The matrimonial home is the dwelling chosen by spouses with the aim of concentrating the family's life relationships and serving as the center of these relationships.

It is generally accepted that the family residence can be movable or immovable. However, for the provisions of the Turkish Code of Obligations regarding residential and roofed workplace leases to be applicable, the residence must be immovable.

Article 194 of the Turkish Civil Code imposes various restrictions on spouses regarding transactions concerning the matrimonial home. In this context, the owner spouse cannot transfer the matrimonial home, restrict rights on the matrimonial home or if the matrimonial home is acquired through a rental contract tenant spouse cannot terminate the rental contract, without the explicit consent of the other spouse.

In terms of rental contracts, the limitation imposed on the tenant spouse by Article 194/I of the Turkish Civil Code is also included in Article 349/I of the Turkish Code of Obligations. All these limitations are also valid on mediation negotiation. The other spouse can become a party to the rental contract concerning the matrimonial home by making a notification based on Article 194/IV of the Turkish Civil Code and Article 349/III of the Turkish Code of Obligations. In this situation spouse will attend the negotiation as a part of contract. Yet, if spouse don't notificcate to be party of contract, the mediator should invite it to the negotiation.

Upon the invitation of the spouse who is not a party to the contract, the spouse may choose to participate or not in the negotiation process. In the event that the spouse who is not a party to the contract does not participate in the negotiation process despite being invited, in our opinion, the mediator should terminate the negotiations. If the invited spouse participates in the negotiations; the mediator, the parties, and the non-party spouse of the tenant can conduct the negotiations together.

If the negotiations result in an agreement involving the termination of the rental contract by the spouse who is a party to the contract, the agreement document will be valid if the spouse who is not a party to the contract participates in the process and expressly consents to this agreement. Implicit consent by the spouse regarding the termination of the contract is not possible. While explicit consent of the spouse is necessary, it does not need to be in writing. However, even if the agreement document is not signed by the consenting spouse, in our opinion, the clear statement of consent by the spouse should be recorded in the final report, and it should be signed by the spouse who is not a party to the contract.

It is necessary to emphasize the impact of the absence of the spouse who is not a party to the rental contract or even if it participate, its refusal to the termination of the contract by mediation. Since the mediation agreement document is considered a contract under the law of obligations, the validity elements of contracts are also required for the agreement document. Therefore, an agreement document without the consent of the spouse would, in our opinion, be definitively void, just as a promise to vacate without the consent of the spouse would be void due to non-compliance with mandatory provisions. In this case, the tenant spouse can appeal to the court claiming that an agreement containing termination or eviction intentions is invalid. Consequently in our opinion, if the mediator determines that the dispute arises from the lease contract related to the family residence, they should invite the non-party spouse to the process; otherwise, they should terminate the mediation discussions.

Giriş

Arabuluculuk müessesesi Türk hukukuna 2013 yılında 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile girmiştir. 2018 yılında 7155 Sayılı Kanun ile HUAK'a, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ve 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na; daha sonra 2020 yılında 7251 Sayılı Kanunla 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna yapılan ekleme ile sırasıyla ticari uyuşmazlıklar, işçi-işveren uyuşmazlıkları ve tüketici uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Son olarak ise 2023 yılında 7445 sayılı Kanun ile HUAK'a eklenen 18/B maddesi ile "Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar" ve 5488 Sayılı Tarım Kanunu'na yapılan eklemelerle "Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar" arabuluculuğu dava şartı olarak öngörülmüştür.

Bunlardan kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulaması kendine özgü bazı soruları beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri de konut kiralalarında uyuşmazlık konusu taşınmazın aile konutu niteliğine sahip olmasının göstereceği özelliklerdir. Şöyle ki 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 194 ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 349, aile konutu ilişkin kira sözleşmelerinde sözleşmenin tarafı eşle ilgili bazı sınırlamalar içermektedir. TMK md. 194/1 ve TBK md. 349/1'e göre kira sözleşmesinin tarafı olan eş, diğer eşin rızası olmaksızın aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez. Bu hükümler gereği aile konutuna ilişkin kira sözleşmesiyle ilgili arabuluculuk sürecinde eşin fesih ve fesih benzeri sonuçlar doğuran işlemler yapması durumunda kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin sürece dahil edilip edilmeyeceği, dahil edilecekse bunun nasıl gerçekleşeceği; arabulucunun diğer eş sürece dahil etmekle yükümlü olup olmadığı ve eşin rızası olmaksızın yapılan bir anlaşmanın akıbetinin ne olacağı meselelerinin ortaya konmasını gerektirmektedir. Bu sebeple bu çalışmada kira uyuşmazlığının aile konutuna ilişkin olmasının arabuluculuk sürecine etkisi incelenmektedir. Çalışma iki bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde aile konutu niteliğindeki taşınmazlara ilişkin dava şartı arabuluculuğa tabi kira uyuşmazlıkları açıklanmakta, ikinci bölümde ise kiralananın aile konutu niteliğinin arabuluculuk sürecine etkisi üzerinde durulmaktadır.

I. Aile Konutu Niteliğindeki Taşınmazlara İlişkin Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Kira Uyuşmazlıkları

A. Genel Olarak Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Kira Uyuşmazlıkları

HUAK md. 18/B “kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar”ın dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu düzenlenmektedir. Kira sözleşmelerine ilişkin hükümler TBK md. 299 ile md. 378 arasında; genel hükümler, konut ve çatılı işyeri kiralari ile ürün kirasi olmak üzere üç ayrımda yer almaktadır. TBK md. 299’da kira sözleşmesi “... kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmaktadır. Kira sözleşmesinin bu tanımı TBK’deki tüm kira sözleşmesi türlerini kapsamaktadır¹. Bu anlamda taşınır-taşınmaz kirasi, ürün kirasi, konut-işyeri kirasi, intifa hakkının kiraya verilmesi vb. tüm kira ilişkileri dava şartı arabuluculuğa tabi olmaktadır². Kira ilişkisinin türü fark etmemekle birlikte HUAK’ın dava şartı bakımından istisna olarak öngördüğü bir kira ilişkisi vardır ki; o da 2004 sayılı İcra ve İflas Kanuna (İİK) göre ilamsız icra yoluyla tahliyesi istenen taşınmazlara ilişkin kiralardır. Kira bedelinin ödenmemesine (İİK md. 269) ya da tahliye taahhüdüne (İİK md. 272) dayanan tahliye talepleri ilamsız icra yoluna tabi olduğu için dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Bu bakımdan ayrıca dikkat etmek gerekir ki; tahliye taahhüdüne dayalı olarak 1 ay içerisinde yapılacak olan ilamsız takipler dava şartı arabuluculuğa tabi değilken, tahliye taahhüt edilen tarihten itibaren 1 ay içerisinde sulh hukuk mahkemesine açılan tahliye davası dava şartı arabuluculuğa tabidir³. Yine ilamsız takipte takibe itiraz edilmesi halinde icra hukuk mahkemesinde açılacak itirazın kaldırılması davası da

¹ Murat Doğan, ‘Kira Sözleşmesi’ in M. Turgut Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023) 194; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayınları 2018) 223.

² Burcu Sırataş, *Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 61, 62; Süleyman Burak Gündoğdu, ‘Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler’ (2023) 6 (2), Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 851, 853. Kira ilişkisi kavramı bakımından şüphe uyandırabilecek lisans, finansal kiralama vb. ilişkilerin dava şartına tabi olup olmamasına ilişkin değerlendirmeler itibarıyla bkz. Gündoğdu (n 2) 856 vd.

³ Selin Sert Sütçü, ‘Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar-Çözüm Önerileri)’ (2023) 13 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1491, 1509.

dava şartı arabuluculuk kapsamında değilken, sulh hukuk mahkemelerinde görülecek imzaya itiraz ve itirazın iptali dava şartı arabuluculuğa tabidir⁴.

Dava şartı olmamakla birlikte örneğin ilamsız takip gerektiren hallerde ihtiyari yürütülen arabuluculuk sürecinde de uyuşmazlık konusunun aile konutu niteliği dava şartı uyuşmazlıklardaki ile aynı sonuçları içerecektir. Bu sebeple çalışmada sulh hukuk mahkemesine yapılacak olan başvurudan önce gidilecek dava şartı arabuluculuğa ilişkin açıklamalara yer verilmekle birlikte, aile konutunun arabuluculuk sürecine etkisine ilişkin açıklamalarımız genel olarak ihtiyari arabuluculuk bakımından da geçerlidir.

Kira sözleşmeleri farklı türdeki uyuşmazlıkların konusunu teşkil edebilir. Bu kapsamda kira sözleşmesi bir tüketici işlemi olabilir⁵. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 4'te türü fark etmeksizin her türlü kira uyuşmazlığının sulh hukuk mahkemelerinin görevine gireceği düzenlendiğinden ve HUAK 18/B ile de kira uyuşmazlıkları arasında ayırım gözetilmeksizin her türlü kira uyuşmazlığı dava şartı arabuluculuğa tabi kılındığından tüketici işlemi niteliğindeki kira sözleşmeleri de HUAK md. 18/B kapsamındaki dava şartı arabuluculuğun konusu olacaktır⁶. Bu bakımdan bir aile konutunun tüketici işlemi niteliğindeki kira sözleşmesiyle sağlanması da mümkündür.

Kira sözleşmelerinin ticari bir uyuşmazlığın konusu olması da (örneğin işyeri kirası) mümkündür. Bu durumda kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın hangi tür dava şartı kapsamında olduğunun tespiti gerekir. Çünkü dava şartı arabuluculuk bakımından çeşitli türdeki uyuşmazlıklarda süreç, tarafların hak ve yükümlülükleri gibi konularda farklılıklar mevcuttur. Bu sebeple uyuşmazlığın niteliğinin tespiti önemlidir⁷. *Gündoğdu*'ya göre HMK md. 4'te sulh hukuk mahkemesinin görevine giren kira ilişkileri bakımından ayırım yapılmadığı için ticari nitelikteki kira ilişkileri de HUAK md. 18/B anlamında dava şartı arabuluculuğun kapsamına girmektedir⁸. Fakat tüketici işlemlerinde farklı olarak ticari nitelikteki bir kira ilişkisinin konusunun aile konutu olması mümkün değildir.

⁴ Gündoğdu (n 2) 854.

⁵ Kira sözleşmelerinin tüketici işlemi olabileceği konusunda bkz. Doğan (n 1) 194; M. Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (C. I), (Madde: 1-46)* (Vedat Kitapçılık 2014) 9; Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)' (2001) 50 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55, 66; Gündoğdu (n 2) 854.

⁶ Gündoğdu (n 2) 854.

⁷ Gündoğdu (n 2) 854.

⁸ Gündoğdu (n 2) 855.

Alt kira ilişkileri ister genel hükümlere tabi kira sözleşmelerinden; ister kiraya verenin yazılı rızası kapsamında konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinden kaynaklınsın dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁹. Konut ve çatılı işyeri kiralarda kiraya verenin rızası olmaksızın konutun alt kiraya verilmesi halinde ise kiraya verenin kiracıya yönelik talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamındayken, kiraya veren ile alt kiracı arasında kira ilişkisi bulunmadığından kiraya verenin alt kiracıya yönelik talepleri dava şartı arabuluculuğa tabi değildir¹⁰. Ayrıca kiraya verenin rızası olmasa dahi aktedilen alt kira sözleşmesinde kiracı ile alt kiracı arasındaki uyumsuzluklar kanaatimizce dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda yaptığımız açıklamalar alt kira sözleşmesinin konusunun aile konutu olması halinde de geçerlidir. Çünkü alt kira sözleşmesi kiraya verenin rızasına aykırı yapılmış olsa bile kiracı ile alt kiracı arasında geçerlidir. Sözleşme kiraya vereni bağlamasa bile kiracı ile alt kiracı arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yalnızca kiracının alt kiracıya karşı borcunu yerine getirememesi söz konusu olur¹¹.

B. Arabuluculuğa Tabi Kira Uyuşmazlığının Konusu Taşınmazın Aile Konutu Niteliği

Aile konutu kavramına TMK ve TBK'nın çeşitli hükümlerinde¹² yer verilmeyle birlikte tanımı yapılmamaktadır. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu (İMK) da bu yönde bir tanıma ilgili maddelerde yer vermemektedir¹³. Aile konutunun tanımına TMK md. 194'ün madde gerekçesinde yer verilmektedir. Buna göre "*Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır*¹⁴." Öğretinin üzerinde genel olarak anlaştığı haliyle ise aile konutu; ailenin yaşam

⁹ Gündoğdu (n 2) 858.

¹⁰ Gündoğdu (n 2) 858.

¹¹ Gökçe Canarslan, 'Türk Borçlar Hukuku'ndaki Gelişimiyle Alt Kira' (2023) (71), Adalet Dergisi 225, 247; İpek Yücer 'Alt Kira' (2008) 57 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 791, 814, 815.

¹² Bu hükümler TMK md. 194, 240, 254, 279, 652 ve TBK md. 349'dur.

¹³ İMK aile konutu (Wohnung der Familie) kavramını 121 ve 169. maddelerde kullanmaktadır. Bunun dışında doğrudan Wohnung der Familie kavramı kullanılsa da İMK md. 219, 244 ve 612a'da yer alan düzenlemelerin aile konutunu kapsadığı kabul edilmektedir [Peter C. Schaufelberger and Katrin Keller Lüscher, 'Art. 612a ZGB' in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)* (4. Auflage, 2010) N. 6; Richard Schleiss, *Hausrat und Wohnung in Güterstandsauseinandersetzung und Erbteilung (nach den neuen Art. 219, 244 und 612a ZGB)* (Bern Universität Diss. 1989) 23, 43].

¹⁴ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-78c3-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=4721#step-2>> Erişim Tarihi 10 Mart 2024.

ilişkilerinin yoğunlaştığı, bu ilişkilerin merkezi olması amacıyla eşlerin seçtikleri konuttur¹⁵. Aile konutunun taşınır ya da taşınmaz olabileceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁶. Fakat TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için konutun taşınmaz olması gerektiğinden¹⁷, bu çalışmada aile konutu niteliğine sahip taşınmazları konu edinen konut kiralalarıyla ilgili açıklamalara yer verilmektedir.

TMK md. 194 ile aile konutu üzerinde gerçekleştirilecek işlemlere yönelik olarak eşlere çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Bu kapsamda malik eş, diğer eşin açık rızası olmaksızın aile konutunu devredemez, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz ve aile konutu kira sözleşmesiyle temin edilmişse kira sözleşmesini feshedemez. Aile konutuna yönelik hukuki işlemler bakımından getirilen bu sınırlamanın niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan en temel olanları hükmün fiil ehliyeti sınırlaması, tasarruf yetkisi kısıtla-

¹⁵ Schleiss (n 11) 71; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) 181; Melis Taşpolat Tuğsavul, 'Aile Konutu Üzerindeki Hukukî İşlemlere Yönelik Sınırlamanın İcra Hukukundaki Etkilerinin Değerlendirilmesi' (2022) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 933, 936, 939; Ahmet Cahit İyilikli, 'Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufların İptali Davasına Etkisi' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 233, 234; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2017) 197; Mehtap İpek İşleten, 'Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K.2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan) 927, 929; Şebnem Nebioğlu Öner, 'Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri' (2011) (97) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 117, 122; Murat Doğan, 'Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu' (2002) 6 (1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 285, 286; Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası* (Beta Yayıncılık 2004) 83; Mahmut Kamacı, 'Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)' (2004) 30 (1-2) Yargıtay Dergisi 113, 117; Murat Doğan, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 52 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 106. Aile konutuna ilişkin farklı tanımlar için bkz. Ebru Ceylan, 'Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi' (2017) (128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203, 205, 206.

¹⁶ Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Guterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat)*, (7. Vollständig Überbaute Auflage, Stämpfli Verlag 2022) 117; Schleiss, (n 11) 71; İyilikli (n 13) 236; Gümüş (n 13) 197; Ceylan (n 13) 207; Nebioğlu Öner (n 13) 129.

¹⁷ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 307; Gamze Cumalı, 'Aile Konutu ve Kira İlişkileri' (Yükseklisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012), 56; Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 275, 279. Konut kirasının konusunun taşınır da olabileceğine ilişkin görüşler ve tartışma için ayrıca bkz. Cumalı (n 15) 53.

ması ya da birlikte karar verme hakkı olduğuna yönelik görüşlerdir. Fiil ehliyeti sınırlaması görüşünün benimseyenler eşin hem taahhüt hem tasarruf işlemlerini yapamayacağını, tasarruf yetkisi kısıtlaması görüşündekiler eşin sadece tasarruf işlemlerini yapamayacağını, birlikte karar verme görüşü sahipleri hem taahhüt hem tasarruf işlemlerinin eşin rızası olmaksızın gerçekleştiremeyeceğini ifade etmektedir¹⁸. Öğretide baskın görüş söz konusu sınırlamanın bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğu yönündedir. Böylece eş geçerli biçimde borçlandırıcı işlemleri yapabilecekken tasarruf işlemlerini gerçekleştiremeyecektir¹⁹. Aile konutuna ilişkin işlemlerin arabuluculuk sürecine ve özellikle anlaşma belgesine²⁰ etkisi bakımından ileride açıklayacağımız üzere eşin rızasının birlikte karar verme hakkı olarak değerlendirilmesi ve rızanın işlemin geçerlilik şartı²¹ olarak ele alınması daha isabetli görünmektedir.

Taşınmaz niteliğindeki konutun devri ve üzerindeki hakların sınırlanması bakımından uygulanmak üzere TMK md. 194/III gereği malik olmayan eş tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu niteliğinin şerh edilmesini isteyebilir. Böylece

¹⁸ Görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 334; Taşpolat Tuğsavul (n 13) 945 vd.; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 41 vd.; Ceylan (n 13) 213; Emel Badur 'Eşin Rızası' (2013) (109) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 251, 259; Cumalı (n 15) 81 vd. Bununla bağlantılı olarak şerhin niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. İşleten (n 13) 934 vd.

¹⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 184, 185; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 334; Taşpolat Tuğsavul (n 13) 947; İyilikli (n 13) 241; Cumalı (n 15) 84, 88.

²⁰ Arabuluculuk anlaşmaları HUAK md. 18/1 düzenlemesine göre geçerlilik şekline tabi değildir [Emel Badur, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49, 53, 60; Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarı ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha Yayıncılık, 2018) 94]. Fakat uygulamada anlaşmalar büyük oranda anlaşma belgesi düzenlemek suretiyle yapıldığı için bu çalışmada anlaşma belgesi kavramı kullanılmaktadır.

²¹ Bu görüşte bkz. Acar (n 16) 43, 44; Badur (n 16) 260. Eşin rızasına ilişkin hükmün tasarruf yetkisi kısıtlaması ve feshin bu sebeple kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı görüşü için bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) bkz. 334, 335. Butlan benzeri bir geçersizlik olduğu kanaatinde bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 185. Eşe yönelik sınırlamanın niteliği ve buna aykırı davranışın yaptırımına ilişkin hangi görüş benimsenirse benimsensin nihayetinde feshin hüküm ve sonuçlarını doğurmayacağı konusunda bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 335. Eşin katılımı olmaksızın yapılan işlemin yokluk yaptırımına tabi olacağı konusunda bkz. Cumalı (n 15) 89, 100. Geçersizliğin türüne yönelik görüşler farklılaşmakla ağırlıklı olarak öğretide eşin rızasına kadar geçen sürede feshin ya da tahliye taahhüdünün askıda hükümsüz olacağı görüşü kabul görmektedir [Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (10. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, 2023) 85; Acar (n 16) 43; Taşpolat Tuğsavul (n 13) 947; İyilikli (n 13) 239; Kamacı (n 13) 130; Doğan, *Evliliğin Genel Hükümleri* (n 13) 108; Veysel Başpınar, 'Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz' (2003) 52 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79; 93; Badur (n 16) 26].

şerh, taşınmaz maliki ile işlem yapan yolsuz tescil sahibinden tapu siciline güvenerek TMK md. 1023 kapsamında üçüncü kişilerin aynı hak elde etmesinin önüne geçilmesi bakımından önemlidir²².

Aile konutunun kira sözleşmesiyle temin edilmiş olması halinde kira sözleşmesinin tarafı olan eşe getirilen sınırlama ise TMK md. 194/1 ile TBK md. 349/1'de paralel olarak sözleşmeye taraf olmayan eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesinin feshedilememesidir.

Bir konutun aile konutu niteliğine sahip olması için evlilik birliğinin mevcut olması gerekir. Evlilik dışı birliktelikler bakımından aile konutu koruması söz konusu olmadığı gibi; evliliğin boşanma, ölüm vd. sebeplerle sona ermesinden sonra da bu korumadan yararlanılamaz²³. Fakat boşanma davası sürerken, terk durumunda, ayrılık kararında veya birlikte yaşamaya ara verilmesi hallerinde konut aile konutu niteliğini sürdürmeye devam eder²⁴. Kiralananın aile konutu olması önemini konut kiralarda gösterir²⁵. Bu sebeple işyeri kirası²⁶, taşınır kirası, ürün kirası vb. diğer dava şartı kira ilişkileri bu çalışmanın konusu olmayan çıkmaktadır.

Süreklilik arz etmeyecek şekilde eşlerin birlikte yaşadığı köy evi, yazlık ev, devre mülk gibi yerler aile konutu değildir²⁷. Bu sebeple söz konusu yerler bakımından TMK md. 194 ve TBK md. 349 korumasından bahsedilemez. Aynı sebeple bu tür taşınmazlar kira sözleşmesiyle edinildiyse buna ilişkin uyuşmazlık-

²² Ceylan (n 13) 214; Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 294.

²³ Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 181; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 332; Taşpolat Tuğsavul (n 13) s. 943; Ceylan (n 13) 206, 207; Nebioğlu Öner (n 13) 127, 128, 138; Kamacı (n 13) 115, 120; Yargıtay 2 HD, 10081/13491, 16.10.2008.

²⁴ İyilikli (n 13) 247; Ceylan (n 13) 210; Nebioğlu Öner (n 13) 141, 142; Kamacı (n 13) 120 vd.; Doğan, *Evliliğin Genel Hükümleri* (n 13) 108; Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 299. Birlikte yaşamaya ara verilmesinin taşınmazın aile konutu niteliğini sona erdirmeyeceği konusunda bkz. Yargıtay 2 HD, 8327/1896, 26.4.2023.

²⁵ *Gümüş'e göre aile konutuna yönelik koruma, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerde düzenlenmişse de genel hüküm niteliğinde bir kuraldır. Böylece konut kirası hükümlerine tabi olmayan aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerinde de TBK md. 349 hükmü uygulanmalıdır [Gümüş (n 13) 196]. Cumalı'ya göre ise aksi kabul edilse bile TMK md. 194 hükmü ile taşınmaz niteliğinde olmayan aile konutu için de aynı koruma sağlanmaktadır [Cumalı (n 15) 57].*

²⁶ Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 345.

²⁷ Schleiss (n 11) 73; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 181; Taşpolat Tuğsavul (n 13) 937; Ceylan (n 13) 207; Nebioğlu Öner (n 13) 131; Kamacı (n 13) 118; Doğan, *Evliliğin Genel Hükümleri* (n 13) 106; Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 286.

larda arabuluculuk yine dava şartı olsa da eşin rızasına yönelik sorunlar ortaya çıkmayacaktır²⁸.

Konutun bir kısmında mesleki faaliyet yürütülse de kalan kısımda eş ve çocukların yaşamını sürdürüyor olması halinde aile konutu niteliği söz konusu olur²⁹.

TMK md. 194/I ve TBK md. 349/I'in getirdiği koruma, konut kirasının sona ermesine yönelik uyuşmazlıklar bakımından önem arz etmektedir. Kira sözleşmelerinde sona erme sebepleri tüm kira sözleşmeleri bakımından geçerli olanlar ve sadece konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından geçerli olanlardır³⁰. Eğer eş TMK md. 194/IV ve TBK md. 349/III'e dayanarak yaptığı bir bildirimle aile konutuna yönelik kira sözleşmesinin tarafı haline gelmişse tüm bu sona erme sebeplerine ilişkin arabuluculuk süreçlerine *taraf sıfatıyla* dahil edilmesi gerekir. Eş, kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı olmadıysa fakat taşınmaz aile konutu niteliğine sahipse bu durumda yalnızca kiracı eşin sözleşmeyi feshine ve feshe benzer sonuçlara sebep olacak işlemlerine yönelik sona erme hallerinde diğer eşin arabuluculuk sürecine dahil edilmesi söz konusu olacaktır³¹. Bunlardan dava şartı arabuluculuk kapsamında aile konutuna yöne-

²⁸ Kural aile konutunun tekliği'dir [Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 14) 117; Schleiss (n 11) 71; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 181; Nebioğlu Öner (n 13) 129; Kamacı (n 13) 118; Yargıtay 2 HD, 16473/ 799, 02.02.2006]. Fakat eşlerin ve ailenin diğer üyelerinin iş, eğitim vb. sebeplerle ikisi de belirli zamanlarda fakat sürekli yaşamaya özgülenen birden fazla aile konutunun varlığından bahsedilebilir [Ceylan (n 13) 208; Nebioğlu Öner (n 13) 130; Şıpka, (n 13) 83]. Bu durumda da yine her iki konuta ilişkin kira uyuşmazlıklarında eşin rızası (tabiki fesih ya da onla aynı sonucu doğuran işlemler) ve arabuluculuk sürecine etkisi gündeme gelecek. Yine eşlerden yalnızca birinin meslek ya da eğitim sebebiyle konuttan ayrı olması aile konutu niteliğini kaybetmesine neden olmaz [Ceylan (n 13) 209].

²⁹ Schleiss (n 11) 73; Ceylan (n 13) 208; Nebioğlu Öner (n 13) 134; Şıpka (n 13) 87; Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 286. Kamu konutları, lojman ve kapıcı konutları bakımından aile konutuna sağlanan korumadan faydalanıp faydalanamayacağı tartışılmakta; öğretide ağırlıklı olarak bu konutların eşin çalışması ile bağlantılı tahsis edildiği ve çalışma ilişkisinin devamlılığı ile bağlantılı olduğu, bundan dolayı eşin rızasına tabi kılmanın eşin çalışma hürriyetini kısıtlamak anlamına geleceği için genel olarak bu konutlara uygulanmayacağı kabul edilmektedir [Nebioğlu Öner (n 13) 136; Kamacı (n 13) 127. Aksi kanaatte bkz. Doğan, *Aile Konutu* (n 13) 296].

³⁰ Sırataş (n 2) 62 vd.; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 298 vd.; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 317 vd.; Gümüş (n 13) 263 vd. Konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından Sırataş, (n 2) 101 vd.; Erhan Günay, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023); Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 338 vd.; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 336 vd.; Gümüş (n 13) 289 vd.

³¹ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 333. Çalışmanın devam eden bölümlerinde açıklanacağı üzere eşin her durumda arabuluculuk sürecine dahil edilmesi gerekemeyebilir. Kiracı eşin sözleşmeyi feshi sonucunu doğuracak şekilde kiraya veren ile anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde eşin sürece katılımı yeterli olacaktır.

lik olan koruma kira sözleşmesinin esasen TBK md. 305/II, TBK md. 331, TBK md. 347/II gereği feshi ile TBK md. 347/I gereği kira sözleşmesinin sona ermesine sebep olacak şekilde sözleşmenin sona ermesine yönelik bildirim yapılması ve TBK md. 352/I kapsamında tahliye taahhüdü içeren uyuşmazlıklarda ortaya çıkacaktır³². Çünkü kira sözleşmesinin feshi gibi feshe benzer sonuçlar doğuran haller de bu hüküm kapsamında koruma altındadır³³. TBK md. 347/I'a göre aile konutuna ilişkin belirli süreli kira sözleşmesinin sona ermesine yönelik bildirim yapılması da kira sözleşmesini sona erdireceğinden geçerliliği eşin rızasına tabi olacaktır³⁴. Bu durumda söz konusu bildirim yapılmasını içeren bir uyuşmazlıkta da eşin arabuluculuk sürecinde yer alması gerekecektir.

Kiracının feshi ya da feshe benzer sonuçlar doğuran hukuki işlemleri dışında kira sözleşmesine ilişkin farklı uyuşmazlıklara dayalı arabuluculuk süreçlerinde, örneğin uyarılama talepli bir uyuşmazlıkta, müzakereler sonucunda kiralananın tahliyesi yönünde anlaşma sağlanmış olabilir³⁵. Bu durumda da sözleşmeye taraf olmayan diğer eşin aile konutunun tahliyesini içeren anlaşmaya rıza göstermesi gerekir.

TBK md. 343 gereği kira sözleşmelerinin koşulları kiracı aleyhine değiştirilemez. Bu hüküm gereği de kiralanın aile konutu ise sözleşmede kiracı aleyhine yapılacak değişiklikler eşin rızasına tabidir³⁶. Bu sebeple sözleşmenin değiştirilmesini içeren uyuşmazlıklarda eşin müzakerelere davet edilmesi gerekecektir.

³² Aile konutuna yönelik korumanın uygulanacağı hükümlerin çeşitli yazarlarca ifadesi bakımından bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 332; Badur (n 16) 274; Cumalı (n 15) 63 vd. Kira sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar uygulamada ise çoğunlukla tahliye taahhüdü ya da kira bedelinin uyarlanması taleplerinin tahliyeye zorlamanın bir yolu olarak kullanılmasından kaynaklı olmaktadır.

³³ Taşpolat Tuğsavul (n 13) 941; Mehmet Akçaal, 'Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri' (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi 949, 957; Gündoğdu (n 2) s. 874; Acar (n 17) 87; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 333; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 345; Gümüş (n 13) 197; Cumalı (n 15) 63; Şıpka, (n 13) 134; Kamacı (n 13) 126. Sözleşmenin hükümsüzlüğüne yönelik beyanlar ve bu doğrultuda kullanılan haklar fesih benzeri olarak değerlendirilemez [Yavuz, Acar ve Özen (n 1) s. 333].

³⁴ Cumalı (n 15) 64, 65.

³⁵ Bu konuda tahliyenin kira bedelinin artırılmasını zorlama maksadıyla gerçekleşmemiş olmasına dikkat etmek gerekir. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin TBK geçici madde 1 ve 2 ile getirilen sınırlamaların taraf iradesiyle aşılmasına müsaade etmemenin uygulamada kiracıların tahliyeye zorlanmasına sebep olabileceği konusunda bkz. Muhammed Kiomers Ganbari, 'Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk' (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197, 213 vd.

³⁶ Cumalı (n 15) 70.

Ticari dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda kira sözleşmesinin aile konutuna ilişkin olması mümkün değildir. Fakat tüketici işlemi niteliğindeki bir kira sözleşmesinin aile konutu niteliğinde olması mümkündür³⁷. Bu durumda dava şartı arabuluculuğa tabi bir tüketici uyuşmazlığında kira sözleşmesi aile konutuna ilişkin ise, dava şartına kira uyuşmazlığının aile konutuna ilişkin olması bakımından yaptığımız açıklamalar bu durumda da geçerli olacaktır.

Kira sözleşmesi diğer eşin rızası olmaksızın feshedilemez³⁸. Feshe benzer sonuçları doğuran ikale, tahliye davasını kabul ve tahliye taahhüdü de eşin rızası olmaksızın geçerli olmaz³⁹. Sözleşmenin tarafı olmayan eşin rızası olmaksızın sözleşmenin feshedilmesi ya da tahliyenin taahhüt edilmesi halinde kiraya veren tahliyeyi talep edemez⁴⁰. Kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin sözleşmenin feshine göstereceği rıza açık olmalıdır. Eşin zımnen sözleşmenin feshine rıza gösterdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir⁴¹. Fakat eşin rızasının açık olması şart ise de yazılı olması şart değildir⁴². Eş tek taraflı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline geldiyse, bu durumda fesih taraf olan eş tarafından da gerçekleştirilmeli; tahliye taahhüdü bu eşten de alınmalıdır⁴³.

II. Kiralanan Taşınmazın Aile Konutu Niteliğinin Arabuluculuk Sürecine Etkisi

A. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Davet

Arabuluculuk süreci temelde beş aşamaya ayrılmaktadır. Bunlar hazırlık, başlangıç, inceleme, müzakere ve sonuç aşamalarıdır⁴⁴. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulu-

³⁷ Örneğin birden fazla dairenin bir şirketin faaliyeti kapsamında kiraya verilmesi ver bunun aile konutu niteliğinde olması mümkündür.

³⁸ Gündoğdu (n 2) 874; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 345.

³⁹ Taşpolat Tuğsavul (n 13) 941; Gündoğdu (n 2) s. 874; Akçaal (n 31) 957; Acar (n 16) 87; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 333; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 345; Gümüş (n 13) 197; Cumalı (n 15) 71; Şıpka (n 13) 129; Kamacı (n 13) 126. Tahliye taahhüdü bakımından bkz. Yargıtay 12 HD, 8225/13095, 24.05.2004.

⁴⁰ Doğan, *Evliliğin Genel Hükümleri* (n 13) 109.

⁴¹ Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 14) 119; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 334; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 345; Ceylan (n 13) 213; Cumalı (n 15) 91; Kamacı (n 13) 130. Eşin rızasının belirli bir işleme yönelik olması gerektiği, genel bir rızanın kabul edilemeyeceği konusunda bkz. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 14) 119.

⁴² Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 14) 119; Gümüş (n 13) 197; Cumalı (n 15) 93; Kamacı (n 13) 131; Yargıtay 2 HD, 11934/29068, 9.12.2013. Birlikte karar verme görüşünün kabulü halinde bu bildirim TBK md. 348'de fesih bildiriminde olduğu gibi yazılı olmasının gerekeceği konusunda bkz. Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 334.

⁴³ Sert Sütçü (n 3) 1503.

⁴⁴ Ali Yeşilirmak, Elif Kismet Kekeç ve Alper Bulur (eds), *Arabuluculuk Daire Başkanlığı Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (2021) 83.

culuk Kanunu Yönetmeliğın (HUAKY)'ne göre dava şartı arabuluculukta, taraflar arabulucu üzerinde anlaşmaya varmamışsa, uyuşmazlığın taraflarından birinin (esasen tahliyeyi talep eden kiraya verenin) adliye arabuluculuk bürosuna başvurusu ile uyuşmazlık için sicile kayıtlı bir arabulucu görevlendirilir (HUAKY md. 24/I). Bu arabulucuya taraflara ait iletişim bilgileri büro tarafından verilir. Arabulucu ihtiyaç duyarsa bu konuda araştırma da yapabilir. Arabulucu da dilediğı iletişim vasıtası ile taraflara ulaşabilir (HUAKY md. 24/III). Bu kapsamda dava şartı arabuluculuğā tabi kira hukuku uyuşmazlıklarında arabulucunun, kira sözleşmesinin aile konutuna ilişkin olup olmadığını tespit etmesi; tespit ettiyse uyuşmazlığın niteliğine göre diğeri eşin rızasına ihtiyaç duyulacağını düşündüğü durumlarda diğeri eşini sürece davet etmesi gerekebilir. Böyle bir ihtimal, kiraya veren ile kiracı eşin aile konutuna ilişkin sözleşmenin feshi ve konutun tahliyesi hususunda anlaşma ihtimallerinin bulunduğu durumda söz konusu olacaktır. Arabulucunun hazırlık aşamasındaki çalışmasıyla müzakereden önce bu konuda öngörü sahibi olması mümkün ise de esasen müzakereler esnasında arabuluculuk sürecinin sonucu ortaya çıkacağından kanaatimizce sözleşmenin tarafı olmayan eş her durumda baştan sürece davet edilmelidir.

Kira sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren ya da sonradan taraf olmayan eşin yapacağı bildirim⁴⁵ sebebiyle eşlerin her ikisinin kira sözleşmesinin tarafı olduğu durumda eşlerin sürece davet edilmesi sorunu ortaya çıkmaz⁴⁶. Bu durumda sözleşmenin feshi ve tahliye talebi her iki eşe yönelik olacaktır⁴⁷.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi gibi durumlarda eşlerin bir araya getirilmesinde sıkıntılar yaşanabilir. Böyle bir durumda eşin arabuluculuk sürecine daveti farklı problemleri beraberinde getirebilir. Bu durumda taraf olmayan eş davet edilmekle birlikte sürece her iki eşin farklı oturumlar ile katılımı sağlanabilir⁴⁸. Bu açıdan ayrıca HUAK md. 1/II de yer alan *“aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğā elverişli değildir”* hükmü üzerinde de durmak gerekir. Madde gerekçesi ve komisyon görüş-

⁴⁵ Yenilik doğurucu hak olduğu konusunda bkz. Hatemi (n 19) 86; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 336.

⁴⁶ Tahliye talebi bakımından ilişkin benzer bir açıklama için bkz. Gündoğdu (n 2) 863.

⁴⁷ Sonradan yaptığı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelen diğeri eş kira sözleşmesinden müteselsilen sorumlu olur ve feshe ilişkin bildirimlerin ona da yapılması gerekir [Dural, Öğüz ve Gümüş (n 13) 184; bkz. Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 346; Gümüş (n 13) 198; Doğan, *Evliliğın Genel Hükümleri* (n 13) 112]. İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) de fesih, fesih bildirim ve fesih ihtarına bağlı süre tespitlerinin bu bildirim yapılmamasına da eşe karşı yöneltilmesi gerektiği, aksi halde bunların hükümsüz olacağını düzenlediği konusunda bkz. Gümüş (n 13) 198.

⁴⁸ Arabuluculuk mevzuatı (HUAK md. 8, HUAKY md. 10) taraflarla görüşmelerin ayrı ayrı yapılmasına imkan vermektedir.

melerinde özel olarak değinilmemekle birlikte⁴⁹ esasen söz konusu hüküm arabuluculuğa elverişli aile hukuku uyuşmazlıkları dikkate alınarak düzenlenmiş gibi görünmektedir. Bu açıdan düşünüldüğünde kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın niteliği ve tarafları itibarıyla bu kapsamda değerlendirilemeyeceği söylenebilir. Fakat konutun aile konutu niteliğinde olması, uyuşmazlığın iki ayrı tarafı olarak olmasa bile eşler arasında aile içi şiddet iddiasının bulunma ihtimali, kanun koyucunun amacı değerlendirildiğinde kanaatimizce bu durumda uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmayacağı yorumu yapılmalıdır⁵⁰. Çünkü bu hususun eşin rızası üzerinde etkisi olma ihtimali bulunmaktadır.

Arabulucu, büro tarafından görevlendirildiyse, büro taraflara ilişkin bilgileri arabulucuya sağlar. HUAK ve HUAKY arabulucuya taraflara ilişkin araştırma yapma yükümlülüğünü özel olarak yüklememektedir. Fakat arabulucu, ihtiyaç duyması halinde taraflar konusunda kendiliğinden araştırma yapabilir (HUAK md. 18/A-VIII, HUKAY md. 24/III). Kanaatimizce sözleşmeye taraf olmayan eşin sürece katılmaması ve bu şekilde bir anlaşma belgesi düzenlenmesinin anlaşmanın geçerliliğini tehlikeye atması söz konusu olacağından; arabulucunun HUAK md. 9'da ifade edilen görevini özenle yerine getirme yükümlülüğü kapsamında kira sözleşmesinin konusu taşınmazın aile konutu niteliğini araştırmalı ve taraf olmayan eş sürece davet etmelidir⁵¹.

Dava şartı olmamakla birlikte ihtiyari yürütülen arabuluculuk sürecinde de aile konutu niteliğindeki taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, özellikle kiracı eş tarafından sözleşmenin feshi ve aile konutunun tahliyesine yönelik uyuşmazlıklarda, sözleşmeye taraf olan eşin bu sıfatla sürece dahil edilmesi⁵², eş sözleşmeye taraf değilse, fesih ve tahliye içeren anlaşmaya rıza göstermesi gerekeceği için sürece dahil edilmesi gerekir.

⁴⁹ <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-af97-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6325#step-2>> Erişim Tarihi 17 Mart 2024.

⁵⁰ Kaldı ki tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği başka uyuşmazlıklarda da şiddet iddiası yer alabileceği, bu sebeple HUAK md. 1'i sadece aile içi şiddet iddiası ile sınırlamayıp her türlü şiddet iddiasını içerecek şekilde düzenlemenin isabetli olacağı konusunda bkz. Duygu, Dağlıoğlu, 'Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk' (2020) (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 571, 575.

⁵¹ *Badur*, tarafların tam ehliyetli olmaması halinde sürece katılan yasal temsilcilerin yapabileceği işlemlerin sınırının; anlaşma belgesinin hukuki geçerliliğini açısından denetleme yükümlülüğü kapsamında arabulucu tarafından denetlenmesi gerektiğini belirtmektedir [*Badur* (n 18) 56, 57]. Eşin rızasının bulunmamasının anlaşma belgesinin geçerliliğini etkileyeceği görüşünden hareketle aynı yorum eşin sürece davet edilmesi ve olumlu-olumsuz iradesini açıklaması bakımından da yapılabilir.

⁵² TMK md. 194/IV ve TBK md. 349/III kapsamında yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı olan eş, uyuşmazlığın konusu ne olursa olsun taraf sıfatıyla arabuluculuk müzakerelerine davet edilecektir [*Sert Sütçü* (n 3) 1511].

B. Müzakere Aşaması

Sözleşmenin tarafı olmayan eşin sürece davet edilmesi üzerine eş müzakerelere katılabilir ya da katılmayabilir. Davet edilmesine rağmen sözleşmenin tarafı olmayan eşin sürece katılmaması halinde kanaatimizce arabulucunun müzakerelere sürecin sona erme hallerinden birisi olan görüşme yapılmadan anlaşamama olarak son vermesi gerekir.

Davet edilen eşin müzakerelere katılması halinde arabulucu, taraflar ve kiracının sözleşmenin tarafı olmayan eş müzakereleri birlikte yürütebilirler.

C. Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

Arabuluculuk süreci HUAK md. 17/I ve HUAKY md. 20/I'de ifade edilen biçimlerde sona erebilir⁵³. Bu çalışma bakımından aile konutuna ilişkin kira sözleşmelerine yönelik uyuşmazlıklarda eşin rızasının bulunup bulunmaması kiracı eşin feshini ve fesih benzeri sonuçları içeren anlaşma hallerinde önem arz eder.

Öncelikle taraf olmayan eş müzakerelere katılsın ya da katılmasın tarafların uzlaşmadığı durumda müzakereler anlaşmama biçiminde sona erer. Taraflar diğer eşin katılmamasına rağmen sürecin anlaşma ile sonuçlandırılması ise bile bile geçersiz bir arabuluculuk anlaşması yapılması anlamına gelecektir. Bu bağlamda arabulucunun görevini özenle yerine getirme yükümlülüğü kapsamında geçersiz bir anlaşmayı yapmaması gerektiği kanaatindeyiz.

TMK md. 194/II ve TBK md. 349/II gereği eşin rıza gösteremeyecek durumda olması nedeniyle rızasının alınamaması; haksız yere rıza vermemesi halinde hakimin müdahalesi istenebilir. Fakat arabulucunun bu hususları değerlendirme bakımından yetki ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple kanaatimizce son tutanakta eşin davet edildiği fakat müzakerelere katılmadığı bilgisi eklemek suretiyle arabuluculuk sürecine görüşme yapılmadan anlaşmama biçiminde son verilmelidir.

Müzakerelerin kira sözleşmesinin tarafı olan eşin sözleşmeyi feshini içeren bir anlaşma ile sonuçlanması halinde; kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin sürece katılarak bu anlaşmaya açıkça rıza göstermesi halinde anlaşma belgesi geçerli olur. Eşin sözleşmenin feshine zımnen rıza göstermesi mümkün değildir⁵⁴. Eşin rızasının açık olması şart ise de yazılı olması şart değildir⁵⁵. Ancak

⁵³ Ayrıca bkz. Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur (n 42) 177.

⁵⁴ Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 334; Zevkliler ve Gökyayla (n 24) 345; Ceylan (n 13) 213.

anlaşma belgesi rıza veren eş tarafından imzalanmasa bile kanaatimizce eşin rızasına ilişkin açık beyanı anlaşma belgesine geçirilmeli ve taraf olmayan eş tarafından imzalanmalıdır.

Kira sözleşmesine taraf olmayan eşin sürece dahil olmaması ya da sürece dahil olsa bile sözleşmenin feshine rıza göstermemesine rağmen anlaşma belgesi düzenlenmesinin anlaşma belgesine etkisi üzerinde de durmak gerekir. Arabuluculuk anlaşma belgesi bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğu için, sözleşmelerin geçerlilik unsurları anlaşma belgesi bakımından da aranır⁵⁶. Bu unsurların eksikliği halinde arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik olmak üzere iki çeşit geçersizlik türü ortaya çıkabilir⁵⁷. Arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarının iradesinde bir bozukluk neticesinde ya da aşırı yararlanma suretiyle aktedilmesi halinde⁵⁸ özel yetki gerektiren haller hariç (iş mahkemesi, ticaret mahkemesi gibi) asliye hukuk mahkemesinde iptali dava edilebilir. Arabuluculuk anlaşma belgesi ehliyetsizlik; emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve geçerlilik şekline aykırılık hallerinde ise kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur⁵⁹. Bu durumda mahkemeden anlaşma belgesinin iptali değil kesin hükümsüz olduğunun tespiti istenebilir⁶⁰. Bu açıdan eşin rızasına aykırı şekilde aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshini ya da feshe benzer sonuçlar doğuracak işlemlere konu edilmesini içeren arabuluculuk anlaşma belgesi, emredici nitelikteki TMK md. 194/I ve TBK md. 349/I hükümlerine aykırı olması sebebiyle kanaatimizce kesin hükümsüz olacaktır. Bu durumda kiracı eşin fesih ya da tahliye iradesini içeren bir anlaşmanın geçersiz olduğu iddiası ile mahkemeye başvurulabilir⁶¹.

⁵⁵ Gümüş (n 13) 197; Cumalı (n 15) 93; Kamacı (n 13) 131.

⁵⁶ Emre Kiyak, 'Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) 6 (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523, 529; Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur (n 42) 182; Seda Baş, '6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali' (2022) 13 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 176, 179.

⁵⁷ Baş (n 56) 178; Ayşe Karaca Öz, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406, 1408.

⁵⁸ Baş (n 56) 178, 181.

⁵⁹ Mine Akkan, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 22; Badur (n 18) 71; Karaca Öz (n 58) 1423.

⁶⁰ Akkan (n 69) 22; İzmir BAM 9 HD, 2343/1223, 21.10.2019 [Karar için bkz. Badur (n 18) 70 dñ. 51].

⁶¹ Yeşilirmak, Kekeç ve Bulur (n 42) 182. Emredici hükümlere aykırı bir arabuluculuk anlaşmasının ve anlaşma belgesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı konusunda bkz. Badur (n

Sonuç olarak kanaatimizce arabulucu uyuşmazlığın aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinden kaynaklandığını tespit ettiyse taraf olmayan eşi sürece davet etmeli; eşin katılmaması halinde görüşme yapılmadan anlaşamama, eşin katılım rıza göstermemesi halinde ise anlaşmama biçiminde süreci sona erdirilmelidir. Aksi halde anlaşma belgesi kesin hükümsüzlük yaptırımıyla karşı karşıya kalacaktır.

Sonuç

2023 yılında 7445 sayılı Kanunla HUAK'a eklenen 18/B maddesi "Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar" bakımından arabuluculuğu dava şartı haline getirmiştir. Bu durum kira sözleşmelerine arabuluculuk süreciyle ilgili bazı sorunları beraberinde getirmiştir. Bunlardan biri de TMK md. 194 ve TBK md. 349 hükümleri karşısında kiralananın aile konutu niteliğinin arabuluculuk sürecine etkisidir. Bu kapsamda temel olarak sözleşmenin feshi ve feshine benzer sonuçlar doğuran bir işlemin arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, bu tür işlemlerin konu edildiği arabuluculuk müzakerelerine sözleşmenin tarafı olmayan eşin davet edilmesinin gerekli gerekmediği tartışılmaktadır.

Aile konutu; ailenin yaşam ilişkilerinin yoğunlaştığı, bu ilişkilerin merkezi olması amacıyla eşlerin seçtikleri konuttur. Aile konutu taşınır ya da taşınmaz olabilir fakat kira uyuşmazlıkları kapsamında aile konutunu konu eden kira sözleşmesi taşınmaza ilişkin olabilir.

TMK md. 194 gereği malik eş, diğer eşin açık rızası olmaksızın aile konutunu devredemez, aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz ve aile konutu kira sözleşmesiyle temin edilmişse kira sözleşmesini feshedemez. Sadece kira sözleşmelerine özgü olmak üzere TBK md. 349 gereği kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemez. Bu hükümler gereği arabuluculuk sürecinde de kiracı eş fesih ve fesih benzeri işlemler yapamaz. Bir diğer deyişle kiracı eş alt kira sözleşmesi yapamaz⁶², tahliye taahhüdü veremez, ikale sözleşmesi yapamaz ya da açılmış bir tahliye davasını kabul edemez. Eşin rızasının aranması için eşlerin resmi bir evlilik birliği içerisinde olmaları gerekir.

18) 71. Fesih veya tahliyeye ilişkin rızadan farklı olarak arabuluculuk anlaşma belgesine sonradan icazet verilmesi arabuluculuk sürecinin sona ermesi dolayısıyla mümkün olmayacaktır. Bu durumda eş arabuluculuk süreci haricinde rızasını açıklayabilir.

⁶² Nihat Yavuz, *Kira Hukuku* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2021), 401; Canarşlan (n 11) 240.

Arabuluculuk süreci içerisinde fesih ya da benzeri işlemlerle ilgili eşin rızasına başvurulabilmesi için taşınmazın aile konutu niteliğini arabulucu araştırmalı, gerekirse sözleşmeye taraf olmayan eşi sürece davet etmelidir. Tarafların anlaşması ve eşin arabuluculuk anlaşmasına rıza vermesi halinde sorun yoktur. Fakat eşin müzakerelere katılmadığı ya da katılmakla birlikte işleme rıza göstermediği durumlarda arabulucu görevini özenle yerine getirme yükümlülüğü gereği süreci sona erdirmelidir. Aksi halde bilerek arabuluculuk süreci sonunda kanunun emredici hükümlerine aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacak bir anlaşmanın aktedilmesi söz konusu olacaktır.

Kaynakça

- Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu - Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).
- Akçaal M, 'Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri' (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi 949-97.
- Akkan M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87.
- , 'Eşin Rızası' (2013) (109) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 251-302.
- Baş S, '6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali' (2022) 13 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 176-189.
- Başpınar V, 'Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz' (2003) 52 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79-101.
- Canarslan G, 'Türk Borçlar Hukuku'ndaki Gelişimiyle Alt Kira' (2023) (71) Adalet Dergisi 225-253.
- Ceylan E, 'Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi' (2017) (128) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 203-230.
- Cumalı G, 'Aile Konutu ve Kira İlişkileri' (Yükseklisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012).
- Dağlıoğlu D, 'Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk' (2020) (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 551-587.
- Doğan M, 'Kira Sözleşmesi' in M. Turgut Öz (ed), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2023).
- Doğan M, 'Medenî Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu' (2002) 6 (1-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 285-300.
- Doğan M, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 52, (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-129.
- Dural M, Ögüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2023).
- Ekmekçi Ö, Özkes M ve Atalı M, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarı ve Zorunlu Arabuluculuk* (On İki Levha Yayıncılık, 2018).
- Kıyak E, 'Arabuluculuk Sonunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği' (2015) 6 (21) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 523-548.
- Ganbari M K, 'Kira Artış Oranına Dair Geçici Maddeler ile Taraf İradesi: Özellikle Arabuluculuk' (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 197-232.

- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (2. Baskı, Filiz Kitabevi 2017).
- , *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (C. I), (Madde: 1-46)* (Vedat Kitapçılık 2014).
- Günay E, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Gündoğdu S B, 'Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler' (2023) 6 (2), Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 851-880.
- Hatemi H, *Aile Hukuku* (10. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2023).
- Hausheer H, Geiser T ve Aebi-Müller R E, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Guterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinat)*, (7. Vollständig Überbaute Auflage, Stämpfli Verlag 2022).
- İşleten M İ, 'Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2-591, K. 2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan) 927-953.
- İyilikli A C, 'Boşanma, Evliliğin İptali ya da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (2019) (13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 233-294.
- Kamacı, M, 'Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)' (2004) 30 (1-2) Yargıtay Dergisi 113-138.
- Karaca Öz A, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406-1428.
- Nebioğlu Öner Ş, 'Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri' (2011) (97) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 117-154.
- Ozanoğlu, H S, 'Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)' (2001) 50 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 55-90.
- Schaufelberger Peter C and Keller Lüscher K in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Thomas Geiser (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB)* (4. Auflage, 2010).
- Schleiss R, *Hausrat und Wohnung in Güterstandsauseinandersetzung und Erbteilung (nach den neuen Art. 219, 244 und 612a ZGB)* (Bern Universität Diss. 1989).
- Sert Sütçü S, 'Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Kiralanın Tahliyesi: Yazılı Tahliye Taahhüdü (Sorunlar-Çözüm Önerileri)' (2023) 13 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1491-1516.

- Sırataş B, *Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024).
- Şıpka Ş, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası* (Beta Yayıncılık 2004).
- Taşpolat Tuğsavul M, 'Aile Konutu Üzerindeki Hukukî İşlemlere Yönelik Sınırlamanın İcra Hukukundaki Etkilerinin Değerlendirilmesi' (2022) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 933-1011.
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 15. Baskı, Beta Yayınları 2018).
- Yavuz N., *Kira Hukuku* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).
- Yeşilirmak A, Kekeç E K ve Bulur A (eds), *Arabuluculuk Daire Başkanlığı Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (2021).
- Yücer İ, 'Alt Kira' (2008) 57 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 791-829.
- Zevkliler A, Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17. Bası, Turhan Kitabevi 2017).

İnternet Kaynakları

- <legalbank.net>.
- <mevzuat.tbmm.gov.tr>.
- <www.fedlex.admin.ch>.

KİTAP İNCELEMESİ

BOOK REVIEW

Silahlandırılmış Yapay Zekâ Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk^(*)

Mevlûde POYRAZ^(**)

Kitabın yazarı Dr. Âdem Özer, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler bölümünde öğretim görevlisi olarak görevine devam etmektedir. 2022 yılında Adalet Yayınevi tarafından birinci baskısı gerçekleştirilen, 381 sayfadan oluşan kitabın özü, esasında yazarın, Gazi Üniversitesi Doktora Programı kapsamında, Prof. Dr. Fatma Taşdemir danışmanlığında oluşturulan “Uluslararası İnsancıl Hukuk (jus in bello) Açısından Otonom Silah Sistemleri” adlı doktora tezinden esinlenilerek oluşturulmuştur. Yazarın bu konuda, yazdığı bu kitap dışında, makaleleri ve bildirimleri de mevcuttur. Kitabın esin kaynağı olan doktora teziyle Özer, Karadeniz Teknik Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, 2023 Yılı En İyi Doktora Tezi Ödülünü almıştır.

Kitabın temel amacı, gelecekte silahlı çatışmalarda kullanılması muhtemel olan otonom silah sistemlerinin, uluslararası hukuk açısından yaratacağı sorunları, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukuku ve hesap verebilirlik temelinde uluslararası ceza hukuku çerçevesinde değerlendirmektir. Literatürdeki farklı çalışmalar, uluslararası anlaşmalar, uluslararası teamül hukuku, uluslararası hukukun genel ilkeleri, mahkeme kararları, sivil toplum kuruluşlarının raporları göz önüne alınarak mukayese yöntemiyle değerlendirilerek oluşturulan çalışmada Özer, kitabını, anlama öğretisi olarak tanımlanabilecek, “yorumsamacı yaklaşım” ile ele aldığını belirtmektedir. Aktardığı bilgileri tablo-

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.03.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 09.04.2024.

Atıf Şekli: Mevlûde Poyraz, ‘Silahlandırılmış Yapay Zekâ Otonom Silah Sistemleri ve Uluslararası Hukuk’, (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887, 894.

DOI: 10.52273/sduhfd..1459877.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: yl2330261005@ogr.sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-1424-3971>.

lar ve şekiller ile de desteklemiştir. Çok çeşitli ve sayıca oldukça fazla kaynağa yer veren yazarın kaynakçasını; uluslararası hukuk alanında yazılmış bir kitap olmasından dolayı çoğunlukla yabancı kaynaklar oluşturmuştur. Ele aldığı konuları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İşkenceye Karşı Sözleşme, Belirli Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Cenevre Sözleşmesi gibi sözleşmelerin maddeleriyle dayanak oluşturmuş; Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi mahkeme kararlarıyla da desteklemiştir. Kitabın muhataplarının uluslararası hukuk ile etkileşim içerisinde olan kişiler olduğu düşünüldüğünde, dilinin anlaşılır olduğu ve her türlü görüş karşılaştırmasıyla okuyucunun zihninde de bir düşünce oluşturacağı söylenebilir. Kitap konusu itibarıyla üstün teknolojiyle oluşturulan muhtemel bir sistemi ele aldığından okuyucunun düşünme yetisini zorlayan, zihinsel etkinliklerle anlamlandırabileceği bir alan oluşturmaktadır. Özer de konunun başlangıçta düşünce dünyasını tarumar ettiğini, anlamlı insan kontrolünün olmadığı böyle bir sistemin var olabileceğinin mümkün gelmediğini ancak teknolojik gelişmeler ışığında geliştirilebileceklerini kabul ettiğini belirtmiştir. Söz konusu eser, alanında yazılmış nadir eserlerden olması ve muhtemel gelecekte yüzleşeceğimiz/yüzleşmek zorunda kalacağımız sorunlara ışık gettiğinden büyük önem atfedilecek bir eserdir.

Kitabına başlamadan önce Christian Lous Lange'in "Teknoloji yararlı bir hizmetkâr ama tehlikeli bir efendidir." sözüne yer veren yazar, giriş bölümünde yer verdiği kitabın problematiğini oluşturan sorulara cevaplar vererek konu hakkında geniş bir açıklamayla kitabını oluşturmuştur.

Kitabın dayanağını, "bir silah sisteminin otonom olarak nitelendirilebilmesi için yetkin bir insanla karşılaştırılabilir bir durumsal farkındalığa sahip olması gerektiği varsayımı" olarak belirten Özer, konuyu beş bölümde ele almıştır.

İlk bölümde otonom silah sistemlerini kavramsal ve teorik bir çerçevede ele alan yazar, ilk olarak insan zekâsına muadil ya da üstün bir zekâ oluşturma gayreti olarak tanımladığı yapay zekânın gelişim sürecinden, doğal zekâ ile ayırımından, amaçlarından, felsefik-düşünsel ve tarihi gelişiminden, avantaj ve dezavantajlarından bahsetmiş; sonrasında yapay zekânın somut gerçekliğe bürünmüş şekli olan otonom silah sistemleri hakkındaki tartışmaları açıklamıştır. Medyada daha çok "katil robotlar" şeklinde tehdit unsuru olarak lanse edilen otonom sistemlerin literatürde farklı şekillerde ele alındığını belirten Özer, uluslararası hukukun hakkında bir düzenleme yapmayarak netleşmesini sağla-

madığı bu alanı, alakalı olduğu; insansız, robot/robotik, otomatik, otomatikleştirilmiş, uzaktan kontrol, sistem, otonom, otonomi ve otonom sistem kavramlarını açıklayarak netleştirmeye çalışmıştır. Hâlihazırda mevcut olmayan bir alanı ifade eden otonominin, insanın döngüden çıkarıldığı, hedef odaklı, kullanıcının ilgili hedefleri belirlediği ancak hedefe ulaşmada özgür olan bir sistemi ifade ettiği açıklanmıştır. Devamında doktrinde oluşturulan farklı ölçeklerle otonomi seviyesini aktaran yazar, bu ölçeklerin avantajlı ve dezavantajlı yanlarını, uygulanabilirliğini değerlendirmiş, tamamen uygulanabilir bir ölçek olmadığını ifade etmiştir.

Uluslararası toplumun üzerinde uzlaştığı bir otonom silah sistemi tanımı olmamakla birlikte; uluslararası örgütler, devletler, düşünce kuruluşları ve akademisyenlerce oluşturulan tanımlar; insan-makine komuta kontrol ilişkisinin doğası etrafında ifade edilen, yetenek parametrelerine dayanan, yasal çerçevede yapılandırılan ve sistem tarafından gerçekleştirilen görevlerin niteliğine vurgu yapan, karmaşık parametreleri ele alan tanımlar olarak sınıflandırmıştır. Özer otonom silah sistemlerini, “önceden programlanan, insan operatörünün yardımına ve rehberliğine ihtiyaç duymayan, az ya da çok karmaşık askeri eylemleri gerçekleştirme yeterliliğine sahip olan, kritik işlevleri yerine getirebilen, önceden tasarlanmamış çevreye ve değişen koşullara uyum sağlayabilen, yapay zekâyâ sahip, gayr-ı meskûn yani insansız mekanik bir sistemdir.” şeklinde tanımlamıştır.

Otonom silah sistemleri için yapılan farklı seviyelerden oluşan sınıflandırmaları aktaran yazarın kitabının konusunu oluşturan otonomi seviyesi, anlamlı bir insan kontrolünün olmadığı, kendi kaderini tayin edebilen, öngörülemez ve müdahaleye kapalı olan sistemlerdir.

Kitabın ikinci bölümünde, “Yeni Silahlar (Otonom Silah Sistemleri) ve Yeni Teknolojiler Karşısında Uluslararası İnsancıl Hukuk” başlığı altında ele alınan konular; otonom silah sistemlerini olumlu ve olumsuz olarak değerlendiren görüşler ve haklılık payları, yeni bir silah olarak göz önüne alınması gereken düzenlemeler ve teamül kuralları ışığında otonom silah sistemleri üzerinde yapılması gereken denetimlerden oluşmaktadır.

Anlamlı insan kontrolünün olmadığı bu sistemler; kolay erişilebilirliklerinden dolayı devlet dışı silahlı aktörler tarafından kötüye kullanılabilir olması, ahlaki ve etik kaygılarının olmayıp empati yeteneklerinin de bulunmaması, hesap verebilirlik ve sorumluluğuna gitmenin zor olması, algoritmalar aracılığıyla yapacağı sınıflandırmalar sonucunda etnik bir saldırı, suikast gibi durumlarla

karşılaşılabilme ihtimali, savaşlardaki masraf ve insan ihtiyacını azaltacağından savaşa girerken daha az düşünmeye sevk etme ve bunun sonucunda da savaşlarda artışa sebep olma gibi sakıncalarından dolayı bir tehdit olarak ifade edilmiştir. Tehdit olarak görülmesi karşısında uluslararası toplumda bu sistemlerin oluşturulmasını engelleme ve durdurmaya yönelik yapılan çalışmalar ve bildirimler kronolojik olarak ele alınmıştır. Özer, otonom sistemlerin faydalı yönlerini de doktrinde oluşan görüşleri harmanlayarak, genel olarak insanların savaşlarda karşılaşabileceği olumsuz özelliklerinin(korku, stres, yorgunluk gibi) bu sistemde olmamasından, daha hızlı öğrenme, üretiminin daha kolay ve masrafsız olması, öldürülememeleri ve cinsel saldırı, işkence gibi insanlık dışı suçların savaş alanlarında işlenmesinin önlenebileceği gibi parametreler etrafında açıklamıştır.

Yeni bir silahın oluşturulmasında, kullanılmasında dikkat edilmesi gereken durumları içeren 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1 No.lu Protokol madde 36 kapsamında, otonom silah sistemlerini oluşturacak devletlerin gözden geçirme yükümlülüğü olduğu ve bu yükümlüğün Uluslararası Adalet Divanı tarafından uluslararası teamül olarak kabul edildiği aktarılmıştır. Yazar yeni bir silahın; anlaşma veya teamül hukuku, genel ilkeler, martens kaydı (insanlık ilkeleri ve kamu vicdanının gerekleri), tamamlayıcı ve geçerli ilke olarak insan hakları hukuku (yaşama hakkı, sağlık hakkı, işkence ve kötü muamele üzerinden yapılan bir değerlendirme) olarak dört aşamada incelendiği ve bu aşamalar açısından otonom silah sistemleri değerlendirmesini aktarmıştır. Gelecekte oluşması muhtemel bir sistem söz konusu olduğundan oluşturulurken yapılacak kodlamalar bu sistemlerin bu aşamalara uygunluklarını etkileyecektir. Bu tür sistemleri yasaklayan bir hukuk kuralı yoktur. Özer, mevcut kurallar ışığında bu sistemlerin oluşturulabileceğini ancak mevcut kuralların da bir yenilenmeye ihtiyacı olduğunu; bu silah sistemlerinin mümkün olan en erken evrede denetime tabi tutulup, uluslararası hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinin gerektiğini; uygulanabilirliği hayalî olsa da ülkelerin şeffaf bir şekilde birbirleriyle etkileşim halinde bu süreci yönetmesi gerektiğini belirtmiştir.

Kitabın üçüncü bölümünü yazar, “Uluslararası İnsancıl Hukuk (jus in bello) ve Otonom Silah Sistemleri” başlığı altında düzenlemiştir. Bölümde otonom silah sistemlerinin uluslararası insancıl hukuk kuralları karşısında, yasakçı, aşırı iyimser ve bekle-gör eğilimleriyle doktrinde ele alındığını belirttikten sonra; uluslararası insancıl hukuk, savaş hukuku, uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kavramları irdelenerek uluslararası insancıl hukukun çerçevesi oluşturulmuştur. Bölümde ayrıca uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri olan ayırım gözetme ilkesi, as-

keri gereklilik ilkesi, orantılılık ilkesi ve önlem alma ilkesinden bahsedilmiş, bu ilkeler karşısında otonom silah sistemlerinin uluslararası insancıl hukuku ihlal edip etmeyeceği tartışılmıştır. Bu ilkelerin genel kabul görmüş bir tanımının yapılamaması karşısında otonom sistemlerin kullanılmasıyla oluşabilecek ihlaller durumu daha da karmaşıklştırmaktadır. Yapılan değerlendirmeler ışığında, savaşın dinamik yapısı karşısında insani vasıflar olan durumsal farkındalık, değişen koşullara uyum sağlayabilme, sağduyu, iyi niyet gibi özelliklerin otonom silah sistemlerine aktarımı mümkün olmadığından; nihayetinde bir yapay zekâ olan sistemin siber saldırılara açık olmasından; uluslararası insancıl hukuk kurallarının insanlara yönelik ihdas edilmiş olmasından ötürü insanın varlığının bile ihlalleri engellediği düşünüldüğünde insanın tamamen döngünün dışında bırakılması bu alanda oluşabilecek ihlallerin önünü açmaktadır. Bu sistemlerin muhakeme yeteneğinin sınırlı olduğunu belirten Özer, bu durumun ancak anlamlı insan kontrolüyle mümkün olacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.

Dördüncü bölüm, “Uluslararası İnsancıl Hukuk ile Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Arasındaki Etkileşim ve Otonom Silah Sistemleri” başlığı altında ele alınmıştır. Bölümde kökenleri ve uygulandığı durumlar farklılık gösterse de, bireyin korunmasını temel hedef olarak benimseyen iki uluslararası kamu hukuku bölümü olan uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku arasındaki etkileşim; ayrılma teorisi, birleşme teorisi ve tamamlayıcı ve yakınsamacı/birleştirici teori başlıklarında ele alınmıştır. Silahlı çatışmalarda uluslararası insancıl hukuk kuralları geçerli iken, kolluk kuvvetleri tarafından icra edilen görevlerde insan hakları hukuku kuralları geçerlidir. Uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası insan hakları hukukunun tamamlayıcı yönünü gördüğümüz, uluslararası insancıl hukukta yasak olan bir silahın insan hakları hukukunda da yasak olması ilkesiyle, otonom silah sistemlerinin kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması ve bunun karşısında uluslararası insan haklarının durumunun incelenmesi elzem hale gelmiş, yazar da bu konuyu da bu bölümde ele almıştır. Otonom sistemlerin kolluk kuvvetleri tarafından kullanılmasının da tıpkı silahlı çatışmalarda kullanılmasında olduğu gibi olumsuz ve olumlu yönleri vardır. Özer bu yönleri aktardıktan sonra “farklı otonomi seviyelerine sahip sistemlerde insan kontrolü olmasına rağmen ortaya çıkan ihlallerin, tam otonom silah sistemlerinde insan kontrolü olmaksızın giderileceğini iddia etmek ütopyik bir beklentidir.” cümlesiyle bu konudaki bakış açısını ifade etmektedir.

Bölümde ayrıca otonom silah sistemlerinin kullanılma ihtimalinin ortaya çıkaracağı insan hakları ihlalleri; insan onuru, yaşam hakkı, insan hakları hukukunun ülke dışı kullanımı, haklarla ilgili kısıtlamalar ve ispat yükümlülüğü, özel

hayatın gizliliği, adil yargılanma hakkı, etkili hukuk yoluna başvuru hakkı ve işkence ve insanlık dışı muamele yasağı üzerinden ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu ele alışıta daha çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirmeler yapılmış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla da desteklenmeye çalışılmıştır. Ayrıca yaşam hakkı ele alınırken kolluk kuvvetleri tarafından kuvvet kullanımına ilişkin ilkeler olan; yasallık, gereklilik, orantılılık, ayrımcılık yapma, önlem alma ve hesap verebilirlik çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. Özer, yaşam hakkı ihlalinin sadece yaşamadan mahrum bırakma şeklinde değil, hesap verme yükümlülüğünün olmaması ya da yetersiz olması durumunda da gerçekleşeceğinden; hesap verebilirliği tartışmalı olan bu sistemlerin kullanımının, insan haklarının ihlaline sebep olmasının kaçınılmaz olduğunu ifade etmiştir. Yine diğer başlıklarda da söz konusu sistemlerin kullanımının ihlale sebep olabileceği çıkarımında bulunulmuştur. Anlamli insan kontrolünün olmadığı, özellikle hesap verebilirlik özelliğini yükleyemediğimiz otonom silah sistemlerinin, hem savaşlarda hem de kolluk kuvvetlerince kullanımı, insanın sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin erozyona uğramasına neden olmaktadır.

Kitabın son bölümünü oluşturan “Hesapverebilirlik ve Otonom Silah Sistemleri” başlığı altında yazar ilk olarak, insan kontrolüne sahip olan sistemlerde beklenmedik bir durumla karşılaşılması ve sistemin tepkisi karşısında insan tarafından verilen iki kararla, (Stainslav Petrov örneğiyle sisteme güvenmeyecek olası bir savaşın önüne geçildiği; Patriot örneğinde ise sisteme güvenerek verilen kararın istenmeyen sonuçlara sebep olduğu aktarılmış) insan kontrolünün bile olumsuz sonuçlara sebep olabileceği sistemlerde, insanın tamamen döngüden çıkarılmasının oluşturacağı durumlar kaygı eşiğimizi yükseltecektir diyerek çarpıcı bir değerlendirmede bulunmuştur. Hesap verebilirliğin tanımını aktaran yazar, devlet ve uluslararası örgütlere atfedilen sorumluluk ile bireysel olan cezai sorumluluğu da kapsayan geniş bir kavram olduğunu, ayrıca sorumlunun bulunmasıyla yetinmeyip, eylemlerinden dolayı hesap vermesini gerektirdiğini belirtmiştir. Hesap verebilirlik mekanizmasının gerekliliğini ve olmaması durumunda karşılaşılabilecek durumları aktaran yazar, otonom silah sistemlerinin kullanılmasının hesap verebilirlik açısından uluslararası hukuk alanında; bu sistemlerin boşluk oluşturacağından yasaklanması görüşü, bir boşluğa neden olmayacağı görüşü ve boşluğa sebep olsa da bunun bazı düzenlemeler ile aşılabileceği görüşü etrafında şekillendiğini aktarmıştır. Uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunda oluşan ihlal durumlarında hesap verebilirliği sağlamak için hem bireysel cezai sorumluluk hem de devletlerin

sorumluluğu söz konusudur. Yazar da otonom silah sistemlerinin kullanımıyla oluşabilecek ihlaller karşısında kimlerin ne şekilde sorumlu tutulabileceği/tutulamayacağını ayrıntılı olarak ele almıştır.

Uluslararası hukukta devletlerin sorumluluğu konusundaki çalışmalar, BM kurulu tarafından 2001 yılında kabul edilen, teamül kurallarını yansıtan “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Sebebiyle Devletin Sorumluluğuna İlişkin Düzenleyici Maddeler” ile bir sonuca varmıştır. Özer, söz konusu metne göre “Bir devletin uluslararası bakımdan söz konusu olabilecek her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu gündeme getirmektedir.” şeklinde devletin sorumluluğunu gerektirecek durumu ifade etmiştir. Devletin sorumluluğu cezai değil hukuki bir sorumluluktur. İhlale sebep olan davranışı devlete atfedilebilmesi için gereken durumları sayan yazar, otonom silah sistemlerini yasaklayan bir anlaşma olmadığından, kullanımlarından dolayı devletlerin sorumlu olacaklarını ve ihlal oluşturmamaları için gerekli olan şartları sağlamaları gerektiğini ifade eder. Bir devletin otonom silah sistemlerinin kullanımlarından oluşacak ihlallerin, uyulması gereken bir uluslararası hukuk normunu ihlal etmesi de devletin sorumluluğuna neden olacaktır. Bir ihlal durumunda devletlerin sorumluluğuna Uluslararası Adalet Divanı ve ulusal mahkemeler aracılığıyla gidilebileceğini belirten yazar, iki şıkkın da uygulanabilirliğinin yakın gelecekte mümkün görünmediğini kaleme almıştır.

Bireysel cezai sorumluluk ise daha karmaşık bir durum oluşturmaktadır. Yazar, bireysel cezai sorumluluğun tesisinde rol oynayan, yargılamada önceliği yargı yetkisini kullanmak isteyen devlete bıraktığından tamamlayıcı rol üstelenen, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nden bahsetmiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nde; soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları olarak uluslararası suçların ele alındığı belirtilerek, her suç karşısında otonom silah sistemlerinin oluşturacağı ihlal incelenmiştir. İncelemeler sonucunda Özer, otonom silah sistemlerinin savaşlarda kullanımının uluslararası suçlara vücut verebileceğini ancak bireysel cezai sorumluluk açısından zorluklar olduğunu aktarmıştır. Kitabında yoğun olarak bahsettiği “otonom silah sistemlerinde anlamlı insan kontrolünün olmaması”nın, bireysel cezai sorumluluk açısından sistem/robot/makine, üretici/programcı ve satıcı, askeri komutan, siviller ve politik karar alıcılar için sorumluluğa sebep olabileceğini belirten Özer, her biri açısından oluşabilecek sorumluluk durumunu ve bu sorumluluğun atfedilebilirliğini ele almıştır. Otonom sistemlerde, sistemin sorumluluğundan bahsetmek (bilinen ceza hukukunun cezalandırma ve caydırma prensipleriyle uyumadığından, ahlaki bir fail olarak nitelenemeyeceğinden) imkânsızdır. Diğer

sorumluluk atfedilebilecek başlıklar için ise yalnızca açık ve net bir durum bulunması bu duruma mahal verebilecektir. Ancak söz konusu sistemlerin kolektif bir çaba sonucu ortaya çıkmasından ve öngörülemez olmalarından ötürü bireysel sorumluluğa başvurabilmek zorluklarla doludur. Sonuç olarak bu tür sistemlerin kullanımı, hesap verebilirlik konusunda önemli boşluklara neden olmaktadır.

Kitabın sonuç bölümünde yazar, “Önleyici ya da Düzenleyici Bir Mekanizma Mümkün Müdür?” sorusunu sorup cevaplandırmaya çalışmıştır. Kitabında geniş çaplı olarak ele aldığı konuları vurucu noktalarıyla özetleyen yazar, otonom silah sistemlerinin tüm risk ve faydalarına rağmen önleyici bir yasağın mümkün olmadığını, yasak eğilimin de rasyonel olmadığını belirtmiştir. Özer, bu sistemlerin yasaklanmaktansa yasal zeminde kullanımlarına imkân tanınması gerektiğini ve kullanılacağı alanların sınırlandırılmasının gerektiğini kabul etmektedir. Mevcut uluslararası hukuk düzenlemeleri yeterli olsa da yeni gelişmeler karşısında tekrar ele alınıp düzeltilmelerinin gerektiği görüşündedir. Sonuç olarak düzenleyici bir mekanizmayla kullanımlarının önünün açılmasını ancak öngörülemezliği dolayısıyla anlamlı bir insan kontrolünün olması gerektiğini kaleme almıştır.

Tüm bu açıklananlar ışığında yazarın kitabı yazmaktaki amacı olan, “gelecekte silahlı çatışmalarda kullanılması muhtemel olan otonom silah sistemlerinin, uluslararası hukuk açısından yaratacağı sorunları, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası insan hakları hukuku ve hesap verebilirlik temelinde uluslararası ceza hukuku çerçevesinde değerlendirmek” temelinde yaptığı çalışmayla amacına hizmet edecek bir eser ortaya çıkardığı söylenebilir.