



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 75 Sayı: 2017/4 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2017

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

Önder Matbaacılık

İzmir Cad. Turtes Pasajı 34/2-3 Kızılay/ANKARA

T: (0.312) 418 94 10

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2017 | Presidency of Ankara Bar Association, 2017
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Dr. Kasım AKBAŞ

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Başak ŞİT

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Murat TEZCAN

Doç. Dr. Fatih KESKİN

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZİR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AÇAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Dr.
AKBULUT,	Olgun	Yrd. Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Doç. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Yrd. Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŞ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIĞOĞLU,	M. Artuk	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AŞIK,	İbrahim	Yrd. Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Doç. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Yrd. Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Doç. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Yrd. Doç. Dr.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	OĞuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŐPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŞTERZİ,	Süleyman	Doç. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Yrd. Doç. Dr.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem	Doç. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŐIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Doç. Dr.
ÇALIŐKAN,	Yusuf	Doç. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Doç. Dr.
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Yrd. Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRBAŐ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	Yrd. Doç. Dr.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÖNER,	İsa	Yrd. Doç. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Çenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Prof. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Demet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTAN,	Bilge	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

S-Ş		
SARAN,	Biröl	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğan	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŞKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKIOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ULUŐAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇŐŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayşe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örn. Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR. <https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID> Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES XIV
Av. Hakan CANDURAN

OHAL KHK'LARI VE DEVLETİN GÜÇ KULLANMA YETKİSİNİ SİVİLLERE
DEVREDEN 696 SAYILI OHAL KHK'SI HAKKINDA OLAĞANÜSTÜ
BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI SONUÇ BİLDİRGESİ XXI

ÇEVİRİ MAKALE

PARLAMENTER REJİMİN OLAĞANÜSTÜ HALDE KALDIRILMASI
(16 NİSAN 2017 REFERANDUMU İLE “KABUL EDİLEN”
ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN İLK GÖZLEMLER)
İbrahim Ö. KABOĞLU 25
Çeviri: Gülden KURT

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

5271 SAYILI CMK'NIN TEMYİZ KANUN YOLUNA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİYLE ORTAYA ÇIKAN
FARKLILIKLAR 47
Dr. Fahri Gökçen TANER

MARKALARIN İDARİ İPTAL PROSEDÜRÜ 79
Av. Arb. Dr. Zeynep BAHADIR

MİRASBIRAKANIN SAĞLIĞINDA ALTSOYUNA YAPTIĞI
KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALARIN DENKLEŞTİRİLMESİNDE
SAĞ KALAN EŞİN DURUMU 105
Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR

KKTC HUKUKU'NDA EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞUN SOYBAĞI
İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 141
Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI

ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI (TTK M. 396) 163
Yrd. Doç. Dr. Pınar AŞIK

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE ÖZEL POLİTİKA GEREKTİREN GRUPLAR.....	203
Dr. Orhan Ersun CİVAN	

MAKALELER (ARTICLES)

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA AYNEN TAKSİM SEÇENEĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	293
Av. Murat TEZCAN – Stj. Av. Beyza CANPOLAT	
«ALACAKLILARA ZARAR VERMEK KASDI İLE YAPILAN (HİLELİ) TASARRUFLARDAN DOLAYI» İPTAL (İİK. MAD. 280).....	307
Av. Talih UYAR	
İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ 36/3 MADDESİ UYARINCA AVRUPA KONSEYİ İNSAN HAKLARI KOMİSERLİĞİ’NİN ÜÇÜNCÜ TARAF MÜDAHİLLİĞİ.....	365
Çeviri: Kasım AKBAŞ	
HUKUK ARACILIĞIYLA DEMOKRASİ İÇİN AVRUPA KOMİSYONU (VENEDİK KOMİSYONU) TÜRK CEZA KANUNUNUN 216, 299, 301 VE 314. MADDELERİNE İLİŞKİN GÖRÜŞ	381
Çeviri: Kasım AKBAŞ	

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES

Değerli Meslektaşlarım,

Her yeni yılı, yeni bir umut sayıyoruz. Umut, yeni yılın yeni başlangıçlar için sunduğu gizil fırsatlarda, geçmişten dersler çıkarıp geleceği başka türlü kurabileceğimize dair iyimserlikte yatıyor. Türkiye’imizde Olağanüstü Hal rejimi kurumsallaştığından beri, umut ilkesi, bize, demokrasinin ve ifade özgürlüğünün, bunların güvencesi olarak anayasa ve kuvvetler ayrılığının bildiğimiz önemini durmaksızın hatırlatıyor.

Gönenç ve esenliğimizin, toplumsal barışımızın temel ilkesi, Anayasamızın değişmez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez maddesinde belirtilen “demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti” dir. 2018’de ümidimizi ayakta tutan, Olağanüstü Hal rejimi tarafından askıya alınmış olsa da, Anayasamızın bu hedefidir. 2018’in bu bilinçle, her birimiz ve ulusumuz için umut ilkesini ayakta tutacak bir yıl olmasını diliyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

2017 yılını geride bırakırken, 2018 yılına dair umut verici gelişmelerden söz etmek isterdim. Olağanüstü Hal rejiminin yayınladığı 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’yi okuduktan sonra, yapmam gerekenin, gerçeklerden yüz çevirmek değil sizleri bu Kararname içeriği hakkında kısaca da olsa bilgilendirmek olduğunu düşünüyorum.

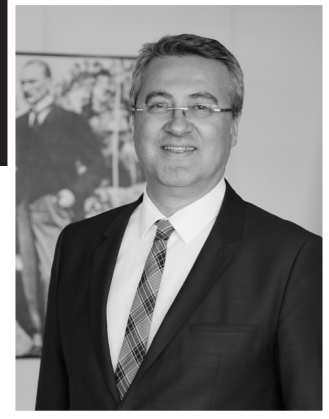
Kurumsallaştırdıkları Olağanüstü Hal rejimi dahi kendilerine yetmeyenler, demokrasimizi ve toplumsal barışımızı paramiliter güçlerin insafına terk eden bir düzenlemeyi de bu KHK’ya yazmaktan geri durmadılar. Basın Açıklamamızda vurguladığımız üzere;

“Birçok kanunda değişiklik yapan ve Anayasa’ya aykırı şekilde amacı dışında düzenlemeler içeren 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “HUKUK DEVLETİ” ilkesi artık tamamen ortadan kaldırılmıştır.

24.12.2017 tarihinde yayımlanan 696 sayılı KHK ile 6755 sayılı Kanun’un 37. Maddesine fıkra eklenerek;

“Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.” düzenlemesi getirilmiş,

Türk Ceza Kanunu’nun 309-312. Maddelerinde düzenlenen suçlardan tutuklu ve hükümlü olanların duruşmalara “badem kurusu” renginde özel kıyafetle katılma zorunluluğu getirilerek, bu kıyafetleri giymeyen veya kasten zarar verenlerin ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılacağı hüküm altına alınmıştır.



Devlet otoritesi olmak demek, devletin; kanunlar çerçevesinde herkesin bu kanunlara uymasını isteme erki demektir.

Devlet, toplum düzenini sağlayabilmek için, gücünü “yasalarla belirlediği” kolluk güçleri aracılığıyla nesnel ve eşit olarak kullanır.

Ayrıca devletin egemenlik göstergesi, bu gücü elinde bulundurarak yasalar çerçevesinde yaptırım uygulayabilmesinden geçer.

24.12.2017 tarihinde yayımlanan 696 sayılı KHK'nın soyut maddeleri ile aslında Devlet'e ait olması gereken bu güç kontrolsüz gruplara devredilmektedir. Bu KHK ile, özellikle olağanüstü hal sürecinde çığ gibi katlanarak büyüyen “hukuk dışı uygulama yaratılması” durumu artık en uç noktaya gelmiştir.

Anayasa'nın 121. Maddesine göre, olağanüstü hallerle ilgili KHK düzenlemelerinin resmi gazetede yayımlandıktan sonra aynı gün TBMM onayına sunulması gerekirken, bu süreçte sürekli olarak çıkarılan ve temel kanunlarda değişiklikler getiren düzenlemelerle yasama organının saf dışı bırakılması kabul edilemez.

Hal böyle iken ve Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 121. Maddesi uyarınca çıkarılan KHK hükümlerini yine Anayasa'nın 148. Maddesine göre denetleyemeyeceği yönündeki kararı da dikkate alındığında, OHAL KHK'ları ile getirilen düzenlemelerin toplumsal hayat için ne kadar vahim düzenlemeler olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Oysaki; Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir! Hukuk devleti ilkesi, Anayasada yer alan en önemli güvencedir; toplumsal barışın, düzenin ve güvenliğin teminatıdır. Suçluların cezasının hukuk yoluyla verileceğinin garantisidir.

Ne acıdır ki, darbe teşebbüsü ve terör eylemleri bahane edilerek, bu teşebbüsü ve devamındaki eylemleri durdurmak amacıyla suç işlenmesine imkan tanıyan, sivil halkı birbirine karşı kıskırtan bu düzenleme, eylemlere müdahale etmeye hevesli gruplara cezai sorumluluk yüklenmeyeceği taahhüdü çağrısında bulunmaktadır. Linç meşru hale getirilmeye çalışılmaktadır.

Diğer taraftan tek tip kıyafetle duruşmalara çıkma zorunluluğu, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan masumiyet karinesinin ihlalidir. Bir hukuk devletinde, iddia ve itham ne olursa olsun, mahkeme karar verene kadar herkesin masum olduğu

kabul edilmektedir. Tek tip kıyafet giydirilmesi, sanıkları toplum önünde peşinen suçlu gösterme ve onları rencide etme gayretidir, devlet erkini, hukuku ve hukukun uygulayıcısı hakimlerin karar verme yetkisinin devredilmesidir.

Meclisin tamamen devre dışı bırakılarak her konuda düzenleme yapılması kuvvetler ayrılığı ilkesinin hiçe sayılmasıdır. Ülkenin KHK'larla yönetilmesi, bir hukuk devletinden kabile devletine dönüşmekte olduğumuzun göstergesidir.

Ankara Barosu olarak, hukukun üstünlüğüne olan inancımızla, ülkece içinde bulunduğumuz vahim tablonun farkındayız! İvedilikle, hukuk devleti olmanın gereklerini yerine getirmek için herkesi ülkemizin geleceği konusunda, bizimle birlikte sorumlu davranmaya davet ediyor, siyasal iktidarın Kanun Hükmünde Kararnameler ile getirilen düzenlemelerden vazgeçmesi gerektiğini ifade ediyoruz.”

Bu konuda, ayrıca, basına da açıklamalarda bulundum. *Deutsche Welle* Türkçe'ye verdiğim mülakatta açıkladığım üzere;

“Bir KHK yazarak, Meclis'i bir kenara bırakıyorsunuz. Sıkıntı, hiç Meclis'te tartışılmadan bir kanun halinde getirilmesinde başlıyor. Bilinçli yazıldığını düşünüyorum. Hukuk kurul ve kurumlarından, barolardan, Türkiye Barolar Birliği'nden bu kadar tepki alacaklarını düşünmemişlerdi. Böyle bir yapı oluşturmaya çalışmışlardı. Şimdi fark ettiler, bırakın hükümet sözcüsünü Cumhurbaşkanı çıkıp söylesene ne olur? Yasanın içindeki madde ne ise odur. Zaten sıkıntı bu. (...) Siz bunu yazacaksınız ardından da biz bunu kastetmedik diyeceksiniz. Kastetmediyseniz hemen yarın KHK'yı değiştirmek durumundasınız.

(...) Türkiye Olağanüstü Hal (OHAL) rejimiyle yönetilen bir ülkedir, bunu kabul edelim. Siz TBMM'yi, olağanüstü hal görüntüsüyle çalışmaktan uzak tutarsanız, KHK bir gecede çıkabilir, bir saatte değiştirilebilir. Kanunda açık şekilde belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi de (AYM) çok yakın bir zamanda Anayasa'nın 148. maddesini farklı yorumlayarak, KHK'lar denetlenemez diye bir karar verdi. Bütün bu yaşadıklarımızın müsebbibi budur. OHAL döneminde hükümet istediği kararnameyi istediği saatte çıkartabiliyor. İnsan hayatını, bir ülkenin geleceğini, kaderini etkileyecek kadar önemli kararlar yargı denetimi dışında alınabiliyor. AYM'nin burada rolü çok büyük. Bugün KHK yaparsınız, yarın olmadı deyip değiştirebiliyorsunuz. Bu kadar basit hale getirdiler. (...) 79 baro olarak Türkiye Barolar Birliği ile birlikte Çarşamba günü bir olağanüstü toplantı yaparak, 695 ve 696 sayılı KHK'lara ilişkin hukuka aykırı hükümlerini tartışıp, AIHM'ye ve AYM'ye başvurmak gibi tüm yolları düşüneneceğiz. Çok net söylüyorum, 696 ve 695 sayılı KHK'lar Türkiye'de hukuk devletinin tabutuna çakılmış son iki çividir.”

Bu konuda Türkiye Barolar Birliği öncülüğünde Baro Başkanları olarak yaptığımız toplantı sonrasında hazırladığımız Sonuç Bildirgesi son derece önemli tespit, değerlendirme ve bunlardan çıkarılan talepleri içermektedir. Önemi nedeni ile, Başkan'ın Mesajı'nın sonuna olduğu gibi ekliyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu önemli düzenlemeye odaklanıldığından gözden kaçan bir düzenlemeye de değinmek isterim: 696 sayılı KHK ile Yargıtay ve Danıştay üyelerinin sayısı Yargıtay’a 100, Danıştay’a 16 yeni kadro eklenerek arttırılmaktadır. Bunun, geçmişte yapılan bir uygulama ile benzerliğini burada açıklamayı gereksiz görürüm. Hukukun üstünlüğünü değil üstünlerin hukukunu hâkim kılmak isteyen zihniyet, hangi gruptan neşet ederse etsin benzer yöntemlerle hareket ediyor.

Tarihe not ediyoruz; “160”la gelenler, “160”la gittiler, umuyoruz ki, “100”le gelenler, nasıl geldiklerine bakmaksızın, siyasi iktidarın ya da bir siyasi çevrenin görevlisi değil hukukçu olduklarını bir gün bile unutmazlar, yerlerde sürünen yargıya güveni yükseltecek yüksek yargıçlar olarak bizim bu kaygımızı unuttururlar.

Siyasi iktidarın, 696 sayılı KHK ile yaptığı düzenlemelerden biri de, yüksek yargı üyelerinin sağlık harcamalarının artık “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin tabi oldukları hükümler ve esaslar çerçevesinde Yargıtay bütçesinden ödenmesi”ne dairdir. Yorum yapmıyorum, ne anlama geldiğinin yorumunu yüksek yargıçlarımıza, cübbelerinde düğme deliği aramama onuruna sahip gerçek hakimlerimize bırakıyorum.

Değerli Meslektaşlarım,

Demokrasi, salt bir siyasal süreçler toplamı değildir, bir ekindir de. Demokrasi kültürü, insan haklarının üstünlüğüne dayanır. İnsan hakları, eşitlik, özgürlük ve insanlık onuru değerlerini yüceltir. Demokrasi kültürü geliştirilebildiği gibi köreltilbilir de.

Türkiye Cumhuriyeti’nin tüm tarihi birikimi, birçok eksiklik barındırsa da, cumhuriyetçi temel değerler üzerinde, komşumuz Ortadoğu ülkelerinden farklı olarak, demokrasi kültürünü beslemiştir. Olağanüstü Hal rejiminin Türkiye Cumhuriyeti’nin bütün demokratik birikimini ortadan kaldırmasını sessizce izlemek bir hukukçunun geleceğinden de vaz geçmesi anlamına gelir.

Ankara Barosu Başkanı olarak söylemek zorundayım, AYM’nin açtığı yoldan yürüyen Cumhurbaşkanlığı başkanlığındaki Hükümet, OHAL kararlarıyla ülkemizi tümüyle anayasasızlaştırmakta, Anayasa’nın hükümetlerin gerçekten zor günlerin aşılması için kullanmasını öngördüğü iyi niyetle yapılmış OHAL düzenlemesini, ülkeyi kolay yönetip, rejim değişikliği yaratmanın aracı haline getirmektedir.

Değerli Meslektaşlarım,

Terörle de ancak, insan haklarını üstün tutarak mücadele edilebilir. 2017 yılı içinde kaybettiğimiz, her biri çok değerli, asker, polis ve sivil vatandaşlarımızın isimlerinin bazı medya organlarında görünür olmaktan çıkması, bu kahramanlarımızın basın açıklamalarındaki sayılara dönüştürülebilmesi de aynı zihniyetin dışavurumudur. Her bir şehidimiz için ayrı ayrı basın açıklamamızda duyurduğumuz

üzere, “*teröre inat, bu ülkede barış içinde ve kardeşçe yaşama kararlığımızı bir kez daha vurguluyor ve aziz şehitlerimizin anısı önünde saygıyla eğiliyoruz*”.

Bu vesileyle vurgulamak isterim, kutsal olan devlet değil insan yaşamıdır. Devlet insan yaşamının dünya tarihinde bulunabilmiş en makul koruyucusu olabildiği oranda meşru olabilir. Prof. Dr. Bülent Nuri Esen hocamızın yıllar önceki tespitiyle ifade edilirse; “Uygarlığın en önemi niteliklerinden biri ‘Güven’ içinde yaşamdır. Güvenlik, geçmişte sınav vermiş bir kavramdır. Zor tedbirlerine gidilmeksizin sağlanması gereği artık anlaşılmıştır. Yasak, insanlık onuruna yaraşır bir yaşantıya kavuşamamış kişiyi doğruluk dışı davranıştan alıkoymaz. Polis devriyesinin hastaya ilaç sağladığı görülmemiştir (...) Demokrasinin mucizesi baskı yerine insan haklarını getirmiş olmaktadır.” Sayın Esen’in 1968’de yazdığı şu satırları da hatırlatmakta fayda görüyorum: “Ben bir ‘nizam dostu’ değil, bir ‘düzen delisi’yim. Düzen olmayan yerde hürriyet de yoktur. Ama, ben kayıtsız şartsız düzenci değilim. Ben, laik, demokratik, sosyal hukuk devleti düzeni taraflısıyım. (...) Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının zaruri gördüğü polis, bu düzeni gerçekleştirecek ‘hukuk polisi’dır. Polis yürütmenin tokat atan eli değildir. Bir an önce ‘hukuk polisi’ni kurmamız gerekiyor.” Bu ihtiyacın halen de devam ediyor olması, tarihten almamız gereken acı bir derstir.

Değerli Meslektaşlarım,

Demokrasi ekini, insan haklarının üstünlüğünün herhangi bir şekilde tartışabilir olmasına müsaade etmez. Hiçbir güvenlik kaygısı, hiçbir siyasal beka arayışı buna gerekçe olamaz. Kaldı ki, 15 Temmuz menfur darbe girişimi sonrasında ülkemizin tam bir birlik içinde geliştirdiği demokrasiye ve seçilmiş hükümete sahip çıkan ortak tutum, ulusumuzun yüksek bilinç ve irade düzeyinin somut bir ifadesidir. Bu yokmuşçasına, rejimin bekasını temsil eden yeni vesayet odaklarının, hem de kişisel bir yönetimi dolaysızca işaret edecek şekilde inşa edilmesi; bu kişisel yönetimin “*internet zehirdir*” sözünü, rektör, yönetici ve bilim insanlarının ayakta alkışlamaları, demokrasi kültüründe gelebileceğimiz noktanın göstergesi değilse, nedir?

Demokrasi kültürünün baskıcı bir rejim altında yozlaşmasının en önemli göstergelerinden biri, işte bu, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelen tahammülsüzlüktür. “*Barış*” vurgulu -tüm içeriğine katılmasak bile ifade özgürlüğü kapsamında olduğu açık olan- bildiriye imza atan çok değerli bilim insanlarını KHK’lerle ihraç eden rektörler, “*internet zehirdir*” sözünü alkışlayadursun; bir gün, bir yazarın imza gününün basıldığı haberini alıyoruz, ertesi gün bir gazetecinin daha tutuklandığı haberini ya da Cumhurbaşkanı’na hakaret suçundan bir yurttaşın daha göz altına alındığı haberini kanıksamış olduğumuzu fark ediyoruz.

Yazar İhsan Eliaçık’a Kayseri’de gerçekleştirilen saldırı sonrasında vurguladığımız üzere, Ankara Barosu olarak, “*yazara, kitaba, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik her türlü saldırıyı reddediyoruz*”.

Bu sayımızda, geldiğimiz noktayı gazeteci yargılamaları bağlamında resmeden Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği'nin Üçüncü Taraf Müdahillliği dilekçesinin çevirisini de bulacaksınız.

Değerli Meslektaşlarım,

Demokrasi kültüründeki erime, kadın haklarına ve kazanımlarına yönelik saldırılarla da görünür oluyor. Kadın hakları konusunda duyarlılık gösterdiğine şahit olmadığımız bir gazete üzerinden, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a karşı, tümüyle temelsiz iddialarla bir kampanya yürütülüyor. Basın Açıklamamızda vurguladık: “6284 Sayılı Kanun, ülkemizde yaşanan aile içi şiddet vakalarındaki artışın önüne geçilmesi, özellikle de ekonomik bağımsızlığa sahip olmayan kadınların ‘aile’ kavramı adı altında öldürülmelerinin engellenmesi, istismar edilmeleri ve örselenmelerinin önüne devletin desteğiyle geçmek için çıkarılmıştır. Kanun’un amacı, ‘şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı talep mağduru olan kişilerin ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesidir.’” 6284 sayılı Kanun'a karşı girişilen bu kampanyaya karşı tüm tarafları, özellikle de kadın örgütlerini uyarmayı görev biliyoruz.

Değerli Meslektaşlarım,

Demokrasi ekinindeki geriye gidiş, insana ve kadına duyarsızlaşan bir kültürel eğilim, hayvanlara eziyeti de sorun etmiyor. Hayvan Hakları Kurulumuz, sorunları dikkatle izliyor ve not ediyor. Bizleri bu konuda farkındalığa çağırıyor. 4 Ekim Hayvanları Koruma Günü vesilesiyle ve izleyen günlerde yaptıkları açıklama ve etkinliklerde altını çizdikleri şu hususu paylaşmak isterim: “Toplumların gelişmişlik düzeyi, hayvanlara yapılan muameleyle ölçülür. Kimi gelişmemiş ülkelerde hayvanlar ilkel varlık ya da mal muamelesi görürken AB ülkeleri 1996'da yayınladığı direktifle hayvanları mal statüsünden çıkartıp hissedebilir varlıklar olarak kabul etmiştir.

Bizde ise toplumun bir kesimi hayvanları yaşamın bir parçası olarak değerlendirirken başka bir kesimi onları yok edilmesi gereken varlıklar olarak görüyor. Oysa ki dünyanın sahibi değil bir parçasıyız ve içinde bir bütün olarak yaşadığımız ekosisteme ve dünyaya saygı duyup onu korumalıyız”.

Bilirkişilik Yapan Sevgili Meslektaşlarım,

Adalet Bakanlığı Bilirkişilik Daire Başkanlığının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu ve Bilirkişilik Kanunu'nu yorumlama şekliyle vardığı vahim sonucu dikkatle izliyoruz.

Bu konuda dava açtık ve gerekli başvurularda bulunduk. Sizlerle birlikte, soruna çözüm üretmeye yönelik çalışmalarımıza devam edeceğiz. Bu konuda, müzakereyi esas alarak, çözümün parçası olmaya gayret ettiğimizi bilmenizi isterim.

Değerli Meslektaşlarım,

2017 yılında bir Anayasa Değişikliği gerçekleşti. Meşruiyeti tartışılan bu değişiklik sürecinde, anayasacılığın küresel olarak da bir tartışma içinde olduğunu müşahade ettik. 11-14 Ocak 2018 tarihlerinde gerçekleştireceğimiz Uluslararası Hukuk Kurultayı'nın 10'uncusunda, avukatlık mesleğinin kimi sorunları yanında esas olarak bu konuya odaklanıyoruz. Ulusal ve uluslararası bağlamda anayasacılığın küresel krizini tüm boyutları ile ele alacağımız Kurultay'ı siz değerli meslektaşlarımızın katılımınızla onurlandıracağımızı umuyorum.

Saygılarımla.

Avukat Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

OHAL KHK'LARI VE DEVLETİN GÜÇ KULLANMA YETKİSİNİ
SİVİLLERE DEVREDEN 696 SAYILI OHAL KHK'SI HAKKINDA
OLAĞANÜSTÜ BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI
SONUÇ BİLDİRGESİ

1. OHAL derhal kaldırılmalıdır. Çünkü OHAL terörle ve darbeye kalkışanlarla mücadele amacının dışında, olağan bir yönetim biçimi olarak kullanılmaya başlanmıştır.

2. Devletin ilgili kurumlarının elinde, OHAL olmaksızın da terörle mücadele etmeye yetecek güç ve yetkiler vardır.

3. Türkiye Barolar Birliği ve Barolarımız hukuk çerçevesinde terörle mücadele edilmesini her zaman desteklemiştir. Ancak OHAL bu haliyle, terörle mücadeleyi sekteye uğratmaktadır. Çünkü; Türkiye'nin demokratik görüntüsüne ağır zarar vermektedir. Bu da, terör örgütlerinin özellikle dış ülkelerde meşruiyet kazanma girişimlerini kolaylaştırmaktadır. Türkiye'nin yatırım yapılamayacak bir ülke olarak görünmesine neden olmaktadır. Savunma hakkını sınırlayarak yargılama sürecinde suçlu ve suçsuzun birbirinden ayrılmasını zorlaştırmaktadır. Masumları mağdur etmektedir. Gerçek suçluların masumların arkasına saklanmasına imkân sağlamaktadır.

4. Bugüne kadar OHAL ile ilgisi olmayan binlerce düzenleme, OHAL KHK'ları yoluyla yapılmıştır. Üstelik bunların önemli bir kısmının KHK ile düzenlenmesini Anayasamız yasaklamıştır. Bunlar aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de aykırıdır.

5. Mevcut uygulamada hangi konuların kanunla, hangilerinin KHK ile düzenleneceğine Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu karar vermektedir. Oysa bu konuda esas alınabilecek tek irade ve tek belirleyici Anayasadır. Bu durum, TBMM'nin yetkilerinin fiilen elinden alınması anlamına gelmektedir.

6. Bir tek hükmü bile OHAL'le ilgili olmayan 696 sayılı KHK ile milli irade bir kez daha yok sayılmıştır.

7. Bu süreç sonunda verilecek hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce hak ihlali olarak yorumlanacağı da açıktır. Gerek 696 sayılı KHK'da, gerek önceki KHK'larda Anayasa'ya aykırı yüzlerce düzenleme vardır. Mesela tek tip elbise düzenlemesi ile sanıkların peşin olarak suçluluğunun kabul edildiği görüntüsü verilmektedir. Savunma hakkı ağır şekilde ihlal edilmektedir. Türkiye'deki yargılamaların dünyada; önyargılı, suçsuzluk karinesini yok sayan ve usulen yapılan yargulamalar olarak görülmesine sebep olunmaktadır.

8. Bu apaçık Anayasa ihlallerinden bile daha vahim olanı, 696 sayılı KHK'nın insanların yaşamlarını tehlikeye atan bir sorumsuzluk maddesi içermesidir.

9. 696 sayılı KHK, sadece 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin bastırılmasına katılan sivil vatandaşlarımıza yönelik ve yalnızca kanunla TBMM tarafından düzenlenebilecek bir genel af veya sorumsuzluk getirmekle kalmamıştır. Geleceğe yönelik olarak da sivil vatandaşlarca suç işleme özgürlüğü olarak anlaşılabilir mutlak bir ceza ve tazminat sorumsuzluğu getirmiştir. Böyle bir düzenleme kanunla dahi yapılamaz.

10. Her ne kadar bazı yetkililerin açıklamaları, KHK'nın ilgili maddesinin sadece 15 ve 16 Temmuz 2016'yı kapsama niyetiyle yazıldığı şeklinde olsa da, madde metni böyle değildir. Geleceğe yönelik ve ucu açık bir ceza ve tazminat sorumsuzluğu getirilmiştir.

11. Darbe teşebbüsünün devamı niteliğindeki eylemler ne demektir? Kim, neye göre bunu tespit edecektir? Barışçıl bir protesto eylemini 15 Temmuz'un devamı niteliğinde diye yorumlayıp temel haklarını kullanan insanlara saldıran, öldüren, darp eden gruplar olur ise, bu suçlular, bu maddenin kendilerine bu hakkı verdiğini sanacaklardır.

12. Yetkililerin açıklamalarına göre yapılmak istenen bu değilse bile, KHK'da yazılmış olan budur. Dinamitin fitilini yakmak kolay, söndürmesi çok zor hatta bazen imkansızdır. Vatandaşlarımız huzursuzdur. Kardeş kavgasına zemin hazırlayan bu vahim madde acilen geri çekilmelidir. Ancak derhal ve bir ilk adım olarak; maddenin savunmasını yapanlarca iddia edildiği gibi uygulama kapsamı en son 16 Temmuz 2016'yı kapsıyorsa, bu tarih açıkça madde metnine yazılmalıdır. Böylece maddenin geleceğe yönelik bir suç işleme sorumsuzluğu olarak anlaşılan anlatımı ortadan kaldırılmalıdır. Yetkili makamların sözlü beyanları kuşkusuz bağlayıcı değildir.

13. Kaldı ki sosyal medya mesaj ve yorumları okunduğunda, sokakta konuşulanlar dinlendiğinde azımsanmayacak sayıda kişinin bu maddenin kendilerine bu hakkı verdiğini sandıkları görülecektir. Çok büyük kitlenin ise huzursuzluğa ve güvensizliğe sevk edildiği anlaşılacaktır. Bu sosyal gerçeklik dahi, maddenin kapsamına ilişkin düzeltme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

14. Milli bir konuda inatlaşmak tüm topluma ve ülkemize geri dönülmez zararlar verir. Aziz vatandaşlarımızın canlarının, temel hak ve hürriyetlerinin zarar görmemesi Türkiye Barolar Birliği'nin ve Barolarımızın tek dileğidir. Bunu talep etmek de hepimizin asli görevidir.

Bu sebeplerle, olağanüstü gündemle toplanan Türkiye Barolar Birliği ve Baro Başkanları olarak diyoruz ki;

- OHAL derhal kaldırılmalıdır.

- 696 Sayılı KHK derhal geri çekilmelidir.

- Tatilde olan Türkiye Büyük Millet Meclisi derhal toplanmalıdır. Konuyu, milli bir mesele olarak ele almalıdır.

- Anayasa Mahkemesi yirmi altı yıllık içtihadını hatırlamalı, hukuk devletine sahip çıkmalı ve OHAL ile ilgili hiçbir hüküm içermeyen bu KHK'yı derhal incelemelidir.

- Türk Milleti'nin doğru bilgilendirildiği takdirde sağduyusunun galip geleceğine güveniyoruz.

- Milletimizin, hukukun evrenselleşmiş kurallarının sağladığı güven içerisinde birlik ve beraberlik halinde, huzurlu bir şekilde yaşayabilmesi adına sürecin takipçisi olacağımızı, halkımızı kimseden çekinmeden bilgilendirmeye devam edeceğimizi vatandaşlarımıza taahhüt ediyoruz.

Kamuoyunun bilgilerine saygıyla sunarız.

PARLAMENTER REJİMİN OLAĞANÜSTÜ HALDE KALDIRILMASI

(16 NİSAN 2017 REFERANDUMU İLE
“KABUL EDİLEN” ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNE
İLİŞKİN İLK GÖZLEMLER)*

İbrahim Ö. KABOĞLU**
(İstanbul, 17.07. 2017)

* Fransızca aslı: İbrahim Ö. Kaboğlu, «Suppression du régime parlementaire sous l'état d'urgence: Remarques sur la modification constitutionnelle “approuvée” par le référendum du 16 avril 2017 », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 3 juillet 2017 (Türkçeye çeviren; Gülten Kurt, Boğaziçi Üniversitesi Doktora Öğrencisi)

** Marmara Üniversitesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı ve Université Sorbonne Nouvelle (Paris 3)'te konuk öğretim üyesi olarak ders veriyor iken 7 Şubat 2017 gecesi yayımlanan 686 sayılı OHAL kanun hükmünde kararname ek listesinde adı yer aldı ve bütün kamusal haklarından mahrum edildi. Pasaportuna da el konulduğu için yurt dışındaki derslere devam edemedi ve uluslararası bilimsel toplantılara da katılamıyor. Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği başkanı ve uluslararası hakemli Anayasa Hukuku Dergisi genel yayın yönetmeni olan Kaboğlu, “BirGün” gazetesi yazarıdır.

ÖZ

Bu makale, 15 Temmuz 2016'dan bu yana Türkiye'de tanık olunan siyasi ve anayasal kargaşayı ele almaktadır. Başarısız askeri darbe girişiminin ardından bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacıyla olağanüstü hâl ilan edilirken parlamenter rejimin kaldırılmasını hedefleyen anayasa değişikliği, istisnai şartlarda gerçekleştirildi. Bu makalede öncelikle anayasal çerçeve içinde ilan edilen ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında yer alan olağanüstü hâl uygulaması ele alınacak. Ardından, anayasal düzenin devamlılığı içinde gerçekleşen bu (son derece radikal) anayasa değişikliği, hem süreç ve usul hem de hukuk devletinin gereklilikleri açısından değerlendirilecek. Son olarak, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti olduğu kabul edilen bir siyasi organizasyon içinde bu "yeni düzen"! ne ölçüde kalıcı olabilir, bu sorgulanacak.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hâl, hakların sert çekirdeği, kötüye kullanılan anayasacılık, anayasal dezenformasyon ve anayasasızlaşma, anayasa fetişizmi, insan haklarının askıya alınması, başvuru yolları, parlamenter rejim, rejimin başkanlaştırılması.

ABSTRACT

This paper discusses the politico-constitutional upheavals that took place in Turkey since 15 July 2016. While a state of emergency has been proclaimed to restore the public order disturbed by the attempted military coup, a constitutional modification, addressed to remove the parliamentary system, has been adopted under exceptional circumstances. The first question we considered in this paper is the constitutional practice of the state of emergency proclaimed, both in the perspective of the binding Constitution and the European Convention on Human Rights. Secondly, we analyzed the constitutional modifications, which appear very radical with respect to the continuity of the constitutional order, with respect to the time dimension of its effects, to the procedure adopted and the requirements of the rule of law. We finally asked ourselves whether such "new order"! is sustainable in a political organization conceived as a democratic State based on the rule of law and the respect of human rights.

Keywords: State of emergency, the core of rights, abusive constitutionalism, constitutional disinformation and de-constitutionalizing, constitutional fetishism, suspension of human rights, the core of human rights, parliamentary system, presidential transformation of the regime.

Başarısız darbe girişiminin ardından (15 Temmuz 2016) olağanüstü hâl ilan edildi (20 Temmuz). Kanun hükmünde kararnemeler yoluyla uygulanan olağanüstü hâlin anayasaya aykırı düzenleme ve uygulamalarına yönelik itirazlar devam ederken anayasanın değiştirilmesi için bir yasa teklifi Millet Meclisine sunuldu (10 Aralık). Siyasi rejimin değişimini içeren yasa önerisi, Millet Meclisi tarafından kabul edildi (21 Ocak 2017) ve Resmî Gazete’de yayımlanmasının (11 Şubat) ardından Anayasa değişikliği, 16 Nisan 2017 tarihinde halkoyuna sunuldu.

Öncelikle, Türkiye’nin anayasal kazanımlarını hatırlatmakta fayda var. Devamında, Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) açısından olağanüstü hâl ve uygulaması ele alınacak. Üçüncü olarak da anayasa değişikliği usul ve içerik olarak genel hatlarıyla incelenecek. Son olarak ise geçiş dönemine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ANAYASAL BİLANÇO GÖRMEZLİKTE GELİNEMEZ

20. yüzyılın ikinci yarısı ile 21. yüzyılın başındaki Türkiye’nin siyasal ve anayasal tarihine damga vuran süreklilik ve kopuş ikilemi karşısında sürekliliğin baskın çıktığına ve kopuşun nihayet demokrasi tarihinin konusu hâline geldiğine inanılıyordu. Ne yazık ki 2016 yılında 15 Temmuz’u 16 Temmuz’a bağlayan ve ülkede daha önce bir benzeri görülmemiş o korkunç gece, yanıldığımızı gösterdi.

Neyse ki (darbe girişiminin başarısız olması sayesinde) kazanan kopuş değil süreklilik oldu. Yine de başarısız girişimi takip eden dönem, Türkiye’de bir kere daha demokrasi ve hukuk devletinin sınanmasına yol açtı.

Ülkenin başarısız darbe girişiminin ardından anayasal düzene dönmesi gerekirken iktidar partisinin^[1] tercihi aksi yönde oldu: olağanüstü şartlardan faydalanarak anayasayı değiştirdi; anayasal kazanımları tehlikeye atma (hatta tümüyle yok etme) riskini taşıyan bir değişiklik gerçekleştirdi. Siyasi rejim açısından Türkiye, Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki anayasal monarşiden bu yana, Avrupalı devletlerin çoğunluğu gibi parlamente sistemi benimsedi. Yürürlükteki 7 Kasım 1982 Anayasası’nda ise, otuz yıllık bir süreye yayılarak gerçekleştirilen değişiklikler sayesinde, “otorite ve özgürlükler” dengesi bakımından insan hakları lehine bir fren ve denge mekanizması sürekli olarak güçlendirildi. Devletin insan haklarına saygı duyma, insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülükleri, ilk metinde yer alan anayasal hak ve özgürlükleri daha fazla kısıtlama olanakları karşısında pekiştirildi. Aynı zamanda farklı insan hakları kategorilerinin özel statülerinde de bir iyileşme söz konusu oldu. Bu nedenle,

[1] AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi), Kasım 2002’den bu yana iktidarda olan parti.

insan hakları rejiminin dönüşümü açısından *Anayasal başkalaşma*'nın altının çizilmesi gerekir.

Sonuçta özgürlükler anayasa hukuku, ancak kurumsal anayasa hukuku bağlamı içinde bir anlam ifade edebilir. Anayasa'nın, başkalaşımın köşe taşı sayılabilecek 13. maddesi, kolluk kuvvetlerinden Millet Meclisine kadar tüm kamu otoriteleri için pozitif yükümlülükler getirir. Yasama erki, öncelikle, 13. maddede belirtilen her bir ölçütün gerektirdiklerini dikkate almak zorundadır: demokratik toplum, laik cumhuriyet, ölçülülük ve özgürlüklerin özü. Yine, bu ölçütler hâkimler tarafından doğrudan uygulanmalıdır. Bu ölçütler aynı zamanda yürütme ve idare bakımından da geçerlidir: kolluk güçleri, özellikle, ölçülülük ve özgürlüklerin özü ilkesine uymalıdır. Öte yandan, 13. maddede sayılan ölçütlerin kümülatif etkisinin de hesaba katılması gerekmektedir^[2].

Devlet örgütlenmesi bakımından, parlamenter rejimlerdeki yumuşak erkler ayrılığı, Türkiye için de geçerlidir. Anayasa'ya göre, "Cumhuriyet'in temel organları", karşısında Cumhurbaşkanı'nın sorumsuz^[3] ve Hükümetin sorumlu olduğu yasama^[4] ve yürütme erki ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi etrafında örgütlenen yargı erkidir.

Özete, değiştirilen, elden geçirilen ve düzeltilen Anayasa'nın okuması, bütünsellik içinde yapılmalıdır.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER: ANAYASAL BİR YOL, AMA İSTİSMARCI BİR UYGULAMA

Olağanüstü hâl, 20 Temmuz 2016 tarihinde (başarısız devlet darbesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacıyla) anayasal zeminde ilan edilmiş olsa da kanun hükmünde kararnameler yoluyla gerçekleştirilen uygulaması, anayasal ve sözleşmesel çerçevesini büyük oranda aşmıştır.

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim Ö. Kaboğlu et Eric Sales, *Le droit constitutionnel turc/ entre la démocratie et coup d'Etat*, L'Harmattan, 2015, pp. 337-340.

[3] 10 Mayıs 2007 tarihinde yapılan ve 2014 yılında yürürlüğe giren anayasa değişikliği ile Türkiye Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesi: "Rejim, temelde parlamenter olmakla birlikte, hem bu değişikliğin hem de Ağustos 2014'teki cumhurbaşkanlığı seçimi ile Recep Tayyip Erdoğan'ın cumhurbaşkanlığına gelişinin etkisi ile başkanlaşmıştır" (Eric Sales, "3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque", *Le club des juristes, L'actualité au prisme du droit*, 28 avril 2017).

[4] Yasama erki tek meclislidir: Millet Meclisi.

1) "Demokratik anayasal düzenin yıkılışı"

"Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini (...) ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması", Anayasa'nın 120. maddesine göre olağanüstü hâl ilanının gerekçesini oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, "yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir."^[5]

Olağanüstü hâlin ilanı ile birlikte, insan hakları rejimi bakımından Anayasa'nın 15. maddesi (İHAS'ın 15. maddesi gibi)^[6] uygulamaya konuldu. Genel özgürlükler rejimine ilişkin ve güvence ve sınırlama ölçütlerine yer veren 13. madde^[7] açısından yükümlülük azaltıcı olan bu madde, "temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması" hükmünü getirir. 15. maddeye göre; savaş, seferberlik, sıkıyönetim halleri veya olağanüstü hâllerde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Öte yandan, sınırlamayı aşan bu önlem keyfi değildir; zira kullanılmanın durdurulması sırasında gözetilmesi gereken üç tür koşula tabidir: durumun gerektirdiği bir tedbirin seçilmesi, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler uyması ve insan haklarının "sert çekirdeği" ne saygı gösterilmesi: özellikle, yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne, din, vicdan ve düşünce özgürlüklerine, cezaların geçmişe yürütülmemesi ve masumiyet karinesi ilkelerine saygı^[8]. Dolayısıyla; herkes için, her yerde ve her zaman geçerli olan ve istisna getirilmesi mümkün olmayan hakların tanınması söz konusudur.

Bu bakımdan, Anayasa'nın 15. maddesi ile İHAS'ın 15. maddesi arasında bir paralellik olduğundan bahsedilebilse de İHAS'ta öngörülen olağanüstü hâl kapsamındaki kısıtlamalar, Anayasa'nın 15. maddesine nazaran sınırlı kalmaktadır. Gerçekten de olağanüstü hâlin ilanı ve uygulaması, olağanüstü ancak *anayasal olarak çerçevesi çizilmiş* yetkilerdendir. Ne var ki, olağanüstü hâl süresince yayımlanan kanun hükmünde kararname şeklindeki uygulama ne anayasal ne de sözleşmesel çerçeve dâhilinde sınıflandırılabilir.

[5] Temmuz 2016'da ilan edilen olağanüstü hâl, yurdun bütünü için ilan edilmiştir ve süresi 3 ay olarak belirlenmiş ve her seferinde 3 ay uzatılmıştır; son duruma göre, olağanüstü hâl, 20 Temmuz 2017 tarihine kadar geçerli olacaktır.

[6] Türkiye, başarısız darbe girişiminin ardından, savaş veya ulusal hayatı tehdit eden benzeri tehlikeler hâlinde sözleşmeciler devletlere sınırlı bir yükümlülük azaltmaya gitme hakkı tanıyan Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesine başvurmuştur.

[7] 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı yasayla gerçekleştirilen değişiklik sonrasındaki hâliyle.

[8] 15. madde, Anayasa Mahkemesi'nde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde görülen pek çok davada yorumlanmıştır.

2) Anayasa'ya ve Avrupa Sözleşmesi'ne aykırı kanun hükmünde kararname uygulaması

Bir yandan kanun hükmünde kararnamelerin büyük çoğunluğunun şekil açısından anayasaya uygunluğu tartışma konusu olurken öte yandan kanun hükmünde kararnamelerin çoğunda alınan önlemler, insan haklarının tümüyle ortadan kaldırılmasına kadar varan sınırlamalar nedeniyle hem Anayasa'ya hem de Sözleşme'ye aykırı olmaktadır.

a) Şekil açısından

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya açık aykırılığına, kanun hükmünde kararnamelerin düzenleyici niteliğine uyulmaması eklenmektedir:

- “*Olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir*” (Madde 121). Bu hüküm uyarınca, kolektif ve düzenleyici bir işlem olan kanun hükmünde kararnamelerin yayınlanması için Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması şarttır. Ancak uygulamada, Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması belli bir anda gerçekleşiyor ve sonrasında sürekli olarak pek çok kanun hükmünde kararname yayınlanıyor^[9]. Böyle bir uygulama, toplantının eş zamanlılığı ilkesi ile bu türden bir kolektif işlemin hazırlanması ilkesine aykırıdır.

- Kanun hükmünde kararnamenin düzenleyici işlem niteliğine rağmen bu metinlerin çoğuna, hakkında yaptırım öngörülen binlerce kişinin adının bulunduğu listeler eklenmektedir^[10]. On binlerce insanın hiçbir gerekçe gösterilmeden ve bir terör örgütüyle irtibat şeklindeki genel bir açıklama ile kamu görevinden çıkarılması, olağanüstü şartlar altında dahi hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'ya yabancı bir önlemdir.

Sonuç itibarıyla, kanun hükmünde kararnamelerin usul açısından hukuki bakımdan yok hükmünde olduğu ileri sürülebilir.

[9] 2 Ocak 2017 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu'na atıfta bulunan ve 7 Şubat gecesi yayınlanan 686 sayılı kanun hükmünde kararnameyi örnek olarak verebiliriz.

[10] Sözgelimi 686 sayılı kanun hükmünde kararnamenin ekinde, bu makalenin yazarının da aralarında bulunduğu 4.400 kamu görevlisinin adını içeren bir liste bulunmaktadır.

b) İçerik açısından

Kanun hükmünde kararname adı ile düzenlenen hukuki işlemler, içerik açısından hak ve özgürlükler hukukuna da aykırıdır. Burada birkaç örnekle yetinilecektir.

- *Uyulması gereken kriterler:* Durumun gerektirdiği önlemler ile uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler uyulması gerekmektedir. Durumun gerektirdiği önlemler, olağanüstü hâlin ilan edilme amacıyla aranmalıdır (madde 120): "**Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini (...) ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri (...)**" Uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ise her şeyden önce İHAS'ta -özellikle 15. maddesinde aranmalıdır. Bununla birlikte yayımlanan kanun hükmünde kararname ile alınan önlemlerin çoğunluğu hem Anayasa'ya hem de Sözleşme'ye aykırıdır. Çoğu durumda **kitleli ve genel yaptırımlar** söz konusudur. Kamu sektöründeki hemen hemen tüm kurumları etkileyen devlet kademelerindeki tasfiyeye özel eğitim kurumlarındaki (okul ve üniversiteler), iş dünyasındaki (...), basın ve medyadaki, spor federasyonlarındaki işten çıkarmaları ve zorunlu istifaları da eklemek gerekir. Yaptırımlar açısından, şüphelenilen kurumların faaliyetlerini durdurmak yerine bu kurumların kapatılması veya feshedilmesi, Anayasa'nın ne lafına ne de ruhuna uygundur^[11].

- *İnsan haklarının sert çekirdeğine zarar veren önlemler:* Özellikle savunma hakkı açısından getirilen sınırlamalar ve hatta kısıtlamalar, adil yargılanma hakkı ile Anayasa ve Sözleşme'nin 15. maddeleri ile güvence altına alınan insan haklarının sert çekirdeğine zarar vermektedir.

- *Amaç ve süre:* Alınan önlemler, olağanüstü hâlin ilan edilme amacı çerçevesinde kalmalıydı. Hâlbuki, kamu sektöründeki tasfiye bunun çok ötesine geçmiştir. Tasfiye; sol görüşlüler, bazı islamcı-muhafazakârlar, liberaller hatta akademisyenler, gazeteciler, avukatlar ve yazarlar gibi bu askeri darbe girişimi ile hiçbir ilgisi olmayan muhaliflere kadar uzanmıştır^[12]. Özellikle, Halkların

[11] - *Ceza hukukunun genel ilkeleri ihlal edilmektedir:* örneğin "ceza sorumluluğu şahsidir" (mad. 38/7) hükmüne rağmen sanık yakınları, pek çok kez birtakım hak ve özgürlüklerden mahrum bırakılmak suretiyle yaptırıma uğramaktadır.

- *Mülkiyet hakkı sık sık ihlal edilmektedir.*

- *Kolektif özgürlükler ve gösteri özgürlüğü yoğun şekilde bastırılmaktadır.*

- *İfade özgürlüğü ihlalleri süreklilik arz etmektedir.*

[12] "Tasfiye (...) elbette darbenin faillerini hedeflemiştir ancak iktidar partisine, Türkiye'de 20. yüzyılın ikinci yarısında çok partili hayata geçildiğinden beri hiçbir sivil iktidarın sahip olmadığı imkân ve araçları vermiştir." (J. Marcou ile Söyleşi, "Turquie : les clés pour comprendre le putsch avorté", Anne-Laure Frémont, güncelleme 18/07/2016). Türkiye Yayıncılar Birliği tarafından yayınlanan rapora göre (Haziran 2016-Haziran 2017),

Demokratik Partisi'nin (HDP; meclisteki ikinci büyük muhalefet partisi olan Kürt, sosyalist ve laik parti) iki eş başkanı ile partinin bazı belediye başkanları ve milletvekillerinin de tutuklanmasından bahsedilebilir. HDP, kişiselleştirilmiş bir iktidar rejiminin anayasallaşmasına var gücüyle karşı çıkmaktaydı. Benzer şekilde, sol eğilimli ve Kemalist muhalif günlük gazete olan Cumhuriyet'in pek çok sorumlusu ve gazetecisi gözaltına alındı. Üstelik, bazı ilgisiz örgütlerin kapatılması da olağanüstü hâlin amacını aşan bir yaptırımdır.

Süre açısından bakıldığında, olağanüstü hâl kapsamında alınan önlemlerin, ilke olarak, geçici ve olağanüstü rejim süresi ile sınırlı olması gerekir. Bu süre sınırlaması, Sözleşme'nin 15. maddesinin 3. fıkrasındaki son cümleden anlaşılabilir. Hâlbuki, başarısız darbe girişiminin ardından alınan onlarca önlem, etkilerini uzun vadede de gösterebilecektir. Özellikle, pek çok kamu kurumunu etkileyen yeniden yapılandırma işlemleri, süre bakımından sınırlı olağanüstü hâl takvimini aşarak etkisini sürdürecektir bu tür kalıcı önlemlerden biridir.

Dahası, binlerce akademisyen ve memurun görevden ihracı, gayriresmî olarak, söz konusu kişilerin darbe girişiminden önceki eylem ve durumları, kısaca siyasi görüşleri^[13] dikkate alınarak yapıldı; oysa Avrupa Sözleşmesi'nin 18. maddesi gayet açıktır: “*Bu Sözleşme hükümleri gereğince sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.*”

Kısacası, maddi yönden bakıldığında da bu kararnamelemlerin hukuken yok hükmünde oldukları ileri sürülebilir. Genel tasfiye işlemleri ile yapısal ve kalıcı önlemlere karşı, başvuru yollarının kapatılması eklenmektedir.

3) Başvuru yollarının kapatılması

Anayasa'da başvuru hakkına ilişkin pek çok hüküm yer almasına rağmen Hükümet, olağanüstü hâl kapsamında alınan önlemlere karşı başvuru yollarını kapatmakta gecikmedi. Genel hatlarıyla üç tür engelden bahsedilebilir:

olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelemleri ile 30 yayınevi kapatıldı, 34 yazar ve yayıncı (20 Nisan 2017), 162 gazeteci ve gazete çalışanı (8 Mayıs 2017) ile 1656 sosyal medya kullanıcısı tutuklandı (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yayıncı Özgürlüğü Raporu (Haziran 2016-Haziran 2017, Türkiye Yayıncılar Birliği / Turkish Publishers Association, İstanbul, Mayıs 2017).

[13] Barış için Akademisyenler bildirisini (11 Ocak 2016) imzalamayan ve/veya sol eğilimli oldukları kabul edilen memur sendikalarına üye olmanın on binlerce akademisyen, eğitimci ve memurun görevden ihracı için ana kriter olduğu görülmektedir. (Marmara Üniversitesi Rektörü'ne göre, ihraç edilecek akademisyenler listesi yapılırken Barış için Akademisyenler bildirisine imza atanlar seçilmiştir. Bkz.: 13 Şubat 2017 tarihli BBC röportajı).

tedbirlerin alınma şekli, yargı da dâhil olmak üzere tüm devlet kurumlarının sindirilmesi ve Olağanüstü Hâl İnceleme Komisyonu'nun kurulacağına dair söz verilmesi.

a) Anayasa Mahkemesi ve Danıştay

Belirttiğimiz gibi, uygulandıkları şekliyle olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri, herhangi bir hukukî kategoriye yerleştirilemez ve hukukî anomali dışında bir şekilde nitelendirilemez.

Anayasa Mahkemesi ve istisnai hallerde idare mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen denetime ilişkin kısıtlamaların da ötesinde, yargı da dâhil olmak üzere^[14] tüm devlet kurumları, "Demokles'in Kılıcı" gibi kullanılan kanun hükmünde kararnameler yoluyla sindirilmiştir:

- Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerine yönelik denetim yetkisini reddetmiştir^[15]. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurularla ilgili olarak, on binlerce başvuru nedeniyle tıkanmış olmaktan şikâyet etmekte ve bireysel başvurulara ilişkin karar almaktan kaçınmaktadır.

- İdarî yargıya gelince, Danıştay, olağanüstü hâl işlemlerinden mağdur olanların başvuruları için idari mahkemeleri işaret etmektedir ; ancak idare mahkemeleri de olağanüstü hâl kapsamında alınan önlemler üzerinde denetim yetkisini kullanmayı reddetmektedir.

b) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), ilk etapta, olağanüstü hâl kapsamında uygulanan yaptırımların mağdurlarından gelen bireysel başvuruları Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkını kullanma imkânının mevcut olduğu gerekçesiyle reddetti^[16]. Sonrasında, hükümetin bir inceleme komisyonu kurulacağına dair verdiği söz, başvuruların reddi için gerekçe olarak kullanıldı.

[14] 4.000 hâkim ve savcı, yani yargı kadrolarının beşte birinden fazlası ihraç edildi ve/veya tutuklandı. Kanun hükmünde kararnameler ile toplamda 102.551 kamu görevlisi ihraç edildi (17 Mayıs 2017). Adalet Bakanı'nın açıklamasına göre, Haziran 2017 itibarıyla, Yargıtay (104), Danıştay (41), Anayasa Mahkemesi (2) ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (3) üyeleri de dâhil olmak üzere hâkim ve savcılarının toplam sayısı 2.652.

[15] Anayasa Mahkemesi'nin, 1991 ve 2003 yıllarında geliştirilen yargı yetkisini terk eden kararı, 668 ve 669 sayılı kanun hükmünde kararnamelere ilişkin denetim yetkisini reddetmiştir (4 Kasım 2016 tarihli Resmî Gazete).

[16] İHAM, Mercan/Türkiye kararı, dilekçe numarası 56511/16, tarih 08/11/2016; İHAM, Zihni/Türkiye kararı, dilekçe numarası 59061/16, tarih 29/11/2016.

Buna ilişkin olarak, İHAM Başkanı'nın şu sözlerini anmak yerinde olacaktır: “15 Temmuz sonrasındaki olaylara ilişkin 5.363 yeni başvuru dilekçesi aldık. Bu dilekçelerden (...) 2'si, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olmasına ilişkin daire kararı sonucu geri çevrildi (bunlar; Mercan/Türkiye ve Zihni/Türkiye davaları). Mercan kararındaki başvuru dilekçesinin bir hâkimin geçici süreyle tutuklanmasının uygunluğuna dair olduğunu ve Zihni kararında ihraç edilen bir eğitimcinin söz konusu olduğunu hatırlatmak isterim. Bu iki karar da çok önemlidir. Bizim açımızdan, bu son derece ciddi kriz anında, Mahkeme'ye erişim yolu açık olmakla birlikte ikincillik ilkesinin bütünüyle uygulanması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle Türk yetkililerin görevlerini yapmalarına imkân vermek uygun olacaktır; bu da tüm diğer başvuru sahipleri gibi bu başvuru sahiplerinin de başvuru yollarının mevcut olması ve etkili kabul edilmesi şartıyla, Mahkememize başvurmadan önce iç hukuk yollarını tüketmek zorunda oldukları anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, geçtiğimiz hafta içinde Ankara'da son derece cesaret verici yeni gelişmeler yaşandığına şahit olduk. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile alınan önlemlere karşı yapılacak başvuruları incelemekle görevli olacak bir komisyonun oluşturulmasına yönelik kanun hükmünde kararnameler yayınlandı. Son derece geniş yetkileri bulunan bu komisyonun; kamu görevinden ihraç, derneklerin kapatılması ve birtakım başka önlemlere ilişkin sorunları inceleme yetkisi olacak. Böyle bir komisyonun oluşturulması, Avrupa Konseyi'nin tüm organlarının faaliyetlerinin bir sonucudur. Bu komisyonun faaliyetlerini büyük bir dikkatle izleyeceğiz. Bugüne kadar Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunu, etkili ve kendi içtihadına uygun bir yol olarak kabul etmiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin yetkisiz olduğunu beyan etmesi durumunda ikincillik mantığı sürdürülemez. Böyle bir durumda da Strasbourg Mahkemesi, on binlerce dava yüzünden çalışamaz hâle gelir. Dolayısıyla bizim için, ama özellikle Türkiye'deki demokrasi ve hukuk devleti için, yargı yolunun olağanüstü tedbirlerden etkilenen kişilere açık olması önemlidir.^[17]” Son olarak Mahkeme, darbe girişimi sonrasında bir kanun hükmünde kararname ile görevinden alınan öğretmene ilişkin davada, söz konusu dilekçeyi iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin 685 sayılı kanun hükmünde kararname ile oluşturulan başvuru yolunu kullanması gerektiğinin altını özellikle çizmiştir^[18]. Bu kanun hükmünde kararname, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri ile alınan önlemlere karşı yapılacak başvurular hakkında karar alması amacıyla bir komisyon kurulmasını öngörüyordu.

[17] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Basın Toplantısı, Başkan Guido Raimondi'nin Konuşması, 26 Ocak 2017.

[18] İHAM, Köksal/Türkiye kararı, başvuru numarası 70478/16, tarih 06/06/2017.

a) OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu: etkili başvuruya engel olmak için "hayalî bir araç" mı?

İnceleme Komisyonu'na ilişkin 23 Ocak tarihli ve 685 sayılı kararname, komisyon üyelerinin bir ay içinde atanmasını öngörmüş olsa da üyeler dört ayın sonunda atanabildi^[19]. Dolayısıyla Komisyon, ancak 17 Temmuz 2017 tarihinde göreve başlayabildi. Sonuç olarak tıpkı hukukî başvurular gibi idarî başvuru yolları da kapatılmış olduğundan tüm kurumlar, yapılan başvuruları, olağanüstü hâl tedbirlerinden dolayı mağdur olan kişilerin başvurularını kabul etmek üzere kurulan İnceleme Komisyonu'na yönlendirdi.

Bağımsızlık ve tarafsızlık açısından tartışmalı durumunu bir kenara bırakarak, dikkati sadece etkili olup olmadığına çekmekle yetineceğiz. Ne İHAM ne de Anayasa Mahkemesi, Komisyon'un işini kolaylaştıracak bir ilke kararı (veya pilot karar) almış olmadığından etkili olamaması son derece muhtemel. Komisyon, yaklaşık 200 bin olacağı tahmin edilen başvuru karşısında bir ilke kararı alabilecek midir? Gerçekten de şu aşamada başvuru yapılan idarî ve hukukî makamlar ya sessiz kalıyor ya da söz konusu başvuruları, müstakbel "Komisyon'a havale ediyor"^[20]. Özetle, İHAM Başkanının beklentisi, hükümet işlemlerinin etkisizliği yüzünden somutlaşmamıştır. Üstelik Mahkeme'nin kabul edilemezlik kararı^[21] o kadar hayal kırıklığı yaratmıştır ki, Başkan Raimondi'nin konuşmasından sonra bile hükümet, darbecilerle uzaktan yakından alakası olmayan, "demokratik muhalefet" çevrelerinden oldukları kabul edilebilecek kamu görevlilerini tasfiye çalışmasına ivme kazandırmıştır. Böylece gerek bireysel gerekse kolektif^[22] ifade özgürlüğünün bedeli o kadar ağır olmuştur ki ihraç edilen kamu görevlileri, Anayasa ile tanınan hak ve özgürlüklerin hemen

[19] 23 Ocak 2017 tarihli ve 685 sayılı kanun hükmünde kararname, İnceleme Komisyonu'nun (bir ay içinde) kurulmasını öngörüyordu. Fakat Komisyon'un 7 üyesi, ancak 16 Mayıs 2017 tarihinde atandı.

[20] Sözelimi bu makalenin yazarı, 13 Şubat 2017 tarihinden bu yana gerek İstanbul Valiliği ve Marmara Üniversitesi gerekse İstanbul İdare Mahkemesi nezdinde pek çok başvuruda bulunmuştur. Söz konusu kurumlardan herhangi bir dönüş olmamıştır. YÖK ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurulara gelince, YÖK başvuruyu reddedip kurulacak olan Komisyon'a havale ederken Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibinin yaşamını tehdit eden bir tehlikenin mevcut olmadığını söyleyerek tedbir talebini reddetmiştir. Maalesef Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı'nın "üniversitelerin teröristlerden temizlenmesi"ni kutlamak amacıyla her fırsatta tekrar ettiği sözlerini ciddiye almamıştır. Onun düşüncesine göre, hükümetin ve Cumhurbaşkanlığı Sarayı'nın politikalarını "eleştirme cesareti gösteren" tüm akademisyenler teröristtir.

[21] Köksal/Türkiye kararı, başvuru numarası 70478/16, tarih 06/06/2017.

[22] Kolektif ifade özgürlüğü olarak sendikal faaliyetler, demokratik toplumun temelidir.

hemen tümünden mahrum bırakılmıştır^[23]. Avrupa hâkimlerinin, Türkiye’de her geçen gün kitleselleşen ve yaygınlaşan ciddi insan hakları ihlalleri^[24] ve iç hukuk yollarının etkisizliği hakkında bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Aksi hâlde, İHAM’ın varlık sebebinin sorgulanması kuşkusuz ki meşru olacaktır^[25].

III. SİYASAL REJİMİN DEĞİŞTİRİLMESİ Mİ, YOKSA KALDIRILMASI MI ?

11. maddede öngörüldüğü şekliyle Anayasa’ya saygı, “darbeci örgütler”in kökünü kurutmak için ön şarttır. Dolayısıyla, anayasal kazanımların hayata geçirilmesi hem insan haklarına saygı hem de Türkiye’nin bir haklar toplumu olabilmesi için önemlidir. Öte yandan, Anayasa usule aykırı, hatta istismarcı bir yöntemle değiştirilmiştir.

1) Olağanüstü hâl şartlarında anayasayı değiştirmek: başarısız yıkımdan “başarılı” yok etmeye

Anayasa’ya uygun olarak kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi beklenirken, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) liderinin Anayasa bakımından “devletin başındaki kişinin konumu”nun fiilî ve hukukî bakımdan uyumsuzluk içinde olduğu uyarısı, ülkenin “anayasal gündem”ini değiştirmeye yetti (Ekim 2016). Hükümete ve Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)’ne yakın çevreler, vakit kaybetmeksizin, cumhurbaşkanının statüsüne yönelik bir anayasa teklifinin yazımına girişti. Bu girişim, mevcut istisnaî şartlar sebebiyle anayasacılar tarafından eleştirildi.

Aslında Türkiye, hâlihazırda, aşılması gereken üç sorunla karşı karşıya bulunuyordu: *anayasal dezenformasyon* ve *anayasasızlaşma* ile *anayasa fetişizmi*.

[23] Bir akademisyenin adının kanun hükmünde kararnelerde yer alması, o akademisyenin toplumsal ve meslekî haklarının tümünden mahrum edilmesi için yeterlidir; pasaport iptali nedeniyle yurt dışına seyahat etme ve yabancı üniversitelerde ders verme özgürlüğü de buna dâhildir.

[24] Avrupa Konseyi’nin resmî dillerinde yazılan pek çok yayın mevcuttur. Örnek olarak bkz. Alain Bockel, *Turquie : la “mort civile” d’Ibrahim Kaboglu, “opposant actif” et “d’enseignant de l’Etat de droit”*, Ayrıntılı bilgi için http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/06/09/turquie-la-mort-civile-d-ibrahim-kaboglu-opposant-actif-et-defenseur-de-l-etat-de-droit_5141376_3232.html#PTOxCpAkPsHfsHRS.99

[25] Akademisyen Nuriye Gülmen ile ilkökul öğretmeni Semih Özakça, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnesi ile işten atılmalarını protesto etmek için başlattıkları uzun açıklık grevi sebebiyle 23 Mayıs tarihinde Ankara’daki Sincan Cezaevi’ne konulmuştur.

Üstelik bu üç sorun, olağanüstü hâl şartlarında iyiden iyiye belirginleşmişti. Bu nedenle, Anayasa üzerine özgür bir tartışma ortamının olmadığı ve görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ve kolektif özgürlüklerin yoğun şekilde gözetim altında tutulduğu, hatta yok edildiği böylesi şartlar altında bir anayasa değişikliğinden kaçınılması gerekiyordu.

Dahası olağan olmayan, “olağandışı” bir değişiklik söz konusuydu zira siyasal ve anayasal rejimin (veya sistemin) değiştirilmesi amaçlanıyordu. Tepkileri yumuşatmak üzere Başbakan, anayasa referandumunun olağanüstü hâl şartlarında yapılmayacağı sözünü verdi.

Aslında olağanüstü hâl, “pedagoji” dönemine, bu büyüklükte bir değişikliğin kabulünden önce yapılması gereken tartışmalara tek başına engel teşkil ediyordu. Sonuç olarak, Başbakan’ın verdiği sözün aksine, referandum olağanüstü hâl rejimi altında yapıldı. Olağanüstü hâl şartlarında Cumhurbaşkanı ve hükümet, tüm devlet aygıtlarını “evet” için seferber ederken kişiselleştirilmiş bir yönetim getirilmesine karşı olanlar basına özgür erişim haklarını kullanamadılar. Böylelikle, hakkaniyetsiz kampanyanın ve daha ziyade bir “plebisiter” referandum sonucunda seçmenler, 16 Nisan 2017’de, anayasa değişikliğine %51,4 oranında evet dedi^[26].

Yüksek Seçim Kurulu (YSK)’na, oylama sırasında gözlemlenen usulsüzlüklere ilişkin başvuru yapıldı. Ama Kurul, yaşanan usulsüzlükler referandum sonuçlarını etkilemediğinden referandumu iptal etmedi. Muhalefetteki siyasi partiler ile bazı seçmenler ve gruplar, Anayasa Mahkemesi^[27] ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne^[28] başvurularda bulundu. “Hayır taraftarları, çok çeşitli eylem ve gösterilerle referandum sonuçlarının meşruiyetini tartışmaya açmaya devam ediyor^[29].”

[26] Ayrıntılı bilgi için bkz.: İbrahim Ö. Kaboğlu, *15 Temmuz Anayasası*, Tekin Yayınevi, Mayıs 2017.

[27] Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetkisizlik (*ratione materiae*) gerekçesiyle bir siyasi parti tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. (Bkz.: AYM, Nurullah Efe ve Kurtuluş Partisi Başvurusu, Başvuru numarası: 2017/20127, Karar tarihi: 7/6/2017).

[28] Ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), hak ihlallerinin tespiti ve referandumun yenilenmesi talebiyle 5 Temmuz 2017 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur.

[29] Özellikle Yüksek Seçim Kurulu (YSK)’nun mühürsüz oy pusulalarının geçerli kabul edilmesine yönelik kararı büyük tartışmalara neden oldu. Bu karar, mühürsüz oy pusulalarının geçerli sayılmasını yasaklayan bu konudaki mevzuatın açık hükmüne rağmen alınmıştır.

1) Parlamenter rejimin sonu, başkanlık rejimi illüzyonu

Cumhurbaşkanının yetkileri, Erdoğan'ın doğrudan halk tarafından seçilmesinden bu yana kurumsal uygulamalar yoluyla zaten artırılmıştı. Ancak, değişiklik taraftarlarının sık sık dile getirdiği gibi, getirilenin bir “Cumhurbaşkanlığı sistemi” olup olmadığı üzerine düşünmemiz gerekir.

a) Cumhurbaşkanı'nın kişiliğinde cisimleşen yürütme erki

Anayasa değişikliği hakkında kanun, yürütme erkinin tamamını devlet başkanına^[30] devrediyor. Başbakanlık görevi tümüyle kaldırılıyor. 2019'dan itibaren başbakanlık görevinin resmî olarak kaldırılması ile birlikte, başbakanı ait tüm yetkiler, artık meclise karşı sorumlu olmayan bakanları atayıp görevden alabilecek olan cumhurbaşkanına geçmiş oluyor. Cumhurbaşkanı, bu yeni yetkileri kapsamında, yurt dışında olduğu zamanlarda ona vekâlet edecek yahut görevden alındığında onun yerine geçebilecek bir ya da daha fazla başkan yardımcısı atayabilecek. Milli güvenlik politikalarını belirleyen devlet başkanı, yüksek dereceli memurluklarla stratejik önemdeki pozisyonlara yapılacak atamalara ilişkin ilkeleri düzenleyecek kanunlar çıkarma yetkisine de sahip olacak (yetkilendirme yetkisi). Cumhurbaşkanı, “vatana karşı ayaklanma” veya “milleti bölünme tehlikesiyle karşı karşıya bırakan eylemler” olması durumunda olağanüstü hâl ilan edebilecek ve olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecek. Devlet başkanı, aynı zamanda bir siyasi partinin başkanı da olabilecek.

Cumhurbaşkanlığı süresi ise, beşer yıldan en fazla iki dönem olacak^[31]. Özetle, tek bir kişi üç başkanlık görevini birden yürütecek: parti başkanlığı, hükümet başkanlığı ve devlet başkanlığı.

b) Daba kalabalık ama daba az yetkili bir meclis

Meclis, iki düzlemde yetki kaybına uğrayacak: normatif yetki ve yürütmeyi denetleme yetkisi. Denetim anlamında, yürütmenin meclis karşısında bir sorumluluğu bulunmadığından, gensoru ve güven oylaması kalkacak. Normatif yetki

[30] Cumhurbaşkanı: Lider olarak anılmamakla birlikte yetkilerinde artış söz konusu.

[31] Cumhurbaşkanının beş yıllık görev süresi ve art arda en fazla iki kere görev alabilme şartı korunuyor. Ancak eğer meclis, cumhurbaşkanının ikinci görev süresi içinde milletvekili seçimlerini yenilemeye karar verirse, cumhurbaşkanı bir kere daha aday olabiliyor. “Yani AKP milletvekillerinin, günü geldiğinde, parti başkanlarının üçüncü kez görev almasını sağlayabilecekleri basit bir hesapla anlaşılabilir” (Eric Sales, “3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque”).

açısından, cumhurbaşkanı, -geniş- yetkileri çerçevesinde ülkeyi kararnameler ile yöneterek meclisi yönlendirebilecek. Yetkileri fiilen devlet başkanı lehine arındırılan bu yeni mecliste, milletvekili sayısı 550’den 600’e yükselecek. Bunun yanında milletvekillerinin görev süresi de 4 yıldan 5 yıla çıkacak. Türkiye Büyük Millet Meclisi, yürürlükteki Anayasa’da öngörülen şartlara uyma zorunluluğu olmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından feshedilebilecek.

Buna karşılık meclis, devlet başkanına yönelen bir suç isnadı bulunmasıveya suç işlediğinden şüphe edilmesi durumunda beşte üç çoğunlukla soruşturma açılmasını isteyebilecek.

Yeni seçimler –bir arada yapılacak olan cumhurbaşkanlığı ve milletvekili seçimleri–, 3 Kasım 2019 tarihinde gerçekleşecek. Cumhurbaşkanlığı ve yasama organı seçimlerinin bir arada olması, aynı zamanda bir siyasi partinin lideri de olan cumhurbaşkanına mecliste çoğunluğu elde etme imkânı verebilecek. Öte yandan, eskiden siyasî tarafsızlığını gözetmek durumunda olan Cumhurbaşkanı, bundan böyle siyasi partisikle bağlarını devam ettirebilecek, hatta partisini yönetebilecek. Aynı süre için görev yapacak milletvekilleri ile eş zamanlı olarak halk tarafından beş yıllığına seçilmiş olması, cumhurbaşkanına Meclis’te çoğunluğu sağlama yolunu da açabilecek. Bu şartlar altında, Cumhuriyet’in ve halkın tamamının temsili şeklindeki anayasal görevini tümüyle yerine getirmesi zor olacaktır^[32].

Özetle, yürütme erkinin yeni statüsü bakımından, nicelik ve nitelik anlamında ters orantı söz konusu olmaktadır.

a) Cumhurbaşkanı’nın vesayeti altındaki yargı

Yargının tarafsızlığı ifadesi eklenmiş olsa da, Cumhurbaşkanı’nın yargı üzerindeki ağırlığı artırılmış oldu: Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi’nin on beş üyesinden on ikisi ile yargı personelinin seçiminden sorumlu kurum olan Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nun on üç üyesinden altısını atayacak. Buradaki çelişki oldukça açık: “tarafsız” yargının idaresi, “tarafı” cumhurbaşkanının yüksek gözetimi altında gerçekleştirilecek.

b) Nasıl bir hükümet modeli?

Başkanlık rejimi getirilmek için parlamenter sistem ortadan kaldırıldı. Ancak, erkler ayrılığı anlamında gerekli şartlar mevcut olmadığından, bununı başkanlık rejimi olarak nitelememiz çok zor. Başkanlık rejimi; yetkiler ile bu yetkilere

[32] Bkz. yukarıda: Eric Sales, “3 questions à Eric Sales sur la réforme constitutionnelle turque”.

sahip organların birbirinden ayrıldığı ve organlar arasındaki ilişkilerin yapı, işlev ve karşılıklı ilişkiler bakımından tam bağımsızlık üzerine inşa edildiği bir rejimdir. Yeni anayasal yapılandırmaya gelince, sadece yargı bağımsızlığı açık şekilde zayıflatılmakla kalmıyor; aynı zamanda yasama ve yürütme organları arasındaki yapı, işlev ve karşılıklı ilişkiye dayalı bağımsızlık da sağlanmamış oluyor. Kısacası, demokratik bir hukuk devletinde gerekli olan denge-denetim mekanizmaları mevcut değil. Bu sebeple, bu yeni düzenlemeyi; demokratik, çoğulcu, başka bir ifadeyle “demokratik hukuk devleti” olarak kabul edilen rejimler veya siyasal sistemler sınıfında değerlendirmemiz son derece zor olacaktır (Anayasa’nın 2. Maddesi)^[33].

2) Aşamalı geçiş dönemi ihmal edilemeyecek sorunlar yaratılabilir

6771 sayılı anayasa değişikliği hakkında kanunun bütünü, ilke olarak, 3 Kasım 2019’da yapılacak olan seçimlerin ardından yürürlüğe girecek. Ancak öngörülen istisnalar, “aşamalı geçiş” tabirini kullanmamıza imkân veriyor:

- Görevdeki cumhurbaşkanı, anayasa referandumu sonuçları Resmî Gazete’de yayımlanır yayımlanmaz “eski parti” sine üye olabilecek^[34].

- Anayasa referandumu sonuçları Resmî Gazete’de yayımlandıktan sonraki bir ay içinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kaldırıldı ve HSK olarak yeniden yapılandırıldı.

- Referandum sonuçları Resmî Gazete’de yayımlanır yayımlanmaz Askeri Yargıtay ve Askeri İdare Mahkemesi kaldırıldı.

Dolayısıyla, bu yeni yapılandırma içinde üç anayasal düzenden bahsetmek mümkün: yürürlükteki Anayasa, 6771 sayılı yasanın kısmen yürürlüğe sokulması ve iki anayasal düzen arasındaki uyumsuzluklar sebebiyle ortaya çıkan üçüncü bir anayasal düzen veya düzensizlik. Bu son düzen bakımından düşünüldüğünde, başbakan ile şimdi hem cumhurbaşkanı hem de bir siyasi partinin lideri olan devlet başkanının bir arada olmasının yaratacağı anayasal kaos ortamının altı çizilmeli.

[33] Anayasa’nın kötüye kullanmaya açık şekilde değiştirilmesi ve kötüye kullanıcı anayasacılık sonrasında bir anayasal düzenin varlığını bile sorgulamak son derece meşru. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz.: Kemal Gözler, *Elveda Anayasa (16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler)* 3. Baskı, Ekin, Mart 2017.

[34] Erdoğan’ın derhâl hayata geçirdiği hüküm bu olmuştur ve 21 Mayıs 2017’de Adalet ve Kalkınma Partisi başkanlığına yeniden dönmüştür.

IV. SİYASAL VE ANAYASAL ANLAMDA NASIL BİR PERSPEKTİF?

Anayasal düzenin örtülü bir biçimde yok edilmesi, açıklanabilir veya onaylanabilir mi?

Cumhurbaşkanı'na göre, Türkiye'de güçlü ve istikrarlı bir yürütme olması ve ülkenin ekonomi ve güvenlik alanında karşılaştığı önemli sorunlarla baş edebilmesi için gerekli bir reform söz konusudur. Fakat demokratik muhalefet, özellikle Temmuz 2016'daki başarısız darbe girişiminden sonra otoriterleşme eğilimi göstermekle suçlanan mevcut cumhurbaşkanının hırslarını tatmin etmek üzere yazılmış ismarlama bir metne karşı çıkıyordu.

Siyasal yapıların ve devlet yapısının demokratikleştirilmesi, ülkenin ihtiyacı olarak kabul edilebilirdi ve bir anayasa değişikliği, ne olursa olsun, öncelikle yargının ve meclisin bağımsızlığını ve adem-i merkezîyetçiliği artırmayı hedeflemeliydi. Oysa, tam aksine, meclisin rolü ve yargının bağımsızlığı zayıflatılarak yetkilerin tek elde toplanmasının da ötesinde, siyasal iktidarın yoğun şekilde kişiselleştirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, çoğulcu siyasal rejimler sınıfında değerlendirmenin zor olduğu bu "yeni anayasal düzen", üç ana sebepten ötürü, Anayasa'nın "Türkiye Cumhuriyeti, demokratik bir hukuk devletidir" şeklindeki 2. maddesi ile de uyumsuzluk içindedir:

- Yürütmenin siyasal sorumsuzluğu.
- Fren ve denetim mekanizmalarının eksikliği
- Erkek ayrılığının ve normlar hiyerarşisinin zayıflatılması (hatta yok edilmesi).

Bu şartlar altında Türkiye'de bir anayasal demokrasi umulabilir mi? *Anayasa ile demokrasi arasındaki diyalektik* korunduğu müddetçe, evet.

Son referandumdaki "evet" ve "hayır" oyları arasındaki küçük fark, bir umut kaynağı olarak görülebilir. Neden? Çünkü, Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilan edilen sonuçların gerçeği yansıttığını varsayarsak, siyasal seferberlikle devlet seferberliğine ve hayır oyu tarafları üzerindeki baskıya rağmen, "evet" oyu son derece zayıf. Bu nedenle "evet" sonucu, Yüksek Seçim Kurulu kararıyla hukuken önde olsa da "hayır", demokrasi anlamında kazanmıştır. Sonuç olarak siyasal-anayasal kaosun önüne geçmek ve anayasal demokrasi yolunu açmak için tek çare, "*demokrasi umudunun örgütlenmesi*"nden geçiyor. Peki, nasıl?

- *İnsan hakları alanındaki kazanımlarının içselleştirilmesi*: olağanüstü hâlin kaldırılması ve anayasal düzene geri dönüş ile insan haklarına saygı, tüm devlet organları için öncelikli yükümlülüktür.

- *Demokratik bir anayasa hazırlanması*: topluma "kişiselleştirilmiş bir proje" olarak dayatılan anayasa değişikliği ve "evet" lehine yürütülen "resmîleştirilmiş"

kampanya, hem Anayasa'nın kişisel amaçlar için araçsallaştırılmasından kaynaklanan tehlikelere karşı bilinçlenme hem de gelecek kuşakların kaderine sahip çıkmaya, bu nesillerin kaderlerinin ipotek altına alınmasına engel olmaya yönelik genel hassasiyet, "hayır" cephesine "*Anayasanın toplumsallaşması*" anlamında bir fırsat sağladı. Anayasal gündem üzerinden bir sivil toplum ruhunun doğması, sivil toplum örgütlerinin girişimleriyle geçen yirmi yıl içinde Anayasa'nın yenilenmesine ilişkin hazırlanan proje ve raporları ele alarak bir araya getirebilen toplumun geçirdiği derin dönüşümü de gösteriyor. Şüphesiz böylesi bir çalışma, şu üç açıdan ele alınmalı: Türkiye'nin

Osmanlı İmparatorluğu'ndan bu yana elde ettiği anayasal kazanımlar^[35], siyasal uzlaşmalar^[36] ile anayasa-ötecilik ile elde edilen veriler.

- *Siyasal münavebe sağlamayı amaçlayan siyasal ittifaklar*: bir anayasa projesi, yasama seçimleri ve cumhurbaşkanlığı seçimi bağlamında kurulacak siyasal ittifakların desteği için kaldıraç görevi görebilir.

Demokrasi umudu gerçekleşebilir mi? Türkiye'de toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek, toplumun *farklılıklarını (özgünlüğünü)* ve çoğunluğu Müslüman bir ülkede (laiklik sayesinde) demokrasiyi genel hatlarıyla yerleştirebilmiş olan *kazanımlarını* korumak ve Türkiye'nin insan haklarına dayalı sosyal ve demokratik bir hukuk devletini yeniden inşa etmesini sağlamak için "eşitlik, laiklik, yurttaşlık" üçlemesinde sürekli olarak ısrarcı olmak gerekir.

"Eski müttefik"lerinin 15 Temmuz 2016'daki askerî darbe girişimi, Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) hükümetine ve Cumhurbaşkanı'na "kişiselleştirilmiş bir rejimin altyapısını oluşturma fırsatı" vermiş olsa da 16 Nisan 2017 referandumu, sivil toplumda bir "anayasa hassasiyeti" yaratma fırsatı da sundu. 2019 yılına kadar demokratik toplum, kişiselleştirilmiş iktidarın totalitarizme dönüşmesini engellemek için bir demokrasi sınavı verecek.

[35] Tanzimat döneminden (1839) 1982 Anayasası'nın başkalaşımına (1987'den 2010'a) kadar.

[36] Özellikle, yeni bir anayasa hazırlanması için kurulan Uzlaşma Komisyonu'nun 2011'den 2013'e kadar Millet Meclisi'nde üzerinde anlaşmaya vardığı 60 madde.

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

5271 SAYILI CMK'NIN TEMYİZ
KANUN YOLUNA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİNİN YÜRÜRLÜĞE
GİRMESİYLE ORTAYA
ÇIKAN FARKLILIKLAR*

Dr. Fahri Gökçen TANER**

Makalenin Geldiği Tarih: 17.08.2017 **Kabul Tarihi:** 17.10.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK- ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

ÖZ

Bölge Adliye Mahkemeleri'nin 20 Temmuz 2016 tarihinde çalışmaya başlaması ve böylelikle istinaf kanun yolunun hukukumuzda girmesiyle, ceza muhakemesi hukukunda temyiz kanun yolu büyük ölçüde değişmiştir. Bu değişiklik uyarınca 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren verilen ve daha önce Yargıtay incelemesinden geçmeyen tüm hükümler önce istinaf, ve sonrasında açık olduğu takdirde temyiz kanun yolundan geçecektir. Söz konusu incelemeler 5271 sayılı CMK'nın istinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri uyarınca yapılacaktır. Bu çalışmada 5271 sayılı CMK'nın, 1412 sayılı CMUK'ya kıyasla önemli farklılıklar içeren temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri, karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Söz konusu değişiklikler, bazı eski alışkanlıklardan vazgeçilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Temyiz kanun yolu, temyiz kanun yolunda nedenle bağlılık, temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık, hukuki sorun, murafaa.

THE DIFFERENCES WHICH ARISE IN APPEAL
LAW TO THE COURT OF CASSATION AFTER THE
ENTRANCE INTO FORCE OF THE PROVISIONS
OF CRIMINAL PROCEDURE CODE N. 5271

ABSTRACT

Appeal law to the Court of Cassation in criminal procedure law changed drastically after the regional courts of justice began to work on 20 July 2016, and thus "appeal to the regional court of justice" entered into force in our law. In accordance with that, all court decisions that have been made after 20 July 2016 and which have not previously been examined by the Court of Cassation shall be appealed to regional justice courts and after that to the Court of Cassation if available. These decisions will be examined according the provisions of Criminal Procedure Code No.5271. In this study, the provisions of Code of Criminal Procedure Code No.5271 related to the way of appeal to the Court of Cassation, which contain significant differences compared to the former Code, examined in a comparative manner. These changes require some old habits to be abandoned.

Keywords: Appeal, commitment by the cause in appeal, contradiction to law as a appeal cause, legal issue, audience before Court of Cassation.

Giriş

Bölge Adliye Mahkemelerine ilişkin kuruluş hazırlıklarının tamamlanmasının ardından, bu mahkemelerin 20 Temmuz 2016 tarihinde çalışmaya başlamasıyla, 5271 sayılı CMK'nın istinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiştir. Böylece geçmişte Osmanlı Döneminde yaklaşık yarım yüzyıl hizmet veren ve ardından 1924 yılında kaldırılan istinaf kanun yolu, hukukumuza yeniden girmiştir.^[1]

Bu gelişmenin, hukuk kamuoyunun ilgisini büyük ölçüde istinaf kanun yoluna çektiği görülmektedir. Bu ilgi son derece normaldir, zira istinaf yargılaması hukukumuz için oldukça yenidir. Ancak bu ilgi bir diğer sorunu, temyiz kanun yolundaki ciddi değişikliklerin gözden kaçırılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Özellikle temyiz kanun yolunda “*sebeple bağlılık*” ilkesinin uygulamaya geçmesi ve artık temyiz sebeplerinin gösterilmesinin zorunlu hale gelmesi gibi kurallar, bazı eski alışkanlıkların bir tarafa bırakılmasını gerektirmektedir. Zira eski alışkanlıklara göre davranılması sonucunda ciddi hak kayıpları doğabilecektir.

Şu aşamada hükümler öncelikle istinaf kanun yolundan geçeceği için, sorunun şimdilik güncel olmadığı söylenebilir. Ancak zaman içerisinde, hükümler istinafin ardından Yargıtay incelemesinden geçtikçe, temyiz kanun yolunun artık eskisi gibi olmadığı gerçeği kendisini hissettirmeye başlayacaktır. Zira istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesi, temyizi tamamen hukuki derece kanun yolu haline getirmiş, bu da doğal olarak temyiz kanun yolunun işleyişinde bazı esaslı değişikliklere yol açmıştır.

Bu nedenle incelememize öncelikle hangi hükümlerin 1412 sayılı CMUK uyarınca temyiz kanun yoluna; hangi hükümlerin ise 5271 sayılı CMK uyarınca önce istinaf, ve eğer açıksa sonrasında temyiz kanun yoluna tabi olduğunu açıklayarak başlamak istiyoruz. Ardından, iki kanun yolu arasındaki farklar üzerinde duracağız.

[1] 1924 yılında kaldırılan istinaf kanun yolu hakkında bkz. **TOSUN, Öztekin:** Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1973, s. 187; **YENİSEY, Feridun:** Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s. 37-40.

A. HANGİ HÜKÜM, HANGİ KANUNDA DÜZENLENEN HANGİ KANUN YOLUNA TABİ?

Başlıktaki sorunun cevabı 5320 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*” un 8. maddesinde yer almaktadır. 2016 yılında 6723 sayılı Kanun’la yapılan eklemeye konuya ilişkin soru işaretleri büyük ölçüde giderilmiştir. Düzenleme şu şekildedir:

Temyiz ve karar düzeltme

*Madde 8- (1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, **kesinleşinceye kadar** Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı maddeleri uygulanır. (Ek cümle: 1/7/2016-6723/33 md.) **Bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez.** (Ek cümle: 6/12/2006-5560/29 md.) Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.*

İlk bakışta bu hükmün işlevini, Bölge Adliye Mahkemeleri’nin göreve başlamasıyla yitirdiği düşünülebilir. Ancak madde metni dikkatle okunduğunda, 20 Temmuz 2016 tarihinden önce ilk derece mahkemelerince verilen hükümlerin kesinleşinceye kadar, 1412 sayılı CMUK’nın temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı görülmektedir. Ancak yine de söz konusu hükmün uygulamacılar açısından net olmasını sağlamak için, 6723 sayılı Kanun’un 33. maddesiyle “*bu kararlara ilişkin dosyalar bölge adliye mahkemelerine gönderilemez*” cümlesi Kanun’a eklenmiştir. Bu eklemeye ilişkin gerekçe şöyledir:

*Maddeyle, uygulamada yaşanabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla kararın tabi olacağı kanun yolunun tespitinde karar tarihi esas alınmaktadır. **Böylece istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlar hakkında istinaf usulü uygulanmayacak, bu mahkemelerin faaliyete geçmesinden sonra verilen kararlar ise istinaf kanun yoluna tabi olacaktır.** Bununla birlikte oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilebilmesi amacıyla istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesinden önce verilen kararlara ilişkin dosyaların Yargıtay tarafından istinaf mahkemelerine gönderilemeyeceği vurgulanmaktadır.*

Dolayısıyla Resmi Gazete'de ilan edilen göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen tüm kararlar bakımından, bu kararlar kesinleşinceye kadar 1412 sayılı CMUK'nın temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bu karar Yargıtay'dan bir şekilde döndüğünde, istinaf mahkemesine değil ilk derece mahkemesine gidecek ve yeniden hüküm verildiğinde, yine 1412 sayılı CMUK'nın temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri geçerli olacaktır ve inceleme Yargıtay tarafından yapılacaktır. Böylelikle ceza muhakemesinde geçerli olan *derhal uygulanırlık* ilkesine önemli bir istisna getirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki söz konusu istisna son derece isabetlidir. Aşağıda görüleceği üzere iki kanunun temyiz kanun yoluna ilişkin hükümleri arasında çok önemli farklılıklar vardır. Bunu bir spor müsabakasına benzetirsek, getirilen istisna karşılaşma sürerken kuralların değişmesini engelleyen ve olası hak kayıplarını önleyen ciddi bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bundan sonra anlatılacak olanlar 20 Temmuz 2016'dan itibaren verilmiş ve istinaf yolundan geçmiş olan hükümler için geçerlidir. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere yine bu tarihten itibaren verilen ve istinaf kanun yolu kapalı olan suçluların iadesine ilişkin için kararlar da bu kapsamdadır.

B. TEMYİZ BAŞVURUSUNUN HÜKMÜN HANGİ YÖNÜNE İLİŞKİN OLACAĞI MESELESİ

Yargıtay, temyiz kanun yoluyla ülkedeki hukuk kurallarının istikrarlı ve aynı biçimde uygulanmasını yani içtihat birliğini sağlar.^[2] Ancak 1412 sayılı CMUK döneminde delillerin takdirine ilişkin hatalar ve iş yükü yüzünden bu amacın tam olarak gerçekleştirilemediği görülmüştür. CMK, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasında istinafi yerleştirerek, hem Yargıtay'ın içtihat mahkemesi konumunu güçlendirmeyi hem de mahkemelerin son kararlarının yalnızca hukuki sorun değil, maddi sorun açısından da sağlıklı bir şekilde denetlenmesinin yolunu açmayı öngörmüştür.^[3] Böylece istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesiyle, Yargıtay'ın gerçekten hukuki derece kanun yolunu teşkil etmesi ve maddi vakıa denetimi yapmaması amaçlanmaktadır. Ancak tartışmaya başlamadan önce belirtmek gerekir ki getirilen sistemde de içtihat birliğinin

[2] **ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Ankara 2016, s. 848; **YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 908; **KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 1347.

[3] **FEYZİOĞLU, Metin:** "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, Y. 2006, s. 28.

sağlanmasının önünde ciddi engeller vardır. Bunlardan en önemlileri, çok sayıda hüküm bakımından temyiz kanun yolunun kapalı olmasıdır.^[4] CMK'nın 286/2-(a) ve (b) bentlerinde belirlenen 5 yıllık sınır, iş yükünün büyük kısmını oluşturan hükümlerin istinaf kanun yolundan öteye geçememesine yol açacaktır. Buna ek olarak, bölge adliye mahkemeleri arasındaki içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik mevzuattaki tedbirlerin yetersizliği^[5] de bir diğer sorundur. Aynı zamanda bu tedbirlerin kısa sürede sonuç vermesinin güçlüğü, geçiş sürecinde bir takım mağduriyetlerin doğmasını kaçınılmaz hale getirmektedir.^[6] Öğretide yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında istinaf incelemesinden geçen maddi sorunun, bir kez daha temyiz mahkemesi önünde denetlendiği bir sistemin olmadığı ifade edilmektedir.^[7] Dolayısıyla maddi sorun istinaf kanun yolu sonunda sübuta ermekte, temyiz kanun yoluna ise yalnızca hukuki soruna ilişkin meselelerden dolayı gidilebilmektedir.

Mülga CMUK'da temyiz sebebi "*kanuna aykırılık*" olarak belirlenirken, 5271 sayılı CMK'da "*hukuka aykırılık*" olarak belirlenmiştir. Ancak her iki Kanun'a bakıldığında bu iki farklı kavramın aynı şekilde anlaşılmasının istendiği sonucuna varılmaktadır. Zira aşağıda görüldüğü üzere her iki kanunun ilgili hükümlerinde bu kavramlar, "*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*" şeklinde tanımlanmıştır.

Sonuç olarak temyiz nedeni olan hukuka aykırılık, hâkimin olaya en uygun normu bulamaması veya bulsa bile yanlış anlayıp kullanmasıdır.^[8]

[4] **GÜNGÖR, Devrim:** Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016, s. 18 ve 128; **ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE:** s. 844.

[5] **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 910, 923; **GÜNGÖR:** s. 18.

[6] **ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE:** s. 844.

[7] **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 908.

[8] **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 911.

1412 sayılı CMUK'nın 307. maddesi	5271 sayılı CMK'nın 288. maddesi
Temyiz sebebi	Temyiz nedeni
<p><i>Temyiz ancak hükmün kanuna muhalif olması sebebine müstenit olur.</i></p> <p><i>Hukuki bir kaidenin tatbik edilmemesi yahut yanlış tatbik edilmesi kanuna muhalefettir.</i></p>	<p>(1) <i>Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır.</i></p> <p>(2) <i>Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.</i></p>

İki Kanun arasındaki esas farklılık, 5271 sayılı CMK'nın temyiz başvurusunun içeriği başlıklı 294. maddesinden kaynaklanmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, her iki hükümde de ilk fıkra temyiz sebeplerinin gösterilmesi hususuna ilişkindir ve arada ciddi bir fark yoktur. Oysa iki hükmün ikinci fıkraları birbirinden tamamen farklıdır. 5271 sayılı Kanun'un 288/2. maddesinde temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği açıkça belirlenmiştir. Temyizin hukuki derece kanun yolu olması da bu nedenledir.^[9]

1412 sayılı CMUK'nın 313. maddesi	5271 sayılı CMK'nın 294. maddesi
Temyiz istidası ve ihtiva edeceği noktalar:	Temyiz başvurusunun içeriği:
<p><i>Temyiz eden taraf hükmün hangi cihetine itiraz ve neden dolayı bozulmasını talep etmekte olduğunu temyiz istidasında veya beyanında veyahut layihasında gösterir.</i></p> <p><i>Temyiz için istinad edilen sebeplerde muhakeme usulüne müteallik hukuki bir kaideye mi yoksa kanuni diğer hükümlere mi, muhalefet etmiş olmasından dolayı itiraz olunduğu gösterilir. Birinci halde kanuna muhalif olan vak'alar izah olunur.</i></p>	<p>(1) <i>Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.</i></p> <p>(2) <u>Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir.</u></p>

[9] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 912.

Her yargılamada mahkemenin iki görevi vardır:

İddia edilen hususu saptamak ve onu hukuken değerlendirmek.^[10] Bu konular maddi sorun ve hukuki sorun olarak adlandırılmaktadır.^[11] Maddi sorun, esas mahkemesinin “sözlülük” ve “doğrudan doğruyalık” ilkelerini uygulayarak, geçmişte meydana gelmiş olan olayın ne şekilde cereyan ettiğini ortaya çıkartmasıdır.^[12] Dolayısıyla ancak bu ilkelerin egemen olduğu bir duruşmada varılabilecek bütün kararlar, değerlendirme ve saptamalar temyiz denetiminin dışındadır.^[13] Bu noktada, öğrenme muhakemesi yapılması gereken tüm hususların maddi soruna ait olduğu kabul edilmelidir.^[14] Fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediği, işlendiyse nasıl ve ne şekilde gerçekleştirildiği maddi sorunun esasıdır.^[15]

Hukuki sorun ise mahkemenin kabulüne göre gerçekleştiği varsayılan olayın, hangi kanuni tipe uyduğunun belirlenmesidir. Buna ek olarak, suç sayılan fiilin yargılanması sırasında uyulması gereken kurallar da hukuki soruna dâhildir.^[16]

Maddi sorun olgusal dünyaya, hukuki sorun normatif dünyaya aittir. Maddi sorunun çözümünde hâkimin kullandığı ölçüt vicdani kanaattir. Buna karşın, hukuki sorunun çözümünde herhangi bir ölçü veya ölçüt değil, mesleki bilgi devreye girer.^[17]

Hukuka aykırılığa yol açan norm muhakeme hukuku normu olabileceği gibi, maddi hukuk normu da olabilir.^[18] Maddi hukuk normunun ihlali halinde kararın mutlaka bozulması gerekir, buna karşın muhakeme hukukuna ilişkin ihlallerde, ihlalin hükmü etkileyip etkilemediği gözetilmelidir.^[19] Bu noktada yargılama makamının normun yanlış uygulaması karşısında bilerek sessiz kalmak,

[10] **KESKİN, Serap:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s. 48.

[11] Öğretide maddi ve hukuki sorunu ayırma konusunda ayırımın nasıl yapılabileceği ve böyle bir ayırımın teorik olarak yapılamayacağı konusunda bkz. **KESKİN:** s. 48-61.

[12] **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 52.

[13] Bkz. **KESKİN:** s. 51 ve 60.

[14] **YENİSEY:** s. 57; **SARIGÜL:** s. 23.

[15] **FEYZİOĞLU-TANER:** s. 192

[16] **YENİSEY:** s. 57; **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 52; **TOSUN:** s. 198 ve 200.

[17] **FEYZİOĞLU-TANER:** s. 108, 109, 140, 182.

[18] **CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016, s. 832; **KARAKEHYA, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016, s. 632.

[19] **YURTCAN, Erdener:** Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994, s. 460.

başka bir deyişle onu ileride kanun yoluna götürmek üzere kabullenmek, kanun yoluna başvurmak bakımından herhangi bir hak kaybına yol açmaz.^[20] Başka bir deyişle, söz konusu hukuka aykırılığın yargılamayı yapan mahkemede ileri sürülmesi zorunlu değildir. Bu Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru ile kanun yollarını ayıran temel bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun ikincil niteliği nedeniyle, genel mahkemelerde veya olağan kanun yollarında özü itibariyle ileri sürülmeyen iddialar, ilk kez Anayasa Mahkemesi önünde şikayet konusu yapılamaz.^[21]

Yargıtay üçüncü derece olarak yapacağı incelemede ispat konusu olayın sübuta erdiği varsayımından hareket edecek,^[22] yerel mahkemenin vicdani kanaatine göre vardığı olay belirlemesine dokunamayacaktır. Ancak Yargıtay, mahkemenin belirlediği olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı hukuki değerlendirmeyi ve ondan çıkarttığı hukuki sonuçları denetleyecektir.^[23] Dolayısıyla delillerin mahkeme tarafından yanlış değerlendirildiği ve sonuç olarak olayın oluş biçiminin yanlış tespit edildiği gibi hususlar temyiz nedeni olarak ileri sürülemez ve denetlenemez.^[24]

Öğretide geçmişten bu yana kanuna aykırılık kavramı geniş anlaşılmış ve bu ifadenin yazılı hukukla sınırlı anlaşılması gerektiği görüşü savunulmuştur.^[25] Bu nedenle yazılı hukuka ek olarak; içtihadı aykırılık, tecrübe ve

[20] **CENTEL-ZAFER:** s. 833.

[21] “*Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikayet konusu edilemeyeceği gibi genel mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz*”. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru no: 2012/946, Bayram Gök Başvurusu, 26/3/2013, § 20).

[22] **ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016, s. 801; **SOYASLAN, Doğan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Ankara 2016, s. 552 ve 553.

[23] **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 930; **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 1351; **Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Gezer Özge - Saygılar Kırt Yasemin F. - Özyayın, Özdem - Alan Akcan Esra - Erden Tütüncü Efser:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2016, s. 741; **ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE:** s. 852; **YURTCAN:** s. 460.

[24] **KARAKEHYA:** s. 632. Temyiz mahkemesinin maddi sorunu incelememesi gerektiği yönünde bkz. **SARIGÜL, Tanju:** Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3. Bası, Ankara 2017, s. 29; **GÜNGÖR:** s. 130.

[25] **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 1354-1358; **TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 398; **TOSUN:** s. 197; **YURTCAN:** s. 458.

mantık kurallarına aykırılık, öğretiye aykırılık, maruf ve meşhur olan şahsi bilgide hataların da kanuna aykırılık kapsamında denetlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.^[26] Gerçekten istinaf kanun yolunun bulunmadığı bir sistemde bu denetimin temyiz kanun yolunda yapılması kaçınılmazdır. Bu tür inceleme öğretide genişletilmiş temyiz olarak adlandırılmaktadır.^[27] Biz burada özellikle tecrübe ve mantık kurallarına aykırılık üzerinde durmak istiyoruz:

Öğretide geçmişten bu yana tecrübe ve mantık kurallarına aykırılığın temyiz kanun yolunda denetlenmesi gerektiği, zira bunun sonuç olarak bir hukuki sorun olduğu^[28] görüşü kabul görmüştür.^[29] Aslına bakılırsa tecrübe ve mantık kuralları, hukuk kuralı kapsamına girmez, zira bunlar hiçbir şekilde norm içeriğine sahip değildir.^[30] Zaten öğretide de denetimin yapılmasına dayanak olarak Yargıtay hâkimlerinin de bu kuralları bildiği^[31] ve yukarıda da ifade edildiği üzere kanuna aykırılığın dar anlaşılması gerektiği fikirleri savunulmuştur. Ancak bu görüşün mülga Kanun döneminde kanuna aykırılık ölçütü bağlamında ileri sürüldüğünü unutmamak gerekir. CMK'nın 288/2. maddesinde yer alan temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceğine ilişkin kural bağlamında, bu kuralın artık farklı şekilde yorumlanması zorunludur. Burada dikkat edilmesi gereken konu, eski Kanun'da kanuna aykırılık, yeni Kanun'da ise hukuka aykırılık olarak adlandırılan hususun, hukuki sorunla ilgili olmamasıdır.

Tecrübe kurallarının işlevi, deliller vasıtasıyla ortaya konulan maddi soruna konu olaya ilişkin boşlukların akıl yürütmeyeyle doldurulmasına yardımcı olmaktır.^[32] Mantık kuralları da aynı işe yaramaktadır. Ancak üç dereceli bir sistemde, üçüncü derecenin hukuki derece olduğu düşünüldüğünde, tamamen maddi soruna ilişkin olan bu tür aykırılıkların temyiz kanun yolunda denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak mahkemenin elindeki maddi olguları hukuk kurallarına uygun olarak değerlendirip değerlendirmedeği ve hükme esas alırken hukuk kurallarına bağlı kalıp kalmadığı, Yargıtay tarafından incelenmek zorundadır.^[33] Buna karşın yanlış uygulandığı iddia edilen mantık kuralları

[26] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1354-1358.

[27] YENİSEY: s. 227.

[28] YENİSEY: s. 227.

[29] KESKİN: s. 72 ve 73; YENİSEY: s. 227.

[30] CENTEL-ZAFER: s. 832; KESKİN: s. 73.

[31] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1358.

[32] FEYZİOĞLU-TANER: s. 245.

[33] ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE: s. 850 ve 851.

hükmün hukuki yönüyle ilişkilendirilebiliyorsa, bunlar da temyiz sebebi olarak ileri sürülebilir. Yargıtay'ın temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği kuralını gereği gibi uygulayıp uygulamayacağını ise zaman gösterecektir.

Bu yorum karşısında; maddi olay tespiti bakımından hatalı olan, ancak Yargıtay bu konuya giremediği için bozulmayan bir istinaf mahkemesi hükmü, Yargıtay tarafından hukuken doğru bulunup kesinleştiğinde nasıl bir yol izlenebileceği sorusu akla gelebilir. Kanımızca burada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın (CMK m. 308) itirazı yetkisi kullanılarak bir sonuç alınamaz. Zira verdiğimiz örnekte hükmün hukuki kısmında hata olmadığı için, ceza dairesinin kararında da bir hukuka aykırılık yoktur. Bu durumda ancak şartları varsa bir olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine başvurulması^[34] mümkün olabilir.

Bir diğer olasılık ise bir kanun yolu değil ama bir başvuru yolu olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidilerek, “*delillerin takdirinde bariz keyfilik olduğunun*” ileri sürülmesidir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 148/4. maddesi uyarınca “*bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*”. Bu tür başvuruları Mahkeme kanun yolu şikayeti^[35] olarak adlandırmakta ve reddetmektedir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır:

1. Delillerin takdirinde bariz keyfilik
2. Anayasa'ya ve kanuna bariz şekilde aykırı yorum

Mahkeme konuya ilişkin içtihadını bireysel başvuru yolunun hukukumuza girdiği ilk dönemde şu şekilde ortaya koymuştur ve istikrarlı olarak sürdürmektedir:

“Ancak kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla incelemenin bu çerçevede yapılması gerekir.”^[36]

[34] Bkz. **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE**: s. 852.

[35] Kanun yolu şikayeti kavramı ve Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları için bkz. **SAĞLAM, Musa - GÖKSU, Hasan Tuna**: Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ankara 2014, s. 146-186.

[36] *Murat Narman Başvurusu* B. No: 2012/1137, T. 2.7.2013, § 48; *Ramazan Aras Engin Demir Başvurusu*, T. 2.7.2013, § 49. *Konuya ilişkin 2015 tarihli bir genel kurul içtihadı için bkz. Engin Demir Başvurusu* B. No: 2013/2947, T. 17.12.2015.

Bu bilgiler ışığında delillerin takdirinde bariz keyfilik nedeniyle maddi sorunun yerel mahkeme ve/veya istinaf mahkemesi tarafından yanlış çözüldüğü ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği bireysel başvuru yolunda ileri sürülebilecektir.

B. SUÇLULARIN İADESİNE YÖNELİK KARARLARIN DOĞRUDAN TEMYİZ KANUN YOLUNA GÖTÜRÜLMESİ

5271 sayılı CMK'da, bazı Batı hukuk sistemlerinde benimsenen ve taraflara sübuta ilişkin olarak tatmin oldukları ancak hukuki yönden tatmin olmadıkları hallerde istinafı atlayarak doğrudan temyiz mahkemesine başvurma olanağı sağlayan (sıçrama yoluyla temyiz) türde bir düzenleme kabul edilmemiştir.^[37] 5271 sayılı Kanun'un istinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle, istinaf kanun yolu tüm hükümler bakımından açıkça temyiz kanun yolundan önce tüketilmesi zorunlu bir hukuk yolu haline gelmiştir. Hukuk sistemimizde bunun tek istinası, başka bir deyişle istinaf kanun yoluna başvurulmadan doğrudan temyiz edilmesi gereken tek hüküm türü, suçluların iadesine ilişkin olanlardır.

Bu konu daha önce TCK'nın 18. maddesinde düzenleniyordu ve zaten istinaf kanun yolu yürürlükte olmadığı için, öngörülen olağan kanun yolu temyizdi. 2016 yılında yürürlüğe giren *Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu* ile TCK'nın 18. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak istinaf kanun yolunun yürürlüğe gireceği, bu Kanun'un yapıldığı dönemde kesin olarak bilinmesine rağmen, suçluların iadesine ilişkin kararlar için başvuru yolu yine temyiz kanun yolu olarak gösterilmiştir. Sözü geçen Kanun'un 18/4. maddesi uyarınca, mahkemenin iade konusunda verdiği karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması gerekmektedir.

Kanun koyucuyu istinaf yolunu atlamaya iten bir sebep kuşkusuz kararın hızlıca kesinleşmesine imkân tanımaktır. Bir diğer sebep olarak ise, suçluların iadesi muhakemesinin özünde ortada bir maddi sorun olmadığı için, istinaf kanun yoluna başvurulmasının gerekli görülmemesi düşünülebilir.

[37] SOYASLAN: s. 556.

C. YARGITAY'IN TEMYİZ NEDENLERİYLE BAĞLILILIĞI

<p>1412 sayılı CMUK'nın 320. Maddesi</p> <p><i>Temyiz Mahkemesince tetkik edilecek noktalar:</i></p>	<p>5271 sayılı CMK'nın 301. maddesi</p> <p><i>Temyizde incelenecek hususlar:</i></p>
<p><i>Madde 320</i> – Temyiz Mahkemesi, temyiz istida ve layihasında irat olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz istidasında bu cihete dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder.</p> <p>313 üncü maddenin ikinci fıkrasında gösterilen müstenidattan başka temyiz müddeasını teyit için yeniden müstenidat göstermeğe lüzum yoktur.</p> <p>Bununla beraber böyle müstenidat arzolanmışsa kabul olunur.</p>	<p><i>Madde 301</i> – (1) Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar.</p>

1412 sayılı CMUK döneminde Yargıtay, temyiz dilekçesinde gösterilmeyen bozma nedenlerini re'sen tespit ettiğinde yine hükmü bozabilmekteydi. Zira 1412 sayılı CMK'da temyiz layihası verilmesi uygulamasından 1936'da 3006 sayılı Kanun'la vazgeçildiğinden, kanunun düzenlemesi uyarınca Yargıtay'ın kendiliğinden görebildiği hatalar da bozma nedeni olabilmekteydi.^[38]

5271 sayılı CMK döneminde ise Yargıtay, temyiz dilekçesinde gösterilmeyen ve nispi bir temyiz sebebinden kaynaklanan hukuka aykırılığı tespit ettiği takdirde bunu belirtmelidir ancak bozma nedeni yapamayacaktır.^[39] Ancak mutlak temyiz sebepleri söz konusu olduğunda, bunlar temyiz dilekçesinde gösterilen nedenler arasında olmasalar dahi (en az bir neden gösterilmek kaydıyla), bozma

[38] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1350, 1351 ve 1378; EREM, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara, s. 550; ÇINAR, Ali Rıza: Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006, s. 137.

[39] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 940.

nedeni yapılabilecektir. Bu kural duruşmalı incelemede de aynen geçerlidir. Buna karşın CMK'nın 302/3. maddesi uyarınca hüküm temyiz dilekçesinden gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan diğer hukuka aykırılık halleri de ilamda gösterilecektir.

D. TEMYİZ NEDENLERİ BAKIMINDAN FARKLIKLAR

Mutlak hukuka aykırılık halleri 1412 sayılı CMUK'nın 308. maddesinde, 5271 sayılı CMK'da ise 289. maddede sayılmıştır. Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere iki hüküm karşılaştırıldığında ilk dikkat çeken hususlar şunlardır:

a. İki hükmün başlığı farklıdır

Belirtmek gerekir ki iki hükmün başlığının farklı olması içerikte bir değişikliğe yol açmamaktadır. 1412 sayılı CMUK'da seçilen terim “*kanuna muhalefet halleri*” iken, 5271 sayılı CMK'da “*hukuka kesin aykırılık halleri*” ibaresidir. 5271 sayılı CMK'nın hukuka kesin aykırılık halleri olarak adlandırdığı nedenleri ifade etmek için öğretide geçmişten bu yana “*mutlak temyiz nedenleri*”^[40] terimi de kullanılmaktadır.

Mutlak temyiz nedenlerinin ortak özelliği, sanığa hak tanıyan kurallar olmalarının yanı sıra aynı zamanda adil bir yargılamanın yapılabilmesi için öngörülmüş, kamusal menfaatleri gözeten kurallar olmalarıdır. Bu hallerin varlığı halinde hükmün bundan mutlak olarak etkilendiği kabul edilmiştir. Kanun bu noktada hukuka aykırılığa ilişkin nedensellik bağını kendisi kurduğundan hâkime takdir yetkisi bırakmamıştır.^[41]

Hükümde sayılan “*hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması*” ve “*hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*” hallerinin mutlak mı yoksa nispi bir temyiz nedeni mi olduğu, alt başlıkta tartışılacaktır.

[40] ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM vd.: s. 739; CENTEL-ZAFER: s. 822; ÜNVER-HAKERİ: s. 805; KARAKEHYA: s. 635.

[41] CENTEL-ZAFER: s. 834 ve 836.

<p>1412 sayılı CMUK'nın 309/. maddesi</p> <p>Kanuna muhalefet halleri</p>	<p>5271 sayılı CMK'nın 289. maddesi</p> <p>Hukuka kesin aykırılık halleri</p>
<p><i>Aşağıdaki hallerde kanuna mutlaka muhalefet edilmiş sayılır.</i></p>	<p><i>(1) Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:</i></p>
<p><i>1 - Mahkemenin kanun dairesinde teşekkül etmemiş olması,</i></p>	<p><i>a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.</i></p>
<p><i>2 - Hâkimlik vazifesine iştirakten kanunen memnu olan bir hâkimin hükme iştirak etmesi,</i></p>	<p><i>b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.</i></p>
<p><i>3 - Makbul şüpheden dolayı hakkında ret talebi vaki olupta bu talep kabul olunduğu halde hâkimin hükme iştirak etmesi yahut bu talebin kanuna muğayir olarak reddolunması suretiyle hâkimin hükme iştirak ettirilmesi</i></p>	<p><i>c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.</i></p>
<p><i>4 - Mahkemenin kanuna muhalif olarak davaya bakmağa kendini vazifeli veya salahiyyetli görmesi,</i></p>	<p><i>d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.</i></p>
<p><i>5 - Cumhuriyet Müddeiumumisi yahut kanunen vücudu lazım diğer şahsın gıyabında duruşma yapılması,</i></p>	<p><i>e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.</i></p>
<p><i>6 - Şifahi bir duruşma neticesi olarak verilen hükümde aleni muhakeme kaidesinin ihlal edilmesi,</i></p>	<p><i>f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.</i></p>
<p><i>7 - Hükümün esbabı mucibeyi ihtiva etmemesi,</i></p>	<p><i>g) Hükümün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.</i></p>

8 - Hüküm için mühim olan noktalarda mahkeme kararıyla müdafaa hakkının tahdit edilmiş olması.	b) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.
	i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.

b. 5271 sayılı CMK'nın 289/1-i maddesi

“Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması”

Temyiz nedenleri bağlamında iki Kanun arasındaki en önemli fark 5271 sayılı CMK'nın (i) bendine eklenen hükümlerle ***“hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının”*** bir mutlak hukuka aykırılık hali olarak kabul edilmesidir.

Mülga CMUK'nın yasak sorgu yöntemleri başlıklı 135/a maddesi ile yürürlükteki CMK'nın *“ifade alma ve sorguda yasak usuller”* başlıklı 148. maddesi oldukça benzer niteliktedir. Yapılan düzenlemeyle yasak yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınması, bir temyiz nedeni olarak mutlak temyiz nedenleriyle birlikte sayılmıştır.^[42] Ancak hem *“hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması”* hem de *“hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması”* halleri bakımından bir farklılığa dikkat çekmek gerekir. Bu hallerde kanun koyucu söz konusu halin varlığını yeterli saymamakta ve hükümün de söz konusu aykırılıktan etkilenmesini gerekli görmektedir. Dolayısıyla bu iki hal bakımından, nispi temyiz sebeplerinde geçerli olan, hukuka aykırılığın hükme etkisinin ortaya konulması gerekliliğine ilişkin kurala geri dönmüştür.^[43] Ancak bu kabul, söz konusu nedenlerin niteliği itibarıyla mutlak hukuka aykırılık hali olduğu ve mutlak hukuka aykırılık hallerine bağlanan diğer sonuçların, sözü geçen iki hüküm bakımından da geçerli olduğu savını değiştirmemektedir. Bu noktada söz konusu hüküm yalnızca hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillere hasredilmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla yöntem yasağı kapsamına girmeyen ancak yine de hukuka aykırı olan deliller, ancak nispi hukuka aykırılık nedeni bağlamında ileri sürülebilecektir.

[42] ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE: s. 859.

[43] CENTEL-ZAFER: s. 822 ve 835.

E. TEMYİZDE İSTEMİN ZORUNLU OLMASI

Mülga Kanun'un 305. maddesinde şu hüküm yer almakta ve öğretide otomatik temyiz olarak adlandırılmaktaydı.

“Ceza Mahkemelerinden verilen hükümler temyiz olunabilir. Ancak, onbeş sene ve ondan yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait hükümleri hiç bir harç ve masrafa tabi olmaksızın Yargıtayca re'sen tetkik olunur”

5271 sayılı CMK'da ise buna benzer bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide de davasız yargılama olmaz kuralının istisnasını teşkil eden otomatik temyiz uygulamasının, tahkik sisteminin bir kalıntısı olduğu ifade edilmiştir.^[44] İstinaf kanun yolunda on beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümlerin istem olmaksızın re'sen incelenmesi kabul edilmişken, temyiz kanun yolunda bunun kabul edilmemesi, iki dereceli bir yargılamanın yeterli güvence olduğu şeklinde değerlendirilebilir. Kanun koyucu bu noktada ceza ne kadar ağır olursa olsun, hükmü temyiz etmeyen ve temyiz nedenlerini göstermeyen sanık bakımından inceleme yapılmaması yönünde bir irade ortaya koymuştur.

F. TEMYİZ NEDENLERİNİN TARAFLARCA GÖSTERİLMESİ ZORUNLULUĞU

Temyiz nedenlerinin gösterilmesi konusu üzerinde açıklamalar yapmadan önce, temyiz başvurusu (dilekçesi, istidası) ile gerekçeli temyiz dilekçesi (temyiz layihası^[45], ek dilekçe^[46]) arasındaki fark üzerinde durulması gereklidir. Bu dilekçelerin, tek bir dilekçe olarak birlikte verilmesi de mümkündür. Ancak uygulamada çoğunlukla kısa kararın tefhimiyle birlikte on beş günlük^[47] temyiz süresi başladığından, öncelikle süreyi kaçırmamak için temyiz başvurusunda bulunulması (temyiz başvuru dilekçesinin verilmesi) gerekmektedir.^[48] Uygulamacılar bu dilekçeye “*süre tutum dilekçesi*”^[49] adını vermektedirler. Son derece yaygın olan bu yanlış tabir, verilen dilekçeyle temyiz süresinin durduğu gibi bir yanılgıyı da beslemektedir. Oysa bu dilekçe verilmekle temyiz gerçekleşmekte ve artık süre sorunu ortadan kalkmaktadır.

[44] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1265.

[45] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1377; ÜNVER-HAKERİ: s. 813.

[46] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 931.

[47] 20.07.2017 tarih ve 7035 sayılı Kanun'un 21 inci maddesiyle, temyiz süresi yedi günden on beş güne çıkartılmıştır.

[48] ÜNVER-HAKERİ: s. 813 ve 814.

[49] CENTEL-ZAFER: s. 825 ve 842.

Gerekçeli temyiz dilekçesi (ek dilekçe, temyiz layihası) ise, temyiz nedenlerinin gösterildiği dilekçedir. 5271 sayılı CMK'nın temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce, bu dilekçenin verilmesi zorunlu değildi. Zira CMUK'nın 314/2. maddesinde yer alan “*temyiz nedenlerinin gösterilmemesinin temyiz incelemesine engel olmayacağına yönelik*” hükme dayanarak Yargıtay temyiz nedenlerini re'sen gözetebilmekteydi.^[50] 5271 sayılı CMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin bir bütün olarak yürürlüğe girmesinin ardından, bu dilekçenin hangi aşamaya kadar verilmesi gerektiği konusu önem kazanmıştır.

CMK'nın 294/1. maddesi uyarınca “*temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*”. 295. madde uyarınca ise, “*temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunan bölge adliye mahkemesine bu nedenleri içeren bir ek dilekçe verilir.*” Dolayısıyla Kanun, temyiz nedenlerini gösteren dilekçenin, en geç bu süre sonunda dosyaya girmesine yönelik bir düzenleme getirmiştir.

Ancak söz konusu dilekçenin bu süre içinde verilmemesinin, temyiz başvurusunun ortadan kalkmasına yol açıp açmayacağı tartışmalıdır. Zira CMK'nın 298. maddesi uyarınca, “*Yargıtay temyiz dilekçesini temyiz sebeplerini içermediğini saptarsa, temyiz istemini*” reddetmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, istinaf mahkemesinin yapacağı kabul edilebilirlik denetiminde aranmayan bu şartın (zira çoğunlukla gerekçeli karar daha sonra tebliğ edilmektedir), Yargıtay tarafından denetlenmesidir. Kanun'da her ne kadar “*yedi gün içinde ek dilekçe verilir*” yazmaktaysa da, bu sürenin geçmesinden sonra fakat Yargıtay'ın ön incelemesinden önce Yargıtay'a ulaşan dilekçenin de kabul edilmesi gerekir.^[51] Katıldığımız görüş uyarınca, bir kere süresinde temyiz isteminde bulunulduktan sonra, Yargıtay'da incelemeye başlayınca kadar dilekçe veya dilekçeler verilmesine bir engel yoktur.^[52] Ancak yine de konuya ilişkin Yargıtay içtihadı ortaya çıkana kadar, temkinli olunmasında fayda olduğu da dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak temyiz istemi bölge adliye mahkemesine (veya suçluların iadesine ilişkin kararlar bakımından ilk derece mahkemesine) yapıldığında, gerekçe içermesi zorunlu değildir. Gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde bu dilekçenin verilmemesi doğrudan olumsuz bir sonuç doğurmamalıdır.

[50] ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE: s. 862.

[51] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 933 ve 936; KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1377.

[52] ÜNVER-HAKERİ: s. 810.

Elbette söz konusu dilekçenin zamanında hükmü veren mahkemeye verilmesi, olması gerektirir.

Yargıtay'ın ön incelemesi sırasında, temyiz dilekçesinde herhangi bir temyiz sebebinin yer almadığı anlaşılırsa, temyiz istemi reddedilir. Bu kural hem nispî hem de mutlak temyiz sebepleri bakımından geçerlidir. CMK'nın 289. maddesinde yazılı olan "*Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır*" kuralı, hiçbir temyiz nedeni içermeyen bir temyiz başvurusunda mutlak temyiz nedenlerinin kendiliğinden gözetileceği şeklinde anlaşılabilir. Zira 298. maddede yer alan kabul edilebilirlik denetimine ilişkin kural, son derece açıktır. 289. maddede yer alan mutlak temyiz nedenlerinin re'sen gözetilmesine ilişkin kural ise ancak, bünyesinde en az bir temyiz sebebi bulunan temyiz dilekçeleri için geçerlidir. Gereksiz bir dilekçe Yargıtay'ın ön incelemesinden geçemeyeceği için, hükümde var olan ancak gösterilmeyen nedenin mutlak mı yoksa nispî bir temyiz nedenine mi ilişkin olduğunu denetlemek mümkün olmayacaktır.^[53]

Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, CMK'nın 302/3. maddesi uyarınca "*hüküm temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan diğer hukuka aykırılık halleri de ilamda gösterilir*". Bu noktada dilekçe yalnızca bir veya birden fazla nispî temyiz nedeni içeriyorsa, Yargıtay'ın bu nedenleri kabul etmemesine karşın CMK'nın 289. maddesinde yer alan mutlak hukuka aykırılık hallerinden birine dayanarak hükmü bozması mümkündür. Zira CMK'nın 302/5. maddesinde yer alan "*289 uncu madde hükümleri saklıdır*" ve 289/1. maddede yer alan "*temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır*" ibareleri bu tür bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle 302/3. maddede yer alan "*hüküm temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda*" ibaresi bakımından, (dilekçede en az bir nispî temyiz sebebi gösterilmek ve dilekçe kabul edilebilir bulunmak kaydıyla) mutlak hukuka aykırılık hallerinin bu kapsama dâhil olmadığını kabul etmek gerekir.

Görüldüğü üzere geçmişte de son derece önemli olan gerekçeli temyiz dilekçesi, artık kilit bir konuma gelmiştir.^[54] Artık varlığı zorunlu olan bu dilekçeyle temyiz talebini inceleyecek hâkimlerin ikna edilebilme olasılığı, dilekçenin kalitesi yükseldikçe artacaktır. Bu nedenlerin; iyi, gerekçeli, olgular ve mevzuatla ilişkilendirilerek açıklanması son derece önemlidir.^[55] Ayrıca

[53] KARAKEHYA: s. 636.

[54] ÜNVER-HAKERİ: s. 814.

[55] ÜNVER-HAKERİ: s. 814.

belirtmek gerekir ki ister geçmişteki gibi ihtiyari, ister bugünkü gibi zorunlu olsun; hükmün bozulmasını isteyen, eğer talebi kabul edilsin istiyorsa karşı tarafı ikna etmeye çaba sarf etmeli ve nedenlerini ortaya koymalıdır. Bu nedenle eski sistem bakımından dahi KUNTER “*gerekçe göstermeyen müdafî veya katılan vekili görevini yapmış sayılmaz, hele bu iş için devletten para alan Cumhuriyet savcısının sebep göstermeyebilmesini haysala almaz.*” ifadelerini kullanmıştır.^[56] Bugünkü sistemde ise gerekçe göstermemek demek, temyiz talebinin reddine ve hak kaybına yol açmak demektir. Bu durumda avukatın hem hukuki, hem de cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Temyiz nedeni gösterme yükümlülüğü, Cumhuriyet savcısı için de aynen geçerlidir. 294. maddede kullanılan “*Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*” ibaresi Cumhuriyet savcılığı için de geçerlidir. 1412 sayılı Kanun’da olduğu gibi, 5271 sayılı Kanun’da da savcılık makamına başvurusunun lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu belirtme yükümlülüğü yüklenmiştir (CMUK m. 314, CMK 295). Mülga Kanun döneminde bu belirleme, neden gösterilmeyen bir dilekçede, cezanın ağırlaştırılması yasağının devreye girip girmeyeceğini anlamak bakımından büyük önem taşıyordu.^[57] Bu belirlemenin yapılması mülga Kanunda yalnızca temyiz nedeni gösterilmemesi halinde zorunlu olmasına karşın, şimdi herhalde zorunludur. Bu, tüm sùjeler için neden göstermenin zorunlu olmasının dolaylı bir sonucudur. Ancak gösterilmesi zorunlu olan neden, temyizcinin lehe mi yoksa aleyhe mi olduğunu büyük ölçüde ortaya koyacağından, bu belirleme işlevsel olarak eskisi kadar önemli olmayabilir.

[56] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1378.

[57] KARAKEHYA: s. 634.

G. TEMYİZ KANUN YOLUNDA DURUŞMA YAPILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

<p>1412 sayılı CMUK'nın 318. maddesi</p> <p>Ağır ceza hükümlerinin tetkikinde duruşma</p>	<p>5271 sayılı CMK'nın 299. maddesi</p> <p>Duruşmalı inceleme</p>
<p><i>Ağır cezaya müteallik hükümlerde Temyiz Mahkemesi tetkikatını maznunun temyiz istidasındaki talebi üzerine veya dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar. Duruşma gününden maznuna veya talebi üzerine müdafisine haber verilir. Maznun duruşmada hazır olabileceği gibi kendisini vekaletnameyi haiz bir müdafii ile de temsil ettirebilir.</i></p> <p><i>Maznun mevkuf ise bizzat ispatı vücut etmek talebinde bulunamaz.</i></p>	<p><i>(1) On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re'sen duruşma yoluyla yapar. Duruşma gününden sanığa, katılana, müdafii ve vekile haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir.</i></p> <p><i>(2) Sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz.</i></p>
<p>1412 sayılı CMUK'nın 319. maddesi</p> <p>Duruşmada usul</p>	<p>5271 sayılı CMK'nın 300. maddesi</p> <p>Duruşmada usul</p>
<p><i>Temyiz Mahkemesinde duruşma raportör aza tarafından işin izahı ile başlar. Bu azanın duruşmadan önce raporunu tanzim ve imza ile dosyaya koymuş olması lazımdır.</i></p> <p><i>Raportör azanın izahatını müteakip Cumhuriyet Başmüddeiumumisi, maznun ve müdafii iddialarını beyan ve bunları izah için söz alırlar. Bunlar arasında temyizi talep etmiş olan taraf önce dinlenir. Son söz maznunundur.</i></p>	<p><i>(1) Duruşmadan önce görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor üyelere açıklanır. Üyeler, ayrıca bizzat dosyayı incelerler. Bu hususlar gerçekleştirildikten sonra duruşma açılır.</i></p> <p><i>(2) Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirildiği Yargıtay Cumhuriyet savcısı, sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar. Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanıktır.</i></p>

Yargıtay'da yapılan duruşmaya “murafaa” adı verilmektedir. Temyiz kanun yolunda duruşmalı inceleme adil yargılanma hakkının veya hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereği değildir.^[58] Ancak kanunda temyiz incelmesinde duruşma yapılmasına imkân tanındığına göre, bu usulün adil yargılanma (dürüst muhakeme) esaslarına uygun olarak yürütülmesi gerekir. Duruşma, tarafların kendilerini sözlü olarak ifade etmeleri ve hâkimleri aydınlatmaları bakımından da faydalıdır. Ayrıca duruşma, tarafların hâkimlerin layihaları okumadığı yönündeki endişeleri ortadan kaldırdığı için de bir teminattır.^[59]

a. Duruşma istenmesi mümkün olan cezanın alt sınırı

1412 sayılı CMUK'da “*ağır cezaya müteallik hükümler*”, ifadesi kullanıldığından, uygulamada dava ağır ceza mahkemesinde görülmüş olsa bile, sonuçta mahkûmiyet hükmünde verilen somut cezaya bakılarak, bu ceza ağır ceza mahkemesinin madde itibariyle yetkisi (10 yıl) altında kaldığında duruşma yapılmamaktaydı.^[60] 5271 sayılı CMK'nın cezayı esas alan açık ibaresi uyarınca, söz konusu cezanın ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi zorunlu değildir.^[61]

Dolayısıyla asliye ceza mahkemesinin, merci tarafından yapılan görevlendirme sonucunda, madde itibariyle yetkisini aşarak verdiği hükümler bakımından da duruşma talep etmek mümkün olacaktır. Buna karşın, gerek ağır ceza mahkemesi tarafından yapılan indirimler sonucu, gerekse 5235 sayılı Kanun'da ağır ceza mahkemesinin madde itibariyle yetkisine girdiği açıkça sayılan ancak cezasının üst sınırı zaten on yılın altında olan (örneğin TCK'nın 158. maddesinde yer alan nitelikli dolandırıcılık suçunun cezası 2 yıldan 7 yıla kadar hapidir) suçlar bakımından, duruşmalı inceleme yapılamayacaktır.

5271 sayılı CMK döneminde de öğretide hakim görüş, “*on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hüküm*” ibaresinin mahkûmiyet hükmündeki somut cezaya işaret ettiği yönündedir.^[62] 1412 sayılı CMUK döneminde de uygulama

[58] ÜNVER-HAKERİ: s. 817.

[59] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1386; SOYASLAN: s. 562.

[60] YURTCAN: s. 474; ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 866; TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 407. Öte yandan 1412 sayılı CMUK döneminde bu yaklaşımın yerinde olmadığı ve ağır ceza mahkemesi tarafından verilen tüm hükümler bakımından duruşmalı incelemenin kabul edilmesi gerektiği de savunulmaktaydı bkz. YURTCAN: s. 474; CENTEL-ZAFER: s. 842; ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 866.

[61] ÜNVER-HAKERİ: s. 818.

[62] TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 364 ve 407; SOYASLAN: s. 563; CENTEL-ZAFER: s. 822.

bu şekildeydi.^[63] Bu anlayış uyarınca mahkeme tarafından her bir suç için verilen sonuç cezalar esas alınacaktır.^[64] Birleştirilerek görülen davalarda, eğer sonuç cezanın on yılın altında kaldığı suçlar varsa, bu suçların temyiz incelemesi duruşmasız yapılacaktır.

Öğretide bazı yazarlar “*on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren hüküm*” ibaresiyle kastedilenin “mahkemenin verdiği sonuç ceza mı (somut ceza) yoksa kanunda yazılı olan ceza ceza mı (soyut ceza)” olduğu konusunda tereddüt olduğunu ifade etmekte ve burada soyut cezanın esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe gösterilen bir diğer gerekçe ise Kanun’da “mahkûmiyet hükmü” ibaresinin değil, “hüküm” ibaresinin seçilmesidir. Bu bağlamda hüküm ibaresinin beraat da dâhil olmak üzere tüm hükümleri kapsadığı ve beraat halinde hükmedilen bir somut ceza olmadığı dikkate alındığında, kanunun kast ettiği hususun soyut ceza olduğu ileri sürülmektedir.^[65]

Beraat hükmünde verilen bir somut ceza olmadığı açıktır. Ancak burada kanun koyucunun yalnızca mahkûmiyet hükümlerinin duruşmayla incelenmesini istemiş olabileceği olasılığı da gözden kaçırılmamalıdır. Kaldı ki Kanun’da kullanılan 10 yıl hapis cezasına ilişkin hüküm ibaresi de kanun hükmünün değil, mahkeme hükmünün işaret edildiği yaklaşımını kuvvetlendirmektedir. Zira bir kanun hükmü için dil bilgisi bakımından “*10 yıl hapis cezasına ilişkin*” ibaresinin kullanılması uygun değildir. Öte yandan, katılana açıkça duruşmalı inceleme isteme hakkı tanıyan kanunun, beraat hükümlerini dışlamasının yerinde olup olmadığı ise başka bir tartışmanın konusudur.

b. Duruşmanın hangi dilekçede talep edilmesi gerektiği

Belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı CMUK ve 5271 sayılı CMK’nın düzenlemeleri arasında bu bağlamda bir fark yoktur. Ancak uygulamada bu noktadaki bilgi eksiklikleri nedeniyle çok sayıda hak kaybı yaşanması nedeniyle, konunun bütünü içinde ele alınması zorunlu görülmüştür.

1412 sayılı CMK’da yer alan “*maznunun temyiz istidasındaki talebi üzerine veya dilerse re’sen*” ibaresiyle, 5271 sayılı CMK’da yer alan “*saniğin veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re’sen*” ibareleri aynı anlama

[63] Bkz. **TOROSLU-FEYZİOĞLU**: s. 407; **CENTEL-ZAFER**: s. 842.

[64] **SOYASLAN**: s. 563.

[65] **ÜNVER-HAKERİ**: s. 818.

gelmektedir. Dolayısıyla talebin temyiz başvurusu yapılırken, temyiz dilekçesinde yapılması halinde Yargıtay'ın talebi kabul etmesi zorunludur.^[66]

Gerekçeli temyiz dilekçesinde duruşma talep edilmesi halinde, bunun kabulünü engelleyen bir düzenleme yoktur. Yargıtay re'sen duruşma yapılmasına hükmedebileceğine göre, geç yapılan talebi de kabul etmek imkânına sahiptir. Olsa olsa bu talebin kabulünün zorunlu olmadığı ileri sürülebilir.^[67] Öte yandan öğretide bazı yazarlar bu halde dahi talebin kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmektedirler.^[68] Ancak uygulamada Yargıtay neredeyse re'sen duruşma yetkisini hiç kullanmadığı gibi, gerekçeli temyiz dilekçesinde yapılan duruşma taleplerini de dikkate almamaktadır.^[69] Buna karşın uygulamada, temyiz dilekçesinde duruşma talebi yer almamasına karşın, temyiz süresi dolmadan duruşma talebini içeren ikinci bir dilekçe verilmesi halinde, duruşma talebi kabul görmektedir.^[70] Yargıtay'ın duruşma konusundaki katı yaklaşımı içinde küçük bir istisna olan bu yorum teknik olarak hatalıdır. Zira bir kere temyiz talebinde bulunulduktan sonra, ortada temyiz süresi kalmaz. Başka bir deyişle talep yapılmakla, sürenin varlık sebebi ortadan kalkar. Dolayısıyla temyiz talebiyle ortadan kalkan temyiz süresi içinde, bir dilekçe daha verilmesi teknik olarak mümkün değildir. Ancak yine de, sonuç olarak duruşma talebinin kabul edilmesi yerinde olur.

Uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulu'ndaki duruşma inceleme yapılmamaktadır.^[71] Oysa Genel Kurul'da görüşülen dosyalar bakımından duruşma yapılmasını engelleyen bir hüküm Kanun'da yoktur ve duruşmaya ilişkin CMK hükümleri, Genel Kurul'da görülen davalarda da uygulanabilir.^[72]

[66] **TOROSLU-FEYZİOĞLU:** s. 364; **ÜNVER-HAKERİ:** s. 818; **KARAKEHYA:** s. 640.

[67] **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 1386; **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 937; **ÜNVER-HAKERİ:** s. 818.

[68] **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 932; **TANER, Tahir:** Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955, s. 387.

[69] Geçmişte de bu yetkinin nadiren kullanıldığı yönünde bkz. **EREM:** Ceza Yargılaması Hukuku, s. 554.

[70] **ÇINAR:** s. 134. Bu talebin kabul edilmesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. **ÖZTÜRK, Hüseyin:** "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası Kapsamında Yasa Yolları", Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı içinde, İstanbul 2009, s. 408.

[71] **ŞAHİN, Cumhuriyet - GÖKTÜRK, Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara 2013, s. 247; **YURTCAN:** s. 474.

[72] **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 1385; **YENİSEY-NUHOĞLU:** s. 938; **ÜNVER-HAKERİ:** s. 819; **EREM:** Ceza Yargılaması Hukuku, s. 553; **ŞAHBAZ, İbrahim:** "Ceza Yargılamasında Katılanın Temyiz Duruşmasında Yer Almaması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 91, s. 98; **SOYASLAN:** s. 563.

c. Katılanın da duruşma talep etmesi ve duruşmada söz alması

CMUK'nın 318. maddesinde yalnızca sanığın temyiz dilekçesindeki talebinde duruşma isteminde bulunabileceğinden söz edilmesine karşın, CMK'da bu imkân hem sanığa hem de katılana tanınmıştır (CMK m. 299/1). Böylelikle, katılanın da muhakemeye yön verme hakkı bu düzenlemeyle hayata geçirilmeye çalışılmıştır.^[73]

1412 sayılı CMUK döneminde, katılan temyiz incelemesinde duruşma talep edemese bile sanık tarafından talep edilen duruşmaya katılanın da kabul edilmesi gerektiği öğretide haklı olarak ileri sürülmüş olsa da Yargıtay, katılanı ve/veya vekilini duruşmaya kabul etmemekteydi.^[74]

Katılanın temyiz yargılamasında yapılan duruşmaya katılması adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olan “silahların eşitliği” ilkesinin bir gereğidir.^[75] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda adil yargılanma hakkı herkese tanınmıştır. Dolayısıyla bu haktan katılan da faydalanacaktır. Zira Anayasa'nın kullandığı “herkes” ifadesi herhangi bir ayırım gözetmemektedir.

Burada konu dışına fazla taşmadan kısaca belirtmek gerekir ki Anayasa'daki adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemenin kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden (AİHS) daha geniştir. Zira Sözleşme, yalnızca suç isnadı altında olan kişinin adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Bu nedenle Türk hukuku bakımından adil yargılanma hakkının kapsamı belirlenirken, Anayasa'daki hükmün esas alınması gerekir. Bu, AİHS'nin 53. maddesinde yer alan ve Sözleşme'ye taraf olan devletlerin iç hukuklarından veya tarafı oldukları diğer uluslararası mevzuattan kaynaklanan ve Sözleşme'ye göre daha geniş bir koruma seviyesi sağlayan normların uygulanmasını emreden çatışma normunun da bir gereğidir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yollarında verdiği kararlarda, AİHS bağlamında AİHM'nin geliştirdiği içtihadı esas alarak, adil yargılanma hakkını sadece suç isnadı altında olan kişi bakımından kabul etmesi yerinde değildir.^[76]

[73] ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE: s. 865.

[74] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1387; EREM: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 553; ŞAHBAZ: s. 95 ve 96; TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 408.

[75] Aynı yönde bkz. ŞAHBAZ: s. 92; ÇINAR: s. 135.

[76] KONTACI, Ersoy: “Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S. 4, s. 112-115.

d. Duruşmaya katılacak avukatın vekâletname sahibi olup olmaması meselesi

Yukarıdaki tabloda da görüleceği üzere 1412 sayılı CMUK uyarınca müdafinin Yargıtay'da duruşmaya katılabilmesi için vekâletnamesi olması zorunluydu. Buna karşın, 5271 sayılı CMK'da böyle bir ek şarta yer verilmemiş, yalnızca müdafii ile temsilin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Öğretide buna bağlı olarak mahkemenin kabul etmesiyle, duruşmada hazır bulunan bir avukatın sanık müdafii olabileceği ifade edilmiştir.^[77] Kanımızca burada sanığın duruşmada hazır bulunup bulunmaması bağlamında bir ayırım yapmak gerekir. Eğer sanık duruşma salonunda hazırsa ve salonda bulunan bir avukatın kendi müdafii olduğunu teyit ediyorsa müdafinin vekâletnamesi olmasa dahi duruşmaya kabul edilmesi gerekir. Buna karşın sanık duruşmada hazır değilse^[78] müdafinin vekâletnamesinin bulunması gerekir. Aksi takdirde mahkeme müdafii ile sanık arasındaki hukuki ilişkiyi kuramayacağı için, müdafiyi duruşmaya kabul edemez.

e. Üyelerin de dosyayı inceleyeceğinin açıkça hüküm altına alınması

Mülga Kanun döneminde uygulamada maalesef dosya, çoğunlukla üyeler tarafından bizzat incelenmemekte, raportörün raporuyla yetinilmekte, bu da pek çok hususun gözden kaçmasına neden olmaktadır.^[79] CMK 300/1. maddesinde bu sorunu aşmak amacıyla 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak üyelerin dosyayı bizzat inceleyeceğini açıkça hüküm altına almıştır. Böylece kararların kalitesinin artırılması amaçlanmaktadır.^[80] Söz konusu düzenlemenin, bu kronik sorunun çözümünde ne kadar etkili olacağını zaman gösterecektir.

f. Başsavcının görevlendireceği bir savcının duruşmaya katılması

Mülga Kanun'da duruşmaya katılacaklar sayılırken yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı zikredilmiş, Başsavcı'nın yerine bir savcı görevlendirebileceği belirtilmemiştir. Yeni kanun ise bu konuda açıkça bir belirleme yapmıştır. Ancak elbette mülga kanun dönemindeki düzenleme, Başsavcı'nın yerine bir savcıyı

[77] ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE: s. 867.

[78] Tutuklu sanık zaten CMK'nın 299/2. maddesi uyarınca duruşmada bulunmak hakkına sahip değildir. Fakat yukarıda bahsettiğimiz hükmün uygulanması bakımından sanığın duruşmaya herhangi bir nedenle gelmemiş olması yeterlidir.

[79] ÜNVER-HAKERİ: s. 817.

[80] ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE: s. 867.

görevlendirerek duruşmaya göndermesine engel değildi. Dolayısıyla iki Kanun arasında sonuç olarak bir fark yoktur.

H. BOZMANIN DİĞER SANIKLARA ETKİSİ

<p>1412 sayılı CMUK'nın 325. maddesi</p> <p>Hükmün bozulmasının diğer maznunlara sirayeti</p>	<p>5271 sayılı CMK'nın 306. maddesi</p> <p>Hükmün bozulmasının diğer sanıklara etkisi</p>
<p><i>Hüküm, <u>cezanın tatbikatında kanuna muhalefet edilmesinden</u> dolayı maznun lehine olarak bozulmuşsa ve bozulan cihetlerin temyiz talebinde bulunmamış olan diğer maznunlara da tatbiki kabil olursa bu maznunlar dahi temyiz talebinde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından istifade ederler.</i></p>	<p><i>Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar.</i></p>

Bir davada verilen bozma kararının temyiz etmeyen sanıklara sirayet edebilmesi, hem “*davasız yargılama olmaz*” kuralının^[81] hem de “*kesin hükmün otoritesinin*”^[82] istisnalarından birisidir.

Bilindiği üzere birden fazla sanığın varlığı nedeniyle muhakemelerin birleştirilmesi halinde, dışarıdan tek olarak görünen hükmün içinde sanık sayısı kadar hüküm (dolayısıyla o sayıda dava) vardır.^[83] Bu sanıklardan bir kısmı bozma kararını temyiz ederken, bazılarının etmemesi halindeyse ortaya çıkacak sonuca göre bozmanın sirayeti söz konusu olabilir.

Yukarıdaki tabloda 1412 sayılı CMUK ve 5271 sayılı CMK'da bozmanın, temyiz talebinde bulunmayan diğer sanıklara etkisini düzenleyen hükümler görülmektedir. İlk bakışta oldukça benzer görünen iki hüküm arasında büyük bir fark vardır ve bu fark yukarıdaki tabloda yer alan metinde altı çizili olarak gösterilen ifadelerden kaynaklanmaktadır.

[81] **ÜNVER-HAKERİ:** s. 824; **SOYASLAN:** s. 574.

[82] **TOROSLU-FEYZİOĞLU:** s. 376; **EREM:** Ceza Yargılaması Hukuku, s. 570.

[83] **ÖZGEN, Eralp:** Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 212.

Görüldüğü üzere 1412 sayılı CMUK döneminde “*yalnızca cezanın tatbikine ilişkin hatalarda*” sirayet kabul ediliyordu. Öncelikle ifade etmek gerekir ki aslında bu ifadenin doğrusu “*cezanın tatbikatında*” değil, “*ceza kanununun tatbikatında*” şeklinde olmalıdır.^[84] Bu dönemde öğretide bu eksiklik göz ardı edilerek, söz konusu ifade yalnızca maddi hukuka ilişkin hususlar bakımından sirayet söz konusu olabileceği şeklinde anlaşılmıştır.^[85] Dolayısıyla muhakeme hukuka ilişkin bir bozma halinde, diğer sanıkların bundan yararlanması mümkün olmuyordu.^[86] 5271 sayılı CMK ise söz konusu daraltıcı ifadeye yer vermemiş ve yalnızca “*sanık lehine bozma*”dan söz etmiştir. Dolayısıyla muhakeme hukukuna ilişkin nedenlerle bozulan hükümden diğer sanıkların faydalanma imkânı varsa, bu bozma onlara da sirayet edecektir.

Yargıtay’ın verdiği kararda sirayet konusuna da değinmesi ve hükmü diğer sanıklar bakımından da bozması gerekir. Ancak bunun açıkça ifade edilmemesi herhangi bir hak kaybına yol açmayacak ve diğer sanıkların bozmadan faydalanmasını engellemeyecektir.^[87] Hatta bu kişilerin sirayeti talep etmeleri gerektiği gibi, bozmanın etkilerini kabul etmemelerinin de hukuken bir değeri yoktur. Zira sirayet kurumu aynı fiilden dolayı yargılanan sanıklar hakkında verilen hükümler arasında çelişki olmaması, kısacası adaletin sağlanması esasına dayanır ve kanundaki bu hüküm talep aranmaksızın uygulanır.^[88]

Öğretide bozmadan faydalanan diğer sanıkların, haklarında verilecek yeni hükmü temyiz etme hakkının olmadığı görüşü savunulmaktadır.^[89] Oysa ortada yeni bir hüküm olduğuna ve diğer sanıkların da bozmadan yararlanmasına imkân tanındığına göre, bozma sonrasında yapılan yargılamada verilen hükmün, tüm sanıklar bakımından temyiz edilebilmesi gerekir.^[90]

[84] KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1401; EREM: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 570.

[85] TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 420; KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1401; ÖZGEN: s. 212.

[86] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 947; ÖZGEN: s. 212.

[87] ÜNVER-HAKERİ: s. 825; KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU: s. 1401; TANER: s. 391.

[88] EREM: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 567-569.

[89] YENİSEY-NUHOĞLU: s. 947.

[90] TOROSLU-FEYZİOĞLU: s. 377, EREM, Faruk: “Bozmanın Sirayeti”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1963, s. 8; EREM: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 570. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve öğretide Yargıtay içtihatlarının yanlış aktarılması sonucu bu yönde bir değerlendirmede bulunulduğu yönündeki eleştiri için bkz. ÜNVER-HAKERİ: s. 825 ve 826.

Konuya ilişkin bir diğer sorun, temyiz kanun yolunda düzenlenen bozmanın sirayeti konusunda, istinaf kanun yolunda bir hüküm bulunmamasıydı ve öğretilerde sorunun kanuni bir düzenlemeyle çözülmesi gerektiği ifade edilmekteydi.^[91] 5271 sayılı CMK döneminde önemli sayıda hükmün istinaf kanun yolunda kesinleşeceği ve temyiz kanun yoluna hiç ulaşmayacağı düşünüldüğünde, istinaf kanun yolunda bu konunun ayrıca düzenlenmemesi ciddi bir eksiklikti.

Bu sorun 20.07.2017 tarihli 7035 sayılı Kanun'la çözülmüş ve CMK'nın 280/3. madde olarak şu hüküm kanuna eklenmiştir:

“Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanırlar.”

[91] Konuya ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. **ÖNTAN, Yaprak**: “İstinaf Kanun Yolunda Bozmanın Sirayeti Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2017, S. 128, s. 154-157; **GÜNGÖR**: s. 131.

KAYNAKÇA

CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2016.

ÇINAR, Ali Rıza: Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.

EREM, Faruk: “Bozmanın Sirayeti”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, 1963, s. 5-8.

EREM, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara (tarih belirtilmemiş).

FEYZİOĞLU, Metin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, Y. 2006, ss. 27-61.

FEYZİOĞLU, Metin –TANER, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015.

GÜNGÖR, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016.

KARAKEHYA, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016.

KESKİN, Serap: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

KONTACI, Ersoy: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2014, S. 4, s. 112-115.

KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.

ÖNTAN, Yaprak: “İstinaf Kanun Yolunda Bozmanın Sirayeti Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2017, S. 128, s. 149-158.

ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Ankara 2016.

ÖZGEN, Eralp: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988.

ÖZTÜRK, Hüseyin: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Yasası Kapsamında yasa Yolları”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı içinde, İstanbul 2009, s. 381-415.

ÖZTÜRK Bahri - TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SIRMA GEZER Özge - SAYGILAR KIRIT Yasemin F. - ÖZAYDIN, Özdem - ALAN AKCAN Esra - ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2016.

SAĞLAM, Musa - GÖKSU, Hasan Tuna: Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi, Ankara 2014.

SARIGÜL, Tanju: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, 3. Bası, Ankara 2017.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Ankara 2016.

ŞAHBAZ, İbrahim: “Ceza Yargılamasında Katılanın Temyiz Duruşmasında Yer Almaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 91, s. 91-110.

ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Bası, Ankara 2013.

TANER, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İstanbul 1955.

TOROSLU, Nevzat - FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1973.

ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016.

YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979.

YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1994.



MARKALARIN İDARİ İPTAL PROSEDÜRÜ*

Av. Arb. Dr. Zeynep BAHADIR**

Makalenin Geldiği Tarih: 21.07.2017 **Kabul Tarihi:** 11.08.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Ankara Barosu.

ÖZ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile markaların iptali için idari iptal prosedürü öngörölmüştür. Marka Hukuku bakımından daha önce var olmayan bu idari prosedür, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26'ncı maddesinde "iptal halleri ve iptal talebi" başlığı altında düzenlenmiştir. Çalışmamız kapsamında markanın iptali talebinin sunulacağı makam, talepte bulunabilecek kişiler, talebin süresi, iptal talebinin sonuçları ve etkisi üzerinde durulacaktır. Markaların iptali ile ilgili olarak Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden birkaç gün önce Anayasa Mahkemesinin mülga 556 sayılı KHK'nın 14'üncü maddesini iptal etmesi nedeniyle Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 26'ncı maddesinin uygulanmaya başlayacağı zamana ilişkin çeşitli sorunlar öğretilde tartışılmaktadır. Tartışmalı olan bu husus başkaca çalışmalara konu olmuştur. Bunlar da dikkate alındığında prosedürün işleyişi üzerinde durulması yönünde bir tercih yapılmıştır. Çalışmada idari iptal prosedürünün işletilmesi üzerinde durulacağından iptal hallerinin detaylarına da girilmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Markaların iptali, iptal talebinde yetkili makam, iptal talebinde taraflar, iptal talebinin sonuçları ve etkisi, idari iptal.

TRADEMARKS ADMINISTRATIVE CANCELLATION PROCEDURE

ABSTRACT

The Industrial Property Law No. 6769 sets forth the administrative cancellation procedure for the cancellation of trademarks. This administrative procedure, which had not existed before in terms of Trademark Law, was regulated under the heading “cancellation and cancellation request” in Article 26 of the Industrial Property Law. Within the scope of our work, it will be focused on the position which the request of the cancellation of trademark would be submitted, the people who has a right of request of cancellation, the results and effects of the cancellation. Many issues related to when the Article 26 of the Industrial Property Law will start to be implemented are discussed in the doctrine just few days Constitutional Court’s annulment of the Article 14 of the Decree Law No. 556. This controversial point has been the subject of further work. It is preferred to focus on the operation of the procedure by taking consideration the other works. The details of the cancellation process will not be discussed in the article because the operation of the administrative cancellation procedure will be focused on.

Keywords: Cancellation of trademarks, competent authority for cancellation, parties in cancellation request, results and effect of cancellation, administrative cancellation.

GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu^[1], 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bilindiği üzere sınai mülkiyet alanında uzun yıllardır çözüm bekleyen sorunlar bulunmaktaydı. Sınai Mülkiyet Kanunu, bu sorunlara çözüm getiren bir yasal düzenleme olarak mevzuattaki yerini almıştır. Kanun'da getirilen yeni düzenlemelerden biri de idari iptal prosedürüdür. Çalışmada bu süreç, markanın iptali talebi, talebin sunulacağı yetkili makam, taraflar, talebe karşı yapılabilecek savunmalar, iptal talebinin sonuçları ve iptal kararının etkisi incelenmeye gayret edilmiştir.

I. MARKANIN İPTALİ TALEBİ VE İLERİ SÜRÜLECEK SAVUNMA

1. İptal Talebinde Yetkili Makam, Taraflar, Süre

a. İptal Talebinde Yetkili Makam

Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'nın 26(1)'inci maddesine göre iptal hallerinin mevcut olduğu durumlarda yahut bu hallerin mevcut olduğu düşünüldüğünde iptal hallerini barındıran markanın iptaline ilişkin talebin sunulacağı makam, Kurum olarak belirtilmiştir. Bu kurum, Türk Patent ve Marka Kurumu olup kısa adı TÜRKPATENT'tir^[2] (5000 sayılı Kanun m. 2).

SMK'nın 192'nci maddesi Kanun'daki maddelerin yürürlük tarihine ilişkindir. SMK'nın 192(1)/a maddesinde "26'ncı maddenin yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe gireceği" düzenlenmiştir.

SMK'nın Geçici 4'üncü maddesinde ise "iptal yetkisinin mahkemeler tarafından kullanılması" düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Geçici 4'üncü maddenin 1'inci fıkrası ile "26'ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisinin, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılacağını" öngörmüştür.

Buna göre, yürürlüğü yedi yıl sonraya bırakılan husus, markaların iptaline ilişkin talebin sunulması değildir. Sadece markaların iptaline ilişkin taleplerin TÜRKPATENT'e sunulması hususu yedi yıl sonrasına bırakılmıştır. Bu süreç içinde de markaların iptaline ilişkin prosedür işleyecek, marka hakkını sona erdiren durumlardan birisi olan "iptal" müessesesine dayanılabilecektir.

[1] RG. 10.01.2017 – S: 29944.

[2] 6769 sayılı SMK'nın 188/a maddesi ile 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un (RG. 19.11.2003 – S: 25294) başlığı "Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun", 5000 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde düzenlenen kurumun kısa adı "TÜRKPATENT" olarak değiştirilmiştir.

TÜRKPATENT'e iptal taleplerinin sunulması/TÜRKPATENT'in iptal taleplerini değerlendirmesi sürecinin başlayacağı zamana kadar iptal yetkisi mahkemeler tarafından kullanılacaktır (SMK Geçici m. 4(1)). Başka bir ifade ile TÜRKPATENT'in iptal taleplerini değerlendireceği zamana kadar bu talepler mahkemeye sunulabilecektir.

Bu durumda SMK ve SMK'nın bütünü içinde yayımlanan 26'ncı madde 10.01.2017 tarihinde 29944 sayılı RG'de yayımlanmış olduğuna göre belirlenen ileri tarihin; 10.01.2024 tarihi olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir ifade ile 10.01.2024 tarihine kadar iptal yetkisi mahkemeler tarafından kullanılacak, bu tarihten sonra ise TÜRKPATENT tarafından kullanılacaktır. Dolayısıyla markanın iptaline ilişkin talebin sunulacağı yetkili makam 10.01.2024 tarihine kadar mahkemeler, bu tarihten sonra ise TÜRKPATENT'tir.

İptal talebinin TÜRKPATENT'e sunulacağı yedi yıllık erteleme zaman diliminde bu talepler mahkemelere sunulacağı için bu süre içinde bu taleplerin "iptal davası"/"marka iptali davası"^[3] olarak adlandırılması mümkündür.

Burada şu hususun da üzerinde önemle durmak gerekmektedir: SMK'nın Geçici 4'üncü maddesi gereğince 11.01.2024 tarihi itibarıyla görülmekte olan iptal davaları yine mahkemeler tarafından sonuçlandırılacaktır. Başka bir deyişle 11.01.2024 tarihinde derdest olan iptal davaları mahkemeler tarafından TÜRKPATENT'e devredilmeyecektir. Zaten Türk Patent ve Marka Kurumu, bir yargı organı olmadığından bu mümkün de değildir. Dolayısıyla mahkemelerin idari iptal yetkisinin TÜRKPATENT tarafından kullanılmaya başlandığı gibi bir gerekçeyle yetkilerinin sona erdiği sebebine dayanarak derdest iptal davalarını reddetmeleri söz konusu olmayacaktır. Mahkemeler, yargılaması devam eden marka iptali davalarını yargılama aşamasını tamamlayarak sonuçlandıracaklardır.

10.01.2024 tarihine kadar markanın iptali talebine dayanan davaların görüleceği mahkemelerin görev ve yetkileri SMK'da düzenlenmiştir.

[3] Bir marka başvurusu ile ilgili olarak yapılan itirazlar sonucunda verilen YİDK kararı TÜRKPATENT'in nihai kararı olduğu için bu nihai kararlara karşı da dava açılabilmektedir. Söz konusu dava, uygulama "Kurum kararlarının iptali davası" olarak adlandırıldığı gibi "YİDK kararı iptali davası" olarak da adlandırılmaktadır. Bu nedenle en azından yedi yıllık erteleme süresince bir dava niteliğinde olan iptal taleplerini "iptal davası" olarak adlandırmanın mümkün olduğu gibi dava çeşitleri açısından bir karışıklık oluşmaması adına "marka iptali davası" olarak adlandırmak da mümkündür. Zira yedi yıl sonra iptal taleplerinin TÜRKPATENT'e sunulmaya başlanması ile birlikte yine talep hakkında Kurum tarafından nihai bir karar tesis edilecek ve bu kararın denetimi mahkemeler tarafından yapılacaktır. Söz konusu denetime ilişkin talep, yine Kurum kararının iptali talebini içerecektir.

Buna göre SMK kapsamında açılacak hukuk davalarına bakmakla görevli mahkemelerin Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemeleri olması nedeniyle “markanın iptali davası”na da bakmakla görevli mahkemeler, Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemeleri’dir (SMK 156(1)). Bu davalar, Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere bakmakla görevlendirilmiş asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. İhtisas mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu davalara bakacak olan asliye hukuk mahkemeleri şu şekilde görevlendirilmiştir: Bir asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde bu asliye hukuk mahkemesi, iki asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı asliye hukuk mahkemesi, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir^[4].

10.01.2024 tarihine kadar mahkemelerde değerlendirilip karara bağlanacak marka iptal taleplerine ilişkin davaları görmeye yetkili mahkemeler ise iptali istenen markanın sahibinin yerleşim yeri^[5] mahkemesidir. 10.01.2024 tarihine kadar mahkemelerde bir dava olarak götürülecek marka iptal talebinde davalı, iptali istenen markanın sahibidir. İşte bu marka sahibinin yerleşim yeri mahkemesi söz konusu davaya bakmakta yetkili olan mahkemedir. Davalı marka sahibinin Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması durumunda bu davaya bakmakla yetkili mahkeme, davalının sicilde kayıtlı marka vekilinin işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Marka vekilinin işyeri adresi, davanın açıldığı tarihteki işyeri kayıtlarına göre belirlenecektir. Bu kayıtlara TÜRKPATENT’in resmi web sitesi üzerinden marka vekilleri sicilinden ulaşılması mümkündür^[6]. Eğer marka vekilinin davanın açıldığı tarihte sicil kaydı silinmişse Ankara Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi yetkili mahkeme olacaktır (SMK m. 1564(4)).

İptali talep edilen markanın sahibinin birden fazla kişi olması gibi bir durum da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda “markanın iptali davası”nın açılacağı

[4] 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı HSYK kararı.

[5] Türk Medenî Kanunu (TMK)’nun “Kişiler Hukuku”na ilişkin düzenlemelerin yer aldığı birinci kitabının 19’uncu maddesine göre bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer yerleşim yeridir. Yine TMK’nun 19(2)’inci maddesi ile yerleşim yerinin teklifi benimsenmiştir (bir kişinin aynı anda birden çok yerleşim yeri olamaz). Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise kuruluş belgesinde gösterilen merkezdir.

[6] Tescil işleminin gerçekleşmesinden sonra marka vekili adres değiştirmiş olabilir. Bu değişikliğin marka siciline işlenmesi için bir talep yapılmamışsa (markanın tescili gerçekleştiği için yapılacak bir işlem kalmadığından marka sicil kaydı kapsamında adres değişikliği bildirim yoluna gidilmemiş olabilir) marka vekilinin en güncel adres kaydına vekil sicilinden ulaşılması mümkün olacaktır.

yer bakımından bazı ihtimaller söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalleri şöyle sıralayabiliriz;

- Marka sahiplerinin yerleşim yeri aynı yer ise yetkili mahkeme, bu yer mahkemesidir.
- Marka hakkı sahiplerinin yerleşim yerinin birbirinden farklı olması ihtimalinde birden fazla yetkili mahkeme söz konusu olacaktır.
 - Böyle bir durumda ise davanın davalılardan en az birinin yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemede görülmesi gibi bir olasılık söz konusu olacaktır^[7]. Bu duruma çözüm olarak şunların düşünülmesi söz konusu olabilecektir; birden çok olan marka hakkı sahiplerinin marka hükümsüzlüğü davasının açıldığı zamanda sicilde kayıtlı bir marka vekilleri var ise bu vekilin davanın açıldığı tarihte işyerinin bulunduğu yerdeki mahkeme yetkili mahkeme olarak değerlendirilebilecektir.
 - Davanın açıldığı tarihte marka hakkı sahiplerinin sicilde kayıtlı bir marka vekillerinin olmaması halinde ise ortak temsilci^[8] olarak

[7] Yetkiye ilişkin genel kurallar çerçevesinde birden fazla davalının bulunduğu hallerde, davanın sırf davalılardan birini yerleşim yerinden başka bir mahkemeye götürmek amaçlı açıldığı gibi bir iddia ileri sürülürse ve bu iddia kanıtlanabilirse böyle bir durumda başka yer mahkemesine götürülen davalının yetki ilk itirazı üzerine onun hakkındaki dava ayrılarak yetkisizlik kararı verilecektir (ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016, s. 227; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder: Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 137-138). Belirtilen şekilde bir durum ile karşılaşılması ise aynı hak ile ilgili olarak farklı yer mahkemelerinde yargılama yürütülmesi anlamına gelip birbirinden farklı sonuçların ortaya çıkma ihtimali olduğu gibi farklı sonuçlar çıkmasının önüne geçilebilmesi için yargılamaların birbirini beklemesi gibi usul ekonomisine aykırı bir ihtimalin de söz konusu olması mümkün olabilecektir.

[8] SMK'nın 147(1)'inci maddesinde TÜRKPATENT nezdindeki işlemlerin daha kolay yürütülebilmesi için birden çok hak sahibinin bulunması durumunda ortak temsilcinin atanabileceği düzenlenmiştir. Hak sahiplerinin böyle bir düzenleme yapmaması hali için ise yine TÜRKPATENT nezdindeki bazı işlemlerin kolay yürütülebilmesi için hak sahiplerinden adı ilk sırada geçen kişinin ortak temsilci olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Ancak, şu an için TÜRKPATENT'in aleni olan sicil kaydında marka bilgileri ile ilgili olarak sadece "sahip bilgisi" şeklinde bir kayıt görülebilmektedir. Ortak temsilci hakkında aleni olarak görülebilen bir bilgi kaydı mevcut değildir. SMK sonrasında TÜRKPATENT'in yapacağı sicil düzenlemelerinde ortak temsilciye ilişkin bir kayıdın görünür hale gelmesi söz konusu olmazsa sicil kaydındaki bilgilerden hareketle marka hükümsüzlüğü davası açan davacının böyle bir durumda hak sahiplerine ilişkin bilgi kaydında ilk sırada görünen hak sahibinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açmasının mümkün olabileceğini düşünüyoruz.

atanmış bir hak sahibi varsa bu hak sahibinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

- Ortak temsilci atanması yoluna gidilmemişse de tescil belgesinde hak sahibi olarak görünenler arasında adı ilk sırada geçen hak sahibinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili mahkeme olabilecektir.
- Yukarıdaki ihtimallerin yanı sıra birden çok marka hakkı sahipleri arasında hem Türkiye’de yerleşim yeri olan(lar) hem olmayan(lar) varsa Türkiye’de yerleşim yeri olanlar arasından adı ilk sırada geçen marka hakkı sahibinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olması söz konusu olabilecektir.

Belirttiğimiz bu yedi yıllık erteleme tarihinin dolmasından sonra marka iptali taleplerinin TÜRKPATENT’e sunulacak olması nedeniyle idari iptal süreci başlamış olacaktır.

Esasında markanın iptal halleri ve idari iptal yetkisi (markanın iptali talebinin Kurum’a sunulması) 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi^[9] ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü^[10]’ne uyum kapsamında düzenlenmiştir.

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi’nin 45’inci maddesi gereğince “iptal ve hükümsüzlük prosedürü” kapsamında tescil ofisleri bünyesinde idari iptal ve hükümsüzlük mekanizmalarının işletilmesi konusunda bir mecburiyet benimsenmiştir. Söz konusu mecburiyet, Direktif’te ülkemizdeki karşılığı SMK’nın

[9] 2015/2436 sayılı Direktif, 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş olup Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (ABRG)’nin L 336/1 sayısında 23.12.2015 tarihinde yayımlanmıştır. Direktif’in tam metnine <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436> adresinden ulaşılması mümkündür (son erişim tarihi: 06.07.2017).

[10] 2015/2424 sayılı Tüzük, 16.12.2015 tarihinde Strazburg’da yapılan toplantıda kabul edilmiş olup ABRG’nin L 341/21 sayısında 24.12.2015 tarihinde yayımlanmıştır. Tüzük’ün tam metnine <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424> adresinden ulaşılması mümkündür (son erişim tarihi: 06.07.2017). 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ile 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü’nde önemli değişiklikler yapılmış ve 23.03.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nihayetinde 14.06.2017 tarihinde Strazburg’da yapılan toplantıda gerçekleştirilen kodifikasyon ile 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü (Brüksel’de 26.02.2009 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilen Tüzük, ABRG’nin L 78/38 sayısında 24.03.2009 tarihinde yayımlanmıştır) yürürlükten kaldırılmıştır. Kodifikasyonu yapan 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü, 14.06.2017 tarihinde Strazburg’da yapılan toplantıda kabul edilmiş olup ABRG’nin L 154/1 sayısında 16.06.2017 tarihinde yayımlanmıştır. 2017/1001 sayılı Tüzük, 01.10.2017 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır. 2017/1001 sayılı Tüzük’ün tam metnine <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1497603909400&uri=CELEX:32017R1001> adresinden ulaşılması mümkündür (son erişim tarihi: 10.07.2017).

26(1)/a, b), c) maddelerinde düzenlenmiş olan iptal halleri (markanın ciddi biçimde kullanılmaması, markanın jenerik bir ad haline gelmesi, markanın yanıltıcı hale gelmesi) bakımından idari iptal yetkisinin tescil ofisi tarafından kullanılması zorunluluğunu içermektedir. Ülkemizde bu hususlara ek olarak SMK'nın 26(1)/ç) maddesinde düzenlenmiş olan ortak ve garanti markalarının teknik şartnamelerine aykırı kullanımlarının söz konusu olması hali de idari iptal yetkisi kapsamına alınmıştır.

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nin 54'üncü maddesi, tescil ofisleri bünyesinde idari iptal ve hükümsüzlük mekanizmalarının oluşturulması için 14.01.2023 tarihine kadar zaman tanımıştır. SMK'nın yürürlüğe girmesi, SMK'nın 192(1)/a) maddesi ile idari iptal prosedürünün işletilmesini yedi yıl ötelemiş olmamız nedeniyle Direktif'in getirdiği zorunluluk ile ilgili son tarih olan 14.01.2023 tarihinin sonrasına denk gelecek şekilde idari iptal yetkisi ülkemizde 10.01.2024 tarihinden sonra işlemeye başlamış olacaktır. Bu aksaklığın SMK'nın yürürlüğe girme tarihine ilişkin hesaplamaların kayması nedeniyle ortaya çıktığı açıktır. Ancak, AB üyesi ülkeler arasında yer almamamız nedeniyle yaklaşık bir yıllık bir gecikmenin Direktif'e ilişkin taahhütlerimizin ihlali olarak yorumlanması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır diye düşünmekteyiz.

10.01.2024 tarihinden sonra işletilecek idari iptal yetkisinde taleplerin Kurum'un hangi birimine verileceği ve ne şekilde işletileceği şu an için açık değildir. Nitekim prosedürün işletilmeye hazırlanabilmesi için yedi yıllık bir süre benimsenmiştir. Ancak, kanaatimizce marka iptali talebi öncelikle Markalar Dairesi Başkanlığı'na sunulacak, Daire kararına karşı taraflardan biri^[11] itiraz edebilecek, Markalar Dairesi Başkanlığı kararına itiraz edilmesi üzerine talep hakkında Kurum'un nihai karar mercii olan Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi (YİDD) bünyesinde oluşturulacak Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından yapılan itirazlar ve sunulan deliller kapsamında değerlendirmeler yapılarak idari iptal yetkisine ilişkin olarak nihai olan Kurum kararı ortaya çıkacaktır. Bu noktadan sonra tarafların YİDK kararının iptali talebiyle Ankara Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak bir dava açması mümkündür. Buradaki dava, artık marka iptali davası değil, marka iptali talebi hakkında verilen Kurum kararının iptali davası olup "YİDK kararı iptali davası" veya "Kurum kararının iptali davası" olarak isimlendirilmesi mümkün olacaktır. İdari iptal prosedürün işletilmesine ilişkin bir diğer ihtimal de; marka iptali hususunda inceleme ve kararın doğrudan YİDD bünyesinde oluşturulacak

[11] Markanın iptali talebinde bulunan kişinin talebinin Markalar Dairesi Başkanlığı'na kabul görmesi üzerine markasının iptaline karar verilen marka sahibi itirazda bulunabilir. Yahut markanın iptali talebi reddedilen talep sahibi, Markalar Dairesi Başkanlığı kararına itiraz edebilir.

YİDK'ya ait olması yönünde bir sistem kurulmasıdır. Bu durumda Kurum'un tek aşamada nihai kararı ortaya çıkmış olacaktır ve ilgili tarafların bu karara karşı itiraz yoluna^[12] gitme gibi bir imkânı olmayıp dava açma hakları olacaktır. Zira bu ihtimalde ortaya zaten Kurum'un nihai kararı çıkmış olacaktır.

b. İptal Talebinin Tarafları

SMK'nın 26(2)'nci maddesinde markanın iptalini isteyebilecek kişilerin "ilgili kişiler" olduğu belirtilmiştir. "İlgili kişiler" oldukça geniş bir kavram olup kapsamı hakkında kanun koyucu tarafından herhangi bir belirleme veya örnekleme yapılmamıştır.

Markanın iptalini talep edebilecek "ilgili kişiler" kapsamına markanın iptalinde hukuki menfaati bulunan kişilerin dâhil olacağını düşünmekteyiz. Bu anlamda kanaatimizce iptali istenen markaya konu işareti kullanabilme imkânı kısıtlanan ya da kısıtlanma tehlikesi olan herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi iptal talebinde bulunabilecektir.

Markanın iptali halleri kapsamında halkı yanıltıcı markalar veya garanti ve ortak markalarının teknik şartnamelerine aykırı kullanımları gibi haller de yer almaktadır. Bu manada markanın iptalinin kamu yararına ilişkin bir boyutu da söz konusudur. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcılarının da markanın iptalini talep edebilecek kişiler arasında değerlendirilmesi yerinde olabilecektir. Nitekim SMK'nın 37(7)'inci maddesinde garanti ve ortak markalarının teknik şartnamelerine aykırı kullanımlar nedeniyle Cumhuriyet savcılarının markanın iptalini talep etme imkânı tanınmıştır. Buradan hareketle halkın yanıltılması sonucunu doğuracak marka kullanımları bakımından da toplum yararı gözetilebileceğinden Cumhuriyet savcılarının bu bakımdan da markanın iptalini talep etme imkânlarının olacağını düşünmekteyiz.

Aynı şekilde markanın iptalinde menfaati bulunan ilgili kurum ve kuruluşların da markanın iptalini talep edebilecek kişiler arasında yer aldığı düşünmekteyiz. Kapsamlarındaki mal veya hizmetler için jenerik bir ad haline gelmiş olan markalar nedeniyle pazardaki rekabeti dengelemek isteyen kurum ve kuruluşlar, jenerik ad haline gelmiş markalar nedeniyle tüketicilerin yanılgıya düşmesini engellemeye çalışan kurum ve kuruluşlar (örneğin tüketici hakları dernekleri

[12] İtiraz, Kurum'un aldığı kararlara karşı Kurum nezdinde ileri sürülen gerekçeli açıklamalar ile yapılır (SMK m. 20). İtirazlar hakkındaki karar Kurul (YİDK) tarafından verilir (SMK m. 21). Şu durumda itiraz yolu, Kurum'un nihai olmayan kararları için söz konusudur. TÜRK PATENT'in nihai karar mercii YİDD bünyesindeki YİDK olduğu için doğrudan YİDK tarafından verilen kararlara karşı itiraz edilmesi değil dava açılması mümkün olacaktır.

gibi) da markanın iptalini talep edebilecek kişiler arasında yer alabilecektir. Aynı doğrultuda tüketicilerin dahi markanın iptalini talep edebilecek kişiler arasında yer alması söz konusu olabilecektir.

Markanın iptalini talep edebilecek kişilerle ilgili olarak SMK'nın 32(7)'nci^[13] maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. İşbu düzenlemede garanti markası veya ortak markanın devamlılık arz edecek biçimde teknik şartnameye aykırı kullanılması koşuluyla ilgili kişiler, Cumhuriyet savcısı veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının markanın iptalini talep edebileceği öngörülmüştür. SMK'nın 32(7)'inci maddesindeki "ilgili kişiler"i ortak markayı veya garanti markasını kullanmaya yetkili kişiler olarak anlamak gerekecektir. Bu kişilerin dışındaki kişiler zaten SMK'nın 26(2)'nci maddesinde belirtilen "ilgili kişiler" ifadesi içinde karşılığını bulacaktır.

TÜRKPATENT'in markanın iptalini talep edebilecekler arasında yer almasının ise mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin dayanağı; zaten SMK ile TÜRKPATENT'e idari iptal yetkisinin verilmiş olması ve TÜRKPATENT'in re'sen markanın iptal nedenleri arasında yer alan haller (örneğin markanın kullanılıp kullanılmadığını belirli aralıklarla kontrol etme gibi) ilişkin bir kontrol yapma yetkisinin olmamasıdır. TÜRKPATENT'in sadece talep üzerine kullanabildiği bir yetki söz konusu olduğuna göre markanın iptalinin kamu düzenine ilişkin olmadığı açıktır. Ayrıca markanın iptaline ilişkin hallerin markanın tescilinden sonra ortaya çıkan ve markanın kullanımından kaynaklı sonuçlara ilişkin olması nedeniyle marka sahibinin veya markayı kullanmaya yetkili kişilerin davranışlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Şu halde re'sen incelenemeyen, ilgililerin talebine bağlı olan ve marka sahibinin veya markayı kullanmaya yetkili kişilerin davranışları nedeniyle tescilden sonra ortaya çıkan iptal halleri ile ilgili olarak TÜRKPATENT'in iptal talep edemeyeceği açıktır. Söz konusu bu durum iptal yetkisinin 10.01.2024 tarihine kadar mahkemelerde olduğu dönemi ve de yetkinin 10.01.2024 tarihinden sonra TÜRKPATENT'e geçtiği dönemi de kapsayacaktır.

İdari iptal yetkisinin TÜRKPATENT'e geçeceği yedi yıllık erteleme süresinde mahkemelerde dava olarak görülecek "iptal talebi" yukarıda belirttiğimiz kişiler tarafından ileri sürüleceği için iptal yetkisinin mahkemelerde olduğu geçiş döneminde bu kişiler "davacı" olarak anılacaktır. Yetkinin TÜRKPATENT'e geçmesiyle birlikte "iptal talebinde bulunan"/"iptal talep eden" olarak anılacaktır.

[13] Sözü edilen düzenleme ile garanti markası ve ortak marka teknik şartnamesine aykırı kullanımların engellenmesi için önlem alabilecek ilgili kişilerin kimler olacağı öngörülmüştür.

Karşı taraf (markasının iptal edilmesi istenen kişi) ise iptal yetkisinin mahkemelerde olduğu süreçte “davalı”, sonrasında “iptal talebinin ileri sürülebileceği kişi”/“aleyhine iptal talep edilen” olarak anılacaktır.

İptal talebinin ileri sürülebileceği kişilerin kimler olduğu ise SMK'nın 26(3)'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; iptalin talep edildiği tarihte, iptali talep edilen markanın sicilde kayıtlı marka sahibine veya hukuki haleflerine karşı markanın iptali talebi ileri sürülebilir. Söz konusu hukuki halefler kapsamına miras veya devir yoluyla marka hakkını iktisap eden kişiler girer.

c. İptal Talebinde Süre

İptal halleri ve iptal talebi ile ilgili düzenlemelerin yapıldığı SMK'nın 26'ncı maddesinde iptal talebinin belirli bir süre dâhilinde ileri sürülebileceği yönünde bir sınırlama bulunmamaktadır. Çok genel olarak markanın korumasının devam ettiği süre içinde iptal talebinin ileri sürülebileceğini söylemek iptal müessesesi bakımından son derece yerinde olacaktır.

Ancak, markanın iptali talebinin ileri sürülebileceği haller SKM'nın 26(1)'inci maddesinde sınırlandırılmıştır^[14]. Bu nedenle iptal talebinin ileri sürülebileceği süreyi bu haller çerçevesinde özel olarak ele almak gerekmektedir. SMK'nın 26(1)/b), c), ç) maddelerinde düzenlenmiş olan iptal halleri markanın kullanımından kaynaklanan, başka bir deyişle aktif bir davranış ile ortaya çıkan hallerdir. Dolayısıyla bu aktif davranışlar sonucu ortaya çıkan iptal halleri kullanım yoğunluğu, kullanımın gerçekleştiği coğrafi alan, markaya yapılan yatırımlar, reklam çalışmalarının yoğunluğu gibi etkenler nedeniyle markanın kullanıldığı her an ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle markanın korumasının devam ettiği sürece her an karşılaşılabilecek olan SMK'nın 26(1)/b), c), ç) maddelerindeki iptal halleri ile ilgili olarak iptal talebinin bir süre ile sınırlandırılması mümkün değildir.

SMK'nın 26(1)/a) maddesinde düzenlenmiş olan iptal hali ise tescil edilen bir markanın kullanılmamasına ilişkin pasif bir davranıştır. Kanun koyucu, SMK'nın 26(1)/a) maddesinde yollama yaptığı “markanın kullanılması”na

[14] SMK'nın 26(1)inci maddesinde iptal halleri dört bent olarak düzenlenmiştir:

a) 9 uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâllerin mevcut olması.

b) Marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almamasının sonucu olarak markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad hâline gelmesi.

c) Marka sahibi tarafından veya marka sahibinin izniyle gerçekleştirilen kullanım sonucunda markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması.

ç) 32 nci maddeye aykırı kullanımın olması.

ilişkin SMK'nın 9'uncu maddesinde tescil sahibine markasını kullanması için beş yıllık bir esneklik/hoş görü süresi tanıdığıdır. Bu nedenle de iptal talebinin SMK'nın 26(1)/a) maddesine dayalı olarak yapılması durumu için dolaylı bir süre ortaya çıkmaktadır. Markanın kullanılmaması nedeniyle iptalinin talep edilebilmesi için iptali talep edilen markanın tescil tarihinden itibaren en az beş yıl geçmesi gerekmektedir^[15]. Mesela 10.07.2017 tarihinde tescil edilmiş olan bir markanın kullanılmama nedeniyle iptalinin talep edilebilmesi için 10.07.2022 tarihine kadar beklenilmesi gerekmektedir. Elbette ki daha önceki bir tarihte de iptal talebinde bulunulabilir. Ancak, böyle bir durumda iptal talebinin dayanağı markanın kullanılmaması ise; iptali talep edilen markanın tescilinin üzerinden beş yıl geçmediği için talep, süre koşulunun yerine gelmemiş olması nedeniyle reddedilecektir. Buna karşılık söz konusu marka için talep dayanağı diğer hallerde (jenerik ad, halkı yanıltıcılık, teknik şartnamelere aykırı kullanılan garanti veya ortak markalar) ilişkin ise iptal talebi süre nedeniyle reddedilmeyecektir.

Burada markanın kullanılmamasına dayandırılan iptal talebi ile ilgili olarak talebin, tescilin yenilenmesinden etkilenip etkilenmeyeceğini de açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. SMK'nın 23'üncü maddesine göre tescilli markanın koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıldır ve bu sürenin onar yıllık dönemler halinde sınırsız sayıda yenilenmesi mümkündür. Markanın yenilenmesine ilişkin usulüne uygun bir talep ardından hüküm doğuracak olan yenileme, bir önceki koruma süresinin sona erdiği günü takip eden günden başlamak üzere hüküm ifade edecektir. Yenileme ile birlikte markanın tescil ile elde ettiği koruma süreleri birbirini izleyen sürelerle yenilemeden vazgeçilmediği sürece boşluk olmaksızın devam edecektir.

Şu durumda sorulması gereken soru; markanın kullanılmaması nedeniyle iptal talebi ileri sürülmeden önce gerçekleştirilmiş bir yenileme varsa yine beş yıl beklenmesi gerekir mi^[16]? Bu soruya başka bir soru üzerinden cevap vermeye çalışmak çok daha yerinde olacaktır: Yenileme ile yeni bir marka tescili mi söz konusu olur? SMK'nın 23'üncü maddesine göre yenileme talebi, sadece tescilli markanın koruma süresinin uzatılmasına ilişkin bir taleptir. Yoksa ortaya yeni bir marka tescili çıkmamaktadır. Mevcut tescile ilişkin kayıtlar aynen (meğerki

[15] Başka bir ifade ile iptal talebinin yapıldığı tarihte iptali istenen markanın en az beş yıldır tescil ile koruma altında olması gerekmektedir.

[16] Yasaman, Hamdi/Yüksel, Sinan: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 648. (Yazar, bu soruyu markanın kullanılması yükümlülüğünde süre bakımından irdelemiş ve açık bir şekilde marka tescilinin yenilenmesinin markanın kullanımı açısından yeni bir beş yıllık sürenin işlemesine sebebiyet vermeyeceğini belirtmiştir). Aynı yönde bkz. Bozgeyik, Hayri: "Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 464.

marka sahibi yenileme talebini markasının tescil kapsamındaki bazı mal veya hizmetlerle sınırlı tutmasını) devam etmekte, değişen tek şey koruma süresine ilişkin olarak tarih kaydının değiştirilmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile yenilemenin sağladığı on yıllık yeni koruma süresinin başlangıcının hangi tarih olduğuna ilişkin kayıt değişmektedir. Dolayısıyla markanın kullanılmaması iddiasına dayandırılacak olan iptal taleplerinin yenilemeden olumsuz yönde etkilenmesi (beş yıllık sürenin –hoşgörü süresi- yeniden başlaması) gibi bir durum söz konusu değildir. Bilakis markanın yenilenmesine rağmen kullanmama şeklindeki pasif bir davranışın söz konusu olması, talep sahibinin iddiasını güçlendirebilecek bir olgu olarak değerlendirilebilme imkânına sahip olacaktır. Çünkü böyle bir durum sicildeki gereksiz ve haksız işgalin devam ettirildiğini gösterecektir. Ayrıca, SMK'nın 9'uncu maddesine dayanan kullanma yükümlülüğünün başlangıç tarihi açık ve net bir şekilde "tescil tarihi"ne bağlanmıştır (SMK 9(1)).

2. İptal Talebinde İleri Sürülecek Savunma

Bir marka sahibinin iptal talebi ile karşılaşması ile birlikte ileri sürebileceği savunmalar da iptal talebinin dayanağına göre farklılık gösterecektir.

Marka sahibinin markasını kullanmamasına dayandırılan SMK'nın 26(1)/a maddesinde belirtilen iptal haline ilişkin bir taleple karşılaşması durumunda; öncelikle markasının tescil tarihi üzerinden beş yıl geçmemişse bu yönde bir savunma yapabilecektir. Zira markanın kullanılmaması nedeniyle iptalinin talep edilebilmesi için tescil tarihinden itibaren beş yıllık sürenin talep tarihi itibarıyla dolmuş olması gerekmektedir^[17]. Beş yıllık süre, markanın kullanılmadığı iddiasına dayanılması durumunda talep için ön koşuldur. 10.01.2024'de kadar mahkemelerde görülecek (kullanılmaya dayandırılan) marka iptali davalarında ise tescilden itibaren beş yıllık sürenin dolup dolmadığının dava şartı^[18] olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

[17] Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 2012, s. 459, 460, n.3; Bilgili, Fatih: "Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu", TBB Dergisi, Y. 2008, S. 74, s. 32; Çağlar, Hayrettin "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", GÜHFD, C. XXI, Y. 2017, S. 1, s. 5.

[18] Burada sözünü ettiğimiz dava şartı, Medenî Usûl Hukuku anlamında bir dava şartı olmayıp, söz konusu davanın görülebilmesi için kanun koyucunun yaptığı özel düzenleme ile getirdiği bir şarttır. Bu koşul yerine gelmemiş ise davanın esasına girilerek kullanımın SMK'da aranan kullanım niteliğinde olup olmadığının araştırılmasının herhangi bir anlamı olmayacaktır.

Markanın kullanılmamasına dayandırılan iptal talebinden önce gerçekleştirilen ciddi biçimdeki kullanımlar, iptal talebinde ileri sürülebilecek savunmalardır. Başka bir ifade ile markanın kullanılmış olmasına ilişkin yükümlülüğün yerine getirilmiş olması söz konusu ise artık tescilden sonra beş yıl içinde yahut tescilin üzerinden beş yıl geçmesi koşulu sağlanmış olmakla birlikte bu tarihten sonra ama iptal talebinden önceki bir tarihte markanın kullanılmış olması bir savunma aracı olabilecektir. Ancak, bu yöndeki bir savunmaya itibar edilebilmesi için marka sahibinin söz konusu kullanımının markasının iptaline ilişkin bir talepte bulunulacağı düşüncesiyle gerçekleştirilmemesi gerekir. Kanun koyucu, bu konuda SMK'nın 26(4)'üncü maddesinin 2'nci cümlesinde "*İptal talebinde bulunulacağı düşünülmüşse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanım dikkate alınmaz.*" hükmünü getirmiştir. Madde gerekçesinde özel bir açıklama yapılmamış, sadece madde tekrar edilmiştir.

Bu noktada şöyle bir soru akla gelmektedir: Markasının iptaline ilişkin bir taleple karşılaşabileceğini düşünen marka sahibinin sırf bu durumdan kurtulmak maksadıyla iptal talebinden dört ay önce gerçekleştirdiği kullanımlar dikkate alınacak mıdır? Yoksa kanun koyucunun belirttiği üç aylık süre sınırını aştığı için markanın kullanımı olarak kabul edilecek midir^[19]?

Mülga 556 sayılı KHK'nın yürürlükte olduğu dönemde "hükümsüzlük halleri"nin düzenlendiği 42(1)/c) maddesinde "*14 üncü maddeye aykırılık. (Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünülmüşse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.*"^[20] düzenlemesi bulunmaktaydı. Mülga düzenlemenin işletildiği dönemde salt üç aylık süre dikkate alınmakta, sadece kullanım ciddi olup olmadığının üzerinde durulmakta, üç aylık süre sınırı aşılmışsa davadan kurtulmak düşüncesi ile kullanımın gerçekleşip gerçekleşmediği hususu gereği gibi dikkate alınmamaktaydı^[21].

[19] Soruda belirttiğimiz kullanımların SMK'nın 9'uncu maddesinde belirtilen markanın kullanılması olarak kabul edilen haller kapsamında olduğu kabulü üzerinden kurgu yapılmıştır.

[20] Söz konusu madde, Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 tarih, E. 2013/147, K. 2014/75 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 24.07.2014 tarih ve 29070 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile markanın kullanılmaması bir hükümsüzlük sebebi değil iptal sebebi olarak işletilmeye devam etmiştir (ta ki mülga 556 sayılı KHK'nın 14'üncü maddesi iptal edilene kadar).

[21] Yargıtay 11. HD., 22.03.2011 tarih, E. 2009/4466, K. 2011/3209 (söz konusu bozma kararında irdelediğimiz konu ile ilgili üzerinde durulan husus; kullanımlara ilişkin

Kanaatimizce sırf markanın iptali tehdidinden kurtulmak için gerçekleştirilmiş olan kullanımların süresi üç aylık süreden daha öncesine ilişkin olsa da dikkate alınmaması daha adil olabilecektir^[22]. Ancak, bu konu bir yönü ile markasının iptali istenen kişinin iradesine bağlı olabilecektir. Bu iradenin tayini Kurum açısından mümkün olmayacağı gibi yargılama faaliyeti yürüten mahkemeler açısından dahi son derece zor olacaktır. Ayrıca, belirttiğimiz yönde bir araştırma yapılabilmesi için somut olayın özelliğine göre bazen teknik bir inceleme gerekebilecektir. Mesela sırf iptal tehdidinden kurtulmak için gerçekleştirilen kullanımlara ilişkin hazırlık sürecinin alt ve üst sınırlarının belirlenebilmesi bu savunma bakımından önem arz edebilecektir ve böyle bir husus bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkarılabilecek bir husustur.

İptal yetkisi neticede TÜRK PATENT tarafından kullanılacağına ve nihayetinde sadece sunulan delillerin değerlendirilmesinin doğru yapıp yapılmadığına ilişkin olarak yargı denetimine tabii olacağına göre belirttiğimiz şekilde bir bilirkişi incelemesi yaptırılması yahut benzeri bir durum söz konusu olmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle yeknesak bir uygulama oluşması için kanun koyucunun iptal talebinden önceki “üç ay” şeklinde belirlediği zaman kriterini başkaca bir faktöre bağlı tutmadan değerlendirmek belki de en doğrusu olacaktır. Aksi halde idari bir işlem ile yargılama faaliyeti birbirine girmiş olacaktır ki bu hiç adil olmayacaktır.

Markasının iptali talep edilen marka sahibinin yine markanın kullanılmasına dayandırılan talebe karşı yapabileceği bir başka savunma, markasını

faaliyetlerin dava tarihinden 3 ay öncesine taşımaya başladığının belirlenmesi bakımından olmuştur) (www.kazanci.com) (erişim tarihi: 10.07.2017); Yargıtay 11. HD., 16.06.2014 tarih, E. 2014/1063, K. 2014/11503 (söz konusu karar, Ankara 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce verilen 1.7.2013 tarih ve E. 2011/32, K. 2013/165 sayılı kararının ONANMASINA ilişkin olup Anayasa Mahkemesinin mülga 556 sayılı KHK’nın 42(1)/c) maddesi iptalinden önceki bir uyumsuzluk hakkındadır. Kararda dava açılmadan 3 ay öncesinden geriye doğru 5 yıllık ciddi bir kullanımın ispatlanması gerektiği üzerinde durulmuştur) (www.kazanci.com) (erişim tarihi: 12.07.2017); Karahan, Sami: “556 sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlimi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002, s. 520; Karan, Hakan / Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 384; Bozgeyik, s. 472; Güneş, İlhami: “Kullanılmayan Markanın İptali Sorunu”, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), Y. 16, C. 17, S. 2015/1, s. 43; Bilgili, s. 36.

[22] Dirikkan, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 265; Alhas, Zeynep Seda/Dernekoğlu Umur: “Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi”, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), Y. 15, C. 15, S. 2014/1, s. 36.

SMK'nın 9'uncu maddesinde belirtilen kriterler doğrultusunda kullandığına ilişkin olacaktır. Elbette ki böyle bir savunmanın ispat edilebilmesi gerekmektedir. Buradaki ispat yükü^[23], markayı aranan koşullara uygun olarak kullandığını iddia eden (bu yönde bir savunma yapan) marka sahibindedir.

Nitekim iptal talebine ilişkin prosedürün nasıl işleyeceği hakkındaki SMK'nın 26(7)'nci maddesindeki düzenlemeye göre iptal talebi, marka sahibine bildirilerek bir aylık süre içinde (ilgilinin talebi üzerine bir aya kadar ek süre verilebilir) talebe karşı cevaplarını ve delillerini sunması istenecektir.

Marka sahibinin SMK'nın 26(1)/b), c), ç) maddelerinde belirtilen iptal hallerine dayandırılan bir iptal talebi ile karşılaşması durumunda ise; markayı kullanma şeklindeki aktif davranışının sonuçlarının markanın en önemli fonksiyonu olan ayırt edicilik fonksiyonuna zarar vermesi söz konusudur. Bu durumda yapılabilecek savunmalar arasında kullanımlardan kaynaklı olarak ortaya çıktığı iddia edilen durumların (markanın kapsamındaki mal veya hizmet için jenerik ad olma, mal veya hizmetlerin bazı özellikleri bakımından halkı yanıltıcı olma, garanti ve ortak markalarının teknik şartnamelerine aykırı kullanma) gerçekleşmediği yönünde olabilecektir. Elbette ki böyle bir savunmaya itibar edilebilmesi için kanıtlanması da gerekmektedir.

II. MARKANIN İPTALİ TALEBİNİN SONUÇLARI VE İPTAL KARARININ ETKİSİ

1. Markanın İptali Talebinin Sonuçları

Öncelikle iptal talepleri incelenirken dikkate alınması gereken hususlar üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

Markanın kullanılmamasına dayandırılan iptal taleplerinde markanın tes-cilinden itibaren beş yıllık sürenin geçip geçmediğinin ilk incelenecek husus-lar arasında olduğuna şüphe yoktur. Bu husus, 10.01.2024 tarihine kadar

[23] Bu durum, tarafların ispat hakkından kaynaklanmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkının bir yansıması olan ispat hakkı, tarafların iddia ettikleri olgular ile ilgili olarak iddianın sunulduğu yetkili makamı inandırmak için ilgili kanunlar kapsamında çizilen sınırlar dâhilinde delillere dayanmaları ve bu delilleri yetkili makama yine belirlenen süreler içinde sunmalarıdır. İspat hakkı, başka bir yönü ile somut olay bazında bir vakıanın ispat edilememesinden dolayı doğacak sonuçlara kimin katlanacağı ile de ilgilidir (ayrıntılı bilgi için bkz. Bolayır, Nur: "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Ankara, 2014, s. 556; Toraman, Barış: "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1491, 1492).

mahkemelerde yargılama faaliyeti olarak yürütülecek süreçte dava şartı niteliğindedir^[24]. 10.01.2024 tarihinden sonra yetkinin TÜRKPATENT'e geçmesi ile birlikte ise ancak bir ön koşul^[25] (talebin değerlendirilebilmesi için ön koşul) niteliğinde olacaktır.

İptal talebinin mahkemelerde görüleceği süreçte bir yargılama faaliyeti yürütüleceği için talepte bulunan (davacının) hak sahibi değişikliği ile karşılaşmamak için markanın devrinin engellenmesi adına bir tedbir talebi var ise mahkeme tarafından bu konuda karar verilmesi gerekecektir. Ancak, böyle bir talebin sürecin TÜRKPATENT tarafından yürütülmeye başlanmasından sonra söz konusu olması mümkün olmayacaktır. Her iki süreçte de iptal talebine ilişkin inceleme, markalar sicilinde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı yürütülecek, inceleme sırasında hak sahibinin değişmesi durumunda işlemlere hak sahibi olarak görünen kişiye karşı devam edilecektir (SMK m. 26(6)).

İptal talebi, markanın tescil kapsamındaki bir kısım mallar veya hizmetler ile sınırlı tutulmuşsa inceleme ve karar sadece talebe konu mallar veya hizmetlere ilişkin olacaktır (SMK m. 26(5)). İptal talebine ilişkin inceleme sonucunda iptali istenen marka örneğini değiştirecek biçimde iptal kararı verilmesi mümkün değildir (SMK m. 26(5)). Aksi hal gerek mahkemeler gerek TÜRKPATENT açısından yetki aşımı niteliğinde olacaktır. Sırf bu nedenle dahi verilen karara

[24] Burada sözünü ettiğimiz dava şartı, Medenî Usûl Hukuku anlamında bir dava şartı olmayıp, söz konusu davanın görülebilmesi için kanun koyucunun yaptığı özel düzenleme ile getirdiği bir şarttır. Ancak, iptal yetkisinin TÜRKPATENT tarafından kullanılacağı zamana kadar mahkemelerin karara bağlayacağı bir husus olduğu için "dava şartı" ifadesinin duruma daha uygun olacağı düşünülererek kullanılmıştır. Marka iptal davasının mahkemelerde görüleceği dönemde, belirttiğimiz şekilde markanın kullanılmaması haline dayanılarak dava açılmışsa iptali istenen markanın tescil tarihinden itibaren beş yılın (kanun koyucunun marka sahibine tanıdığı hoş görü süresinin) dolup dolmadığı davanın her aşamasında mahkeme tarafından kendiliğinden araştırılacağı gibi taraflarca da her aşamada ileri sürülebilecektir. Zira bu husus markanın kullanılmamasından dolayı iptal edilebilmesi için, iptali talep edilen marka açısından öncelikle bulunması gereken bir koşuldur.

[25] İptal yetkisinin idareye geçmesi ile birlikte değerlendirilecek talebin dayanağının iptali talep edilen markanın beş yıl kesintisiz kullanılmadığı yönünde bir iddiaya dayandırılması halinde; TÜRKPATENT'in öncelikli olarak iptali talep edilen markanın tescilinden itibaren beş yıllık sürenin geçip geçmediğini tespit etmesi gerekecektir. Nitekim kanun koyucu marka sahibine tescil ettirdiği markasını kullanmak gibi bir yükümlülük yükledi ise de bu konuda hoş görü gösterdiği bir süre de belirlemiştir. İşte beş yıllık süre, bu hoş görü süresidir. Bu nedenle de TÜRKPATENT tarafından da kanun koyucunun marka sahibine yüklediği yükümlülük ile ilgili getirdiği süre sınırının dolup dolmadığını öncelikle incelenmesi gerekmekte olduğundan bu noktada "ön koşul" ifadesi tercih edilmiştir.

karşı başvuru kanun yolunda kararın ortadan kaldırılması^[26] yahut iptali^[27] söz konusu olacaktır.

İptal yetkisinin mahkemeler tarafından kullanılması sırasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) doğrultusunda iddia ve savunmalar dinleneceği, deliller toplanacağı için HMK kapsamında belirlenen sürelerin dışına çıkılabilmesi mümkün olmayacaktır. Yetkinin TÜRKPATENT tarafından kullanılmaya başlanması ile talep ve talebe ilişkin cevapların (delillerle birlikte) alınmasından sonra TÜRKPATENT'in gerekli görmesi halinde ek belge ve bilgi sunulmasını isteme hakkı bulunmaktadır (SMK m. 26(7)). Kanun koyucu madde gerekçesinde bu konuda özel bir açıklama yapma yoluna gitmemiştir. Kanaatimizce mülkiyet hakkının korunması amacıyla gerekli olması durumunda TÜRKPATENT'e ek bilgi ve belge isteyebilme konusunda takdir hakkı tanınmıştır.

İşte belirttiğimiz bu süreç dâhilinde mahkemeler tarafından yargılama sonucunda, TÜRKPATENT tarafından ise dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde markanın iptali talebi ile ilgili olarak bir karar verilecektir. Bu karar aşağıdakilerden biri şeklinde olacaktır.

a. İptal Talebinin Kabulü

Yukarıda belirtilen hususlar kapsamında yapılan inceleme sonucunda iptal talebinin kabulü yönünde karar verilecektir. Böyle bir karar ile iptal talebine dayandırılan halin (SMK m. 26(1)/a, b), c), ç)'de sayılan hallerden biri veya bir kısmı) talep konusu marka bakımından doğduğu tespit edilmiş olacaktır.

Hem mahkeme hem TÜRKPATENT tarafından varılacak sonuç markanın iptali talebinin kabulü yönünde olacaktır. TÜRKPATENT'in idari iptal yetkisini kullanmaya başlayacağı zamana kadar ve TÜRKPATENT'in idari iptal yetkisini kullanmaya başlamasından sonra verilecek iptal talebinin kabulü kararı, marka örneğini değiştirmeyecek biçimde olmak zorundadır (SMK m. 26(5)).

[26] Yetkinin mahkemeler tarafından kullanıldığı dönemde bir yargı kararı söz konusu olacağından gidilecek kanun yolu, istinaf kanun yoludur ve bu kanun yolu sonucunda yetkinin aşılmış olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin verdiği karar ortadan kaldırılarak istinaf mahkemesi tarafından bir karar verilecektir (karar marka örneğinin değiştirilemeyeceği yönünde olacaktır).

[27] Yetkinin TÜRKPATENT tarafından kullanılmaya başlanması ile birlikte gerekli aşamaların tamamlanması sonucunda Kurum adına nihai bir karar ortaya çıkacak ve bu kararın iptali (YİDK kararı iptali) talebiyle mahkemeye başvurulacaktır. Bu noktada mahkeme tarafından verilecek karar ise değiştirilmemesi gereken marka örneğinin değiştirilmiş olması nedeniyle YİDK kararının iptali olacaktır.

b. İptal Talebinin Kısmen Kabulü

Markanın iptali talebinin markanın kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamı için yapıldığı durumlarda söz konusu olabilecek bir karar türüdür. Aynı şekilde markanın iptali talebinin kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmının iptalinin talep edilmesi durumunda da söz konusu olabilecektir.

Söz konusu karar, gerek Kurum tarafından gerek yetkinin tamamen Kuruma geçeceği sürece kadar mahkeme tarafından verilmiş olsun markanın iptaline ilişkin talebin markanın kapsamındaki bazı mallar veya hizmetler için yerinde bulunmadığı sonucunu kapsamaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz ilkeler doğrultusunda talebin incelenmesi üzerine iptal hallerinin markanın iptalinin talep edildiği mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için yerinde bulunması durumunda verilecek kısmen iptal kararında da marka örneğinin değiştirilmesi mümkün değildir (SMK m. 26(5)).

Markanın iptaline ilişkin talebin markanın kullanılmamasına dayandırılması durumunda; kullanımın bir kısım mal veya hizmetlerle sınırlı olması durumunda bu kullanım, kullanılmayan mal veya hizmetlere sirayet etmeyecektir. Bu nedenle de kısmen iptal kararı verilerek kullanılmayan mal veya hizmetlerin iptali yoluna gidilecektir. Zira tescil kapsamının iradi olarak sınırlanması mümkün olduğu gibi (marka hakkından kısmen vazgeçme)^[28] iptal talebi ile idari olarak da sınırlandırılması mümkündür.

c. İptal Talebinin Reddi

Markanın iptaline ilişkin talebin reddedilmesi, markanın tescil kapsamındaki korumasının devam etmesini engelleyecek herhangi bir durumunun ya da iddia kapsamındaki durumun mevcut olmadığı anlamındadır.

Böyle bir karar, iptal talebi markanın tescil kapsamındaki bazı mallar veya hizmetlerle sınırlı tutulmuşsa talep konusu bakımından iddia edilen iptal halinin gerçekleşmemiş olması durumunda karşımıza çıkabilir. Aynı şekilde iptal talebinin bazı mallar veya hizmetlerle sınırlı tutulması biçimindeki kısmi talep söz konusu olsun ya da olmasın markanın tescilinden sonra kullanımına ilişkin olarak aktif yahut pasif bir davranıştan kaynaklı olarak korumanın son

[28] Burada sözü edilen marka hakkından kısmen vazgeçme, SMK'nın 28(3)'üncü maddesinde belirtildiği şekilde bir vazgeçme beyanı ile gerçekleşebilir. Böyle bir durumda doğrudan bir vazgeçme söz konusudur. Marka hakkından kısmen vazgeçmenin başka bir şekli ise SMK'nın 23(3)'üncü maddesinde belirtildiği şekilde "yenileme" talebi yapılırken talebin tescil kapsamındaki bazı mal veya hizmetlerle sınırlı tutulması ile gerçekleşebilir. Son belirttiğimiz bu durumda ise dolaylı bir vazgeçme ortaya çıkmış olacaktır.

bulmasını gerektirecek herhangi bir iptal halinin yahut iddia edilen iptal halinin gerçekleşmediği durumlarda karşımıza çıkabilir.

İptal talebinin reddedilmesi durumunda tescilli markanın korunması devam ettirileceği için marka örneğinin değişmesi gibi bir durum zaten kararın doğası gereği ortaya çıkmayacaktır.

2. Markanın İptali Kararının Etkisi

Markanın iptaline ilişkin karar, iptal talebinin sunulduğu tarihten itibaren etkilidir (SMK m. 27(2)). Söz konusu tarih, yetkinin mahkemeler tarafından kullanıldığı süreçte davanın açıldığı tarihten itibaren ileriye ilişkindir. İptal talebinin TÜRKPATENT'e sunulmaya başlanması ile birlikte talebin TÜRKPATENT'e sunulduğu tarihten itibaren ileriye ilişkin olacaktır.

Markanın iptaline ilişkin kararının kural olarak geçmişe etkisi bulunmamaktadır. Zira iptal halleri baştan itibaren olmayan, sonradan ortaya çıkan hallerdir. İptal kararının etkisinin geçmişe tesir etmesi istisnai olarak düzenlenmiştir (SMK m. 26(2)). Ne var ki bu istisnai etki, marka başvurusundan itibaren söz konusu olmayacaktır^[29]. İptal talebinin yapıldığı tarihten daha öncesinden itibaren bir etki doğması için öncelikle iptal talebinde bulunanın bu konuda özel olarak belirtilmiş bir talebinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu tarihin "talep tarihinden daha öncesinden itibaren" gibi genel geçer bir ifade ile belirtilmesi elbette yeterli olmayacaktır. Etkinin doğmasının istendiği tarih açık bir şekilde ortaya konulmazsa talebin bu yönü ile kabul görmesinin mümkün olmayacağını düşünmekteyiz^[30]. Zira kanun koyucu tarafından iptal kararının etkisinin başlayacağı tarih açık bir şekilde belirtilmiştir. Daha eski tarihe ilişkin bir talep olması durumunda açık belirtilmiş bir tarih yoksa kararın etkisi yine talep tarihinden itibaren ileriye etkili olacaktır.

[29] Zaten böyle bir durum iptal müessesesinin doğası gereği de mümkün değildir. Markanın kullanılmasına dayandırılan talepte kanun koyucunun belirlediği beş yıllık hoşgörü süresi bulunduğundan bu beş yıllık süreden önce iptal etkisinin doğması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde markanın kullanımından kaynaklanan aktif davranışlar için de SMK'nın 26(1)(b), c), ç) maddelerinde sayılan hallerin oluşması için belirtilen durumları ortaya çıkaracak bir etkiyi barındıran kullanımlar arandığından olumsuz etkinin meydana geldiği tarihten daha önce iptal kararının etkisinin doğması mümkün olmayacaktır.

[30] Tarafların taleplerini açıkça belirtmedikleri bir konuda ne mahkemelerin (HMK) kapsamında ne Kurum'un SMK kapsamında bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Aksi halin iptal yetkisini kullanan makamların herhangi bir talep olmadan yetkilerini aşmaları anlamına geleceğini düşünmekteyiz.

İptal kararı ile birlikte markanın talep tarihinden sonraki koruması ortadan kalkacaktır. Kararın etkisinin daha geriden itibaren etkili olması için açıkça belirtilmiş bir tarih olması gerekir. Mesela markanın kullanılmamasından dolayı iptali talep ediliyorsa ve iptal talebinden daha önceki bir tarihte de kullanma yükümlülüğüne ilişkin (kesintisiz beş yıl) sürenin dolduğu biliniyorsa bu sürenin açıkça belirtilmesi halinde, koşulları oluşmuşsa bu tarihten itibaren marka koruması sonlandırılmış olacaktır.

Markanın kısmen iptaline karar verilmesi halinde yukarıda belirttiğimiz etkilerin tamamı markanın kısmen iptal edilen bölümüne ilişkin olacaktır. Başka bir ifadeyle kısmen iptal kararının etkisi iptal koşullarının bulunduğu tespit edilen mal veya hizmetler için etki gösterecektir. İptal edilmeyen mallar veya hizmetler için markanın tescili devam edecek ve tescil kapsamında kalan mal veya hizmetlere ilişkin koruma yasal sınırlar çerçevesinde sürdürülecektir.

Markanın iptaline ilişkin karar, kesinleşmesiyle birlikte ve herkese karşı etki doğurur. İptal yetkisinin mahkemeler eli ile kullanıldığı süreçte kararın kesinleşmesi bir davanın kesinleşmesi için gereken aşamalara tabii olacaktır. Mahkemeler kesinleşmiş iptal ya da kısmen iptal kararlarını TÜRKPATENT'e re'sen göndermekle görevlidirler. Yetkinin TÜRKPATENT eli ile kullanılacağı süreçte ise kesinleşmiş bir iptal kararından söz edilebilmesi için iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan biri, TÜRKPATENT'in iptale ilişkin verdiği nihai kararın^[31] (bunun için ortada bir YİDK kararı bulunmalıdır) dava yolu açıktır. Markanın iptaline ilişkin nihai karara karşı iki ay^[32] içinde dava açılması tarafların ihtiyarına bağlı bir haktır. Taraflar bu haklarını kullanmazlarsa dava^[33] açma süresinin dolması ile markanın iptali kararı kesinleşmiş olacaktır. Böyle bir durumda TÜRKPATENT kendiliğinden markayı sicilden terkin ederek durumu Resmi Marka Bülteni'nde yayımlayacaktır.

[31] 5000 sayılı Kanun'un 15/C maddesinin 3'üncü fıkrasına göre Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesinin kararları Kurumun nihai kararlarıdır. Bu kararlara karşı, kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açılabilir. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun (5000 sayılı Kanun'un 15/C maddesinin 2'nci fıkrasına göre YİDK, YİDD başkanının başkanlığında, yeniden incelenip değerlendirme yapılacak konuda uzman olan ve itiraza konu Kurum kararında görevli bulunmayan en az iki uzman üyenin katılımı ile oluşturulan üç kişilik Kurul'dur.) kararlarının iptaline ilişkin ilam kesinleşmedikçe icra edilemez.

[32] Dava açılmasına ilişkin bu iki aylık süre, 5000 sayılı Kanun'un 15/C maddesinin 3'üncü fıkrasının 2'nci cümlesinde belirtilmiştir.

[33] Belirttiğimiz dava markanın iptali talebi ile ilgili olarak TÜRKPATENT tarafından verilmiş nihai karar olan YİDK kararının iptali davasıdır. Bu davada yapılacak yargılama sadece Kurum'un markanın iptali talebine ilişkin kararının yerinde olup olmadığına ilişkindir.

İptal yetkisinin TÜRKPATENT tarafından kullanılmaya başlanmasından sonra kesinleşmeye ilişkin diğer ihtimal ise iptal talebinin taraflarının (veya taraflardan birinin) iptal hakkındaki nihai kararın iptali için dava açma yoluna gitmesidir. Böyle bir durumda iptal kararının kesinleşmesi YİDK kararının (markanın iptali kararı) iptali davasının neticelenmesini bekleyecektir. Böyle bir durumda yine yetkinin mahkemelerce kullanıldığı süreçteki gibi kesinleşmiş kararın mahkemelerce TÜRKPATENT'e bildirim söz konusu olacaktır (SMK m. 27(6)). Yine mahkemece bildirilmiş olan kesinleşmiş kararın re'sen bildirimini takiben marka sicilden terkin edilecek ve durum Bülten'de yayımlanacaktır (SMK m. 27(7)).

Markanın iptali kararı kurucu etkiye sahip iken kararın kesinleşmesinden sonra TÜRKPATENT'e yapılan bildirim ile birlikte markanın iptalinin Marka Bülteni'nde yayımlanması ise bir çeşit ilan niteliğinde olup bildirici etkiye sahiptir. Kararın belirttiğimiz bu bildirici etkisi, kesinleşmeyi takiben markanın tamamen yahut kısmen iptaline karar verilen parçası kapsamındaki mal veya hizmetlere ilişkin olarak sicil kaydında düzeltme yapılması ve bu durumun üçüncü kişilere bildirilmesine ilişkin Bülten ilanı ile ortaya çıkmaktadır.

Markanın iptaline ilişkin kararın kural olarak ileri etkili olması nedeniyle geçmişteki karar veya sözleşmeleri etkilemesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, markanın iptali kararının yukarıda belirttiğimiz biçimde geçmişe etkili olduğu bir durum var ise SMK'nın 27(3)'üncü maddesinde tahdidi olarak belirtilen durumlar kapsamında değerlendirme yapılması gerekecektir. Markanın iptaline ilişkin karardan önce kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile iptal karardan önce akdedilmiş ve ifa edilmiş sözleşmeler iptal kararının geriye etkisinden etkilenmeyecek olan kararlardandır. Belirttiğimiz bu husus ana kural olup kuralın istisnası, marka sahibinin ağır ihmali veya kötüniyetli davranışları neticesinde zarar görmüş olanların tazminat taleplerine ilişkindir (SMK m. 27(3)).

SONUÇ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile uluslararası düzenlemeler doğrultusunda benimsenmiş olan idari iptal prosedürü konusunda TÜRKPATENT yetkilendirilmiştir. Türk Patent ve Marka Kurumu'na verilen bu yetki, idari iptal prosedürünün yürürlük tarihinin yedi yıl sonraya bırakılmış olması nedeniyle 11.01.2024 tarihinden itibaren TÜRKPATENT tarafından kullanılacaktır. Markanın iptali prosedürü bu süreye kadar mahkemeler tarafından işletilecektir. Bu durum, talebin dayandırılacağı halleri, aranacak koşulları, verilecek karara ilişkin sonuçları etkilemeyecektir. Hatta iptal kararı verilmesinin etkileri de iptal yetkisini kullanan makama göre değişiklik göstermeyecektir.

KAYNAKÇA

Alhas, Zeynep Seda/Dernekoğlu Umur: “Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi”, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), Y. 15, C. 15, S. 2014/1

Arkan, Sabih: Marka Hukuku, Cilt II, Ankara 1997

Arkan, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, Batider, Haziran, Y. 2000, C. XX, S. 3

Bilgili, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, Y. 2008, S. 74, s. 35

Bolayır, Nur: “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara, 2014

Bozgeyik, Hayri: “Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010

Çağlar, Hayrettin: “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), Y. 7, C. 7, S. 2007/2

Çağlar, Hayrettin: Marka Hukuku, Temel Esaslar, Ankara 2013

Çağlar, Hayrettin: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Y. 2017, S. 1

Çolak, Uğur: Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2014

Dirikkan, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998

Doğan, Emine Özdamar: “Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü”, TBB Dergisi, Eylül-Ekim 2014, S. 114

Güneş, İlhami: “Kullanılmayan Markanın İptali Sorunu”, FMR (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi), Y. 16, C. 17, S. 2015/1

Karahan, Sami: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2004

Karahan, Sami: “556 sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara 2002

Karan, Hakan / Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004

Kaya, Arslan: “Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 5-6 Mayıs 2005

Kaya, Arslan: Marka Hukuku, İstanbul 2006

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Ankara 2012

Oğuz, Arzu: “Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2017, S. 128

Özarmağan, Müge: Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2008

Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2016

Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012

Toraman, Barış: “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004

(Altay, Sıtkı Anlam / Ayoğlu, Tolga / Yusufoglu, Fülürya / Yüksel, Sinan)

MİRASBIRAKANIN SAĞLIĞINDA
ALTSOYUNA YAPTIĞI
KARŞILIKSIZ KAZANDIRMALARIN
DENKLEŞTİRİLMESİNDE
SAĞ KALAN EŞİN DURUMU*

Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR**

Makalenin Geldiği Tarih: 08.11.2017 **Kabul Tarihi:** 28.11.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK- ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZ

Mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılara yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalardan hangilerinin denkleştirme işlemine tâbi tutulacağı sorusu, yasal mirasçılarının niteliğine göre farklı yanıtlanır. Altsoya yapılan belli bazı karşılıksız kazandırmalar, aksi mirasbırakanca açıkça öngörülmediği sürece denkleştirme işlemine tâbidir. Altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalar ise, ancak miras hissesine mahsuben yapılmış ise, denkleştirme işlemine tâbi tutulur. Sağ kalan eş hakkında özel bir düzenleme olmadığına göre, ona yapılan karşılıksız kazandırmalar da ancak miras hissesine mahsuben yapıldıysa denkleştirme işlemine konu olabilir. Bu durumda, sağ kalan eş, ister altsoyla ister başka yasal mirasçılarla birlikte mirasçı olsun, denkleştirme borçlusu olabilecektir. Yalnız sağ kalan eşin altsoyla birlikte mirasçı olduğu durumlarda, denkleştirme alacaklısı olup olmayacağı sorusunun yanıtı, öğretide tartışmalıdır. Bu makalede özellikle bu sorunun yanıtlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Miras paylaşımında denkleştirme, miras payına mahsuben yapılan karşılıksız kazandırmalar, yasal mirasçı, sağ kalan eşin mirasçılığı, altsoyun mirasçılığı.

THE SITUATION OF THE SURVIVING SPOUSE
REGARDEDHOTCHPOT OF THE GIFTS GIVEN
BY THE DECEASED TO HIS DESCENDANTS

ABSTRACT

Which gifts, given by a deceased to his statutory heirs, are subject to hotchpot is a question, answered in different ways for two types of statutory heirs. Descendants should bring only the gifts specifically called in the Turkish Civil Code and the like, into hotchpot, unless the deceased expressly instructed otherwise. If the heir is not a descendant, only the gifts, given as advancement against share of the estate, are subject to hotchpot. The gifts, which surviving spouse received as advancement, are also subject to hotchpot in every case. However, there is a debate in the theory about the question, if the surviving spouse could demand hotchpot from descendants. The purpose of this article is especially answering this question.

Keywords: Hotchpot at sharing the estate, gifts as advancement against share of the estate, statutory heirs, heirdom of surviving spouse, heirdom of descendants.

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukuku kitabının "Mirasın Geçmesi" başlıklı ikinci kısmının "Mirasın Paylaşılması" başlıklı üçüncü bölümünün üçüncü ayrımı, "Mirasta Denkleştirme" başlığını taşımaktadır (bkz. TMK m. 669-675). Kanun'un denkleştirmeye ilişkin hükümleri, gerek Türk gerek İsviçre öğretisinde pek çok tartışmaya yol açmıştır. Bu konuda her iki ülkede de çok sayıda bilimsel araştırma yapılmış, makaleler ve tezler yazılmış bulunmaktadır^[1].

- [1] Türk hukuk literatüründe bu konuda yazılmış eserler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tabi Kazandırmaları, İstanbul 1960 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi); **Gönensay**, A. Samim, İleri Hukuk 34, 1948, s. 523-525; **Berki**, Şakir: "Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade", Adalet Dergisi, Yıl: 43, 1952, Sayı: 4, s.480-497; **Berki**, Ali Himmet: "Medeni Kanunda İade ve Tenkis", Mukayeseli Hukuk Dergisi, Yıl: 2, 1957, Sayı: 2, s. 53-56; Sayı: 3, s. 101-104, S: 4, s. 163-167; S: 5, s. 211-215; S: 6, s. 267-270; **Eren**, Fikret: "Mirasta İade", Adalet Dergisi, Yıl: 54, 1963, Sayı:3-4, s. 340-358; Sayı: 5-6, s. 720-741; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: "Mirasta İade (=Denkleştirme) ile İlgili Meseleler", Medeni Kanun'un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 117-138; **Aydın Ünver**, Tülay: "Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 111-146; **Turanboy**, K. Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Tabi Sağlararası Hukuki İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010; **Turan Başara**, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2013. İsviçre hukuk literatüründe bu konuda yazılmış eserler için bkz. örneğin **Wolfer**, Hans: Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Buchdruckerei E. Meyer, Männedorf 1910; **Tuor**, Peter: "Herabsetzung und Ausgleichung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 61, 1925, s. 1-20; **Rösli**, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522-533 und 626-633), Universitätsverlag, Zürich 1935; **Gubler**, Heinz: Die Ausgleichungspflichtigen Zuwendungen (Art. 626 ZGB), Stämpfli Verlag, Bern 1941; **Müller**, Jakob Arnold: Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 271, Bern 1949; **Guisan**, Francois (çeviren: K. Fikret Arık): "Medeni Kanun'un 527. ve 626. (TMK 507 ve 603) Maddelerinde Miras Bırakanın Miras Hissesine Mahsuben Sağlığında Yaptığı Teberrular Mefhumu", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Yıl: 1953, Sayı: 1-4, s. 200-219; **Schwendener**, Ulrich: Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten, Buchdruckerei E. Rohner, Zürich 1959; **Moser**, Friedrich Gerhard: Die Erbrechtliche Ausgleichung gemischter Schenkungen nach schweizerischem Erbrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1963; **Weimar**, Peter: "Zehn Thesen zur Erbrechtlichen Ausgleichung", Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1995, s. 833-857; **Widmer**, Pierre: Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 408, Bern 1971; **Druey**, Jean Nicolas: "Ausgleichung oder rapport? Eine Frage zur 626 ZGB", Mélanges Paul Piotet, Stämpfli Verlag, Bern 1990, s. 25-44.; **Eitel**, Paul: "Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen", Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Band 142, 2006,

Kanaatimizce denkleştirme konusundaki tartışmalardan en önemlisi, altsoy ile birlikte mirasçı bulunan sağ kalan eşin, altsoya yapılmış olan karşılıksız kazandırmalar bakımından denkleştirme alacaklısı olup olamayacağına ilişkin tartışmadır; çünkü paylaşma konu terekelerin çoğu bakımından miras ortaklıkları, sağ kalan eş ve altsoydan oluşmaktadır.

Bu tartışmaya ilişkin olarak görüşümüzü ortaya koymak amacıyla yazdığımız makalemize, öncelikle denkleştirme işlemine ilişkin genel açıklamalarda bulunarak başlamayı uygun gördük. Miras Hukukunun en çetin konularından biri olan denkleştirme hakkında genel açıklamalar yapmak, şüphesiz ki kolay değildir; ama denkleştirmeye ilişkin başkaca sorunların çözümüne de bu makalede katkı yapmak gibi bir iddiamız bulunmamaktadır. Amacımız sadece makalemize konu aldığımız tartışma bakımından görüşümüzü destekleyeceğini düşündüğümüz verileri önceden ortaya koymaktır. Makalemizin ikinci ve temel kısmını ise, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olmayacağı tartışmasına özgüledik. Makalemizin bu kısmına, sağ kalan eşin diğer yasal mirasçılarla miras ortağı olduğu veya denkleştirme borçlusu bulunduğu durumlara kısaca değinerek başlayacağız. Bunun akabinde açacağımız iki alt başlıktan ilkinin altında, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olmasına ilişkin olarak öğretide savunulmuş üç ayrı görüşü aktaracağız. İkinci alt başlık altında ise, gerekçelerimizi ortaya koyarak bu görüşlerden hangisine katıldığımızı açıklayacağız.

I. DENKLEŞTİRME İŞLEMİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Türk Medeni Kanunu'nun 669-675. maddeleri arasında hükme bağlanmış olan denkleştirme^[2], saklı paylı olsun olmasın yasal mirasçılar arasında söz

s. 457-494; **Eitel**, Paul: "Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – einne Auslegeordnung", Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Band 134, 1998, s. 729-763; **Eitel**, Paul: "Zwei Grundfragen der gesetzlichen Ausgleichung – eine Replik", Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band 118, 1999, I. Hafband, Heft 1, Band 140 der gesamten Folge, s. 69-91.

[2] Denkleştirme işleminin ayrıntılı açıklaması hakkında bkz. dn. 1'de anılan eserler ve ayrıca **Gönensay**, Samim / **Birsen**, Kemaleddin: Miras Hukuku, İkinci Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963, s. 343 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 436 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 383 vd.; **Dural**, Mustafa / **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku-Cilt IV: Miras Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, no: 1346 vd.; **İnan**, Ali Naim / **Ertaş**, Şeref / **Albaş**, Hakan: İnan-Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 9. Baskı, İleri Kitabevi, Ankara 2012, s. 568 vd.; **İmre**, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 12. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2016, s. 512 vd.; **Öztan**, Bilge:

konusu olup mirasın paylaşımı aşamasında yapılan bir işlemdir (TMK m. 669; İsviçre Medeni Kanunu m. 626). Yasal mirasçılardan biri denkleştirmeye tâbi bir kazandırma elde etmiş ise, tüm yasal mirasçıların payları, mevcut terekeye bu kazandırma tutarının da eklenmesi ile bulunan miktar üzerinden karşılanır. Bu kazandırmayı elde etmiş olan mirasçının payı, önceden almış olduğu miktardan az ise, mirasçı fazlalığı terekeye fiilen de eklemek zorunda kalır. Payı, önceden aldığı miktardan fazla ise, bu mirasçı mevcut terekeden sadece eksik kalan tutarı isteyebilir; payı ile önceden aldığı miktar eşit olduğunda ise, bu mirasçı mevcut terekeden herhangi bir talepte bulunamaz. Her durumda, bu mirasçı denkleştirme borçlusu; miras ortaklığının diğer ortakları ise, onun karşısında denkleştirme alacaklısı olarak nitelendirilir.

Paylaştırmaya ilişkin olduğu için denkleştirme, ancak miras ortaklığının varlığında söz konusu olan bir işlemdir. Bu ortaklık, çoğu zaman altsoy kan hısımları arasında görülür; ama anne ve baba zümresi ya da büyük anne ve büyük baba zümresi de miras ortaklığını oluşturabilir. Sağ kalan eşin varlığında, o da zümre mirasçıları ile birlikte miras ortaklığına dâhil olacaktır. Sağ kalan eşin anne ve baba zümresi ile ya da büyük anne ve büyükbaba zümresi ile birlikte olduğu durumlar bakımından tartışmalı hiçbir husus bulunmamaktadır; ama sağ kalan eşin altsoy zümresi ile birlikte olması ihtimalinde denkleştirme borçlusu ve özellikle alacaklısı olması hususu, öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışmanın kaynağı da, denkleştirmenin altsoy ile altsoy dışındaki yasal mirasçılar açısından farklı esaslara tâbi tutulmuş olmasıdır.

Türk Medeni Kanunu'nun 669. maddesinin birinci fıkrasına göre, yasal mirasçılar, mirasbırakandan *miras paylarına mahsuben elde ettikleri* sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirme yükümlülüğü altındadırlar. Miras ortaklığındaki diğer yasal mirasçıların her biri de, denkleştirme alacaklısıdır. Maddenin ikinci fıkrası ise, en sık görülen miras ortaklıklarına ilişkin özel bir hükümdür. Buna göre, mirasbırakanın altsoya yapmış olduğu bazı karşılıksız kazandırmalar ve *bunların benzerleri, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça*, denkleştirmeye tâbidir. Altsoya yapılan bir kazandırma, ikinci fıkrada açıkça sayılan kazandırmalar ve onların benzerleri dışında kalıyorsa, ancak birinci fıkra çerçevesinde denkleştirmeye tâbi tutulabilir^[3]. Yalnız ikinci

Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 506 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 467 vd.; **Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 316 vd. ; **Serozan**, Rona / **Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 494 vd.; **Antalya**, Gökhan / **Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 451 vd.

[3] **Dural/Öz**, no: 1410.

fıkıradaki açıkça sayılan kazandırmalara benzer kazandırmaların neler olduğu sorusu, öğretilerde farklı yanıtlanmaktadır^[4].

Hemen belirtelim ki, sağ kalan eşin diğer miras ortakları karşısında denkleştirme alacaklısı olup olamayacağına ilişkin tartışma, sadece altsoya yapılıp da ikinci fıkra kapsamında kaldığı kabul edilen kazandırmalar bakımından söz konusu olacaktır. Zira altsoya yapılan bir kazandırma, ancak birinci fıkra kapsamında değerlendirilebiliyorsa, o da eşe yapılan kazandırma gibi miras payına

[4] Bu kazandırmaların kapsamını geniş yorumlayan yazarlar için bkz. **Eren**, s. 726; **Berki, Ş.**, s. 492; **Berki, A. H.**, s. 56; **Gönensay**, s. 524; **Gönensay/Birsen**, s. 347; **İmre/Erman**, s. 518; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 586; **Turanboy**, s. 76; **Aydın Ünver**, s. 131-132; **Serozan/Engin**, s. 496; **Ayan**, s. 317; **Tuor**, Peter / **Schnyder**, Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Neunte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979, s. 486; **Kunz**, Hans: "Die Ausgleichungspflicht des überlebenden Ehegatten nach dem ZGB", Schweizerische Juristen Zeitung 25, 1929, s. 305; **Rösli**, s. 83-84; **Gubler**, s. 56; **Schwendener**, s. 36-37; **Widmer**, s. 92-93; **Winistörfer**, Michéle: Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Schulthess, Zürich 2000, s. 178; **Eitel**, ZSR I, s. 82; **Eitel**, Paul: Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, zweite Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2004, Art. 626, no: 84 vd.

Bu kazandırmaların kapsamını dar yorumlayan yazarlar için bkz. **Wolfner**, s. 66 vd.; **Müller**, s. 57; **Moser**, s. 40; **Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch / Das Erbrecht Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess, Zürich 1960, Art. 626, no: 3; **Tuor**, Peter / **Pictoni**, Vito: Berner Kommentar – Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht / Das Erbrecht 2. Abteilung: Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964, Art. 626, no: 14; **Forni**, Rolando / **Piatti**, Giorgio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 626, no: 5; **Piotet**, Paul (übersetzt von René **Couchepin**): Schweizerisches Privatrecht, Viertes Band: Erbrecht, Erster Halbband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978, s. 295; **Beck, Alexander**, Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 1976, s. 167; **Turan Başara**, s. 94; **Kocayusufpaşaoğlu**, makale, s. 127 vd.; **Oğuzman**, s. 386; **Dural/Öz**, no: 1410; **Antalya/Sağlam**, s. 457.

Yargıtay'ın altsoya yapılan kazandırmaların benzerleri ifadesini dar yorumlayarak kapsam dışında kalan kazandırmaların miras payına mahsuben verilmiş olmadığı sürece denkleştirilemeyeceğini kabul ettiği kararlar için bkz. Yargıtay 2.HD. 16.6.1992, E. 5284, K. 6785 (**Uyar**, Talih: Türk Medeni Kanunu, Miras Hukuku, MK. 495-682, Cilt: III, Ankara 2002, s. 2927-2928); 2. HD. 24.10.1983, E. 7795, K. 9208 (**Uyar**, III, s. 2942); 2. HD. 24.03.1969, E. 1514, K. 1621 (**Uyar**, s.2959); 2. HD. 29.6.2004, E. 5449, K. 8642 (**Uyar**, Talih/**Uyar**, Alper/**Uyar**, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu, MK. 518-1030, Cilt: II, Ankara 2006, s. 1992); 2. HD. 7.6.2004, E. 6521, K. 7409 (**Uyar/Uyar/Uyar**, s. 1992-1993); 2. HD. 28.1.2003, E. 2002/14001, K. 1176 (**Uyar/Uyar/Uyar**, s. 1994). Yargıtay'ın altsoya yapılan kazandırmaları geniş yorumladığı kararlar için bkz. 2. HD. 8.6.2010, E. 3084, K. 10268; 2. HD. 13.7.2009, E. 8122, K. 13858 (**Özkan**, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Miras Hukuku (TMY Md. 495-682), Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 480-481)

mahsuben yapılmış olmak kaydıyla denkleştirmeye tâbi olacağı için herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu yüzden ikinci fıkrada açıkça sayılan kazandırmaların benzerlerinin neler olduğu sorusuna verilecek yanıtın, bu tartışma üzerinde de etkili olduğu söylenmelidir. Yalnız, altsoya yapılan kazandırmaları geniş yorumlayan görüşe katılıyor olsak da, makalemizin kapsamını düşünerek bu konuya daha fazla girmeyeceğiz.

Öğretide 669. maddenin birinci fıkrasındaki hüküm “*iradi denkleştirme*”, ikinci fıkrasındaki hüküm ise, “*kanuni denkleştirme*” olarak nitelendirilir^[5]. Gerçekten de, mirasbırakan birinci fıkraya göre, bir yasal mirasçısına sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunurken, bunun miras payına sayılmasını istediği yönünde bir irade açıklamasında bulunmaz ise, bu kazandırma denkleştirilmez, yani bu fıkra bakımından asıl olan karşılıksız kazandırmanın denkleştirilmemesi, istisna ise denkleştirilmesidir. Oysa sadece altsoy için geçerli olan ikinci fıkra bakımından, durum, bunun tam tersidir. Bu fıkra çerçevesinde değerlendirilebilen kazandırmalar, kural olarak, denkleştirmeye tâbidir; ama mirasbırakanın bunun aksini öngörmesi mümkündür. Bu da, denkleştirmenin kaynağının birinci fıkra çerçevesinde mirasbırakanın iradesi olduğu halde, ikinci fıkra çerçevesinde Kanun olduğu anlamına gelmektedir.

Türk Medeni Kanunu’nun 669. maddesinin iki fıkrası arasındaki bu farklılığın sebebinin açıklanması, denkleştirmenin temelinde yer alan düşüncenin belirlenmesini gerekli kılar. Denkleştirme işleminin temelinde yer alan düşüncenin, yasal mirasçılar arasındaki eşitliği sağlamak olduğu görüşü^[6], öğretide egemendir; ancak, denkleştirmenin amacının hakkaniyet ve adaleti sağlamak olduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur^[7]. Bazı yazarlar da, her iki görüşün birbirini tamamladığını, yasal mirasçılar arasındaki eşitliğin denkleştirme

[5] **Weimar** ise burada sadece bir karinenin öngörülmesi İsviçre Hukuku’nun kanuni denkleştirme fikrini tanımadığını kabul etmektedir (**Weimar**, s. 842).

[6] **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 3; **Berki, Ş.**, s. 490; **Gönensay/Birsen**, s. 343; **Eren**, s. 340; **Oğuzman**, s. 383; **İmre/Erman**, s. 512; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 581; **Öztaş**, s. 506; **Serozan/Engin**, s. 494; **Kılıçoğlu**, s. 467; **Antalya/Sağlam**, s. 451; **Turan Başara**, s. 19; **Turanboy**, s. 29; **Müller**, s. 24; **Kunz**, s. 306; **Guisan**, s. 205; **Moser**, s. 32; **Widmer**, s. 9; **Beck**, s. 164; Aksi yönde, **Berki, A.H.**, s. 54. Denkleştirme kurumunun mirasçılar arasında eşitliği sağlama amacına hizmet edemediği, zira mirasbırakanın altsoyuna yaptığı ve kanun gereği denkleştirmeye tâbi tutulan kazandırmalarla aslında çocukları arasında eşitliği bozmak gibi bir gaye gütmeye düşüncesindedir. Yazar, yasal mirasçılara da vasiyetler yapılabileceğine göre, onlara sağlıklarında yapılan kazandırmaların denkleştirilmeye tâbi tutulmasını tutarlı bulmamaktadır. Aynı yönde **Berki, Ş.**, s. 490.

[7] **Rösli**, ise, kanundan doğan denkleştirme yükümlülüğünün; mirasbırakanın tüm çocuklarına eşit mesafede olması itibarıyla onlara ekonomik açıdan da eşit muamele etmek istemesinden ziyade, mirasbırakanın çocuklarından bazılarını daha çok sevip

yoluyla sağlanması, zaten hakkaniyet ve adaleti sağlamaya hizmet ettiğini ifade etmektedirler^[8].

Kanundaki düzenleme tarzını bütün olarak ele aldığımızda, bu konuda öğretide ileri sürülen görüşlerin hepsinden de ayrıldığımızı belirtmeliyiz. Kanaatimizce *denkleştirmenin asıl amacı, sadece mirasbırakanın değer yargılarına uygun olan hakkaniyeti sağlamaktır*. Zira miras bırakan, yasal mirasçılara yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmaları denkleştirmeye tâbi tutup tutmamak konusunda tamamen özgür bırakılmıştır. Eşine veya kardeşine yaptığı bir kazandırmayı denkleştirme konusu edip etmemek onun elinde olduğu gibi altsoyuna sağladığı sermaye yardımını denkleştirmeden kurtarmak veya kurtarmamak da onun elindedir. Mirasbırakan, saklı pay kurallarını ihlâl etmediği sürece mirası üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceğine göre, denkleştirme yoluyla sağlanacak hakkaniyet, mirasbırakanın bakış açısına göre sağlanabilen hakkaniyet olmalıdır. Zira yasal mirasçılarının özel durumlarını, ihtiyaçlarını, kendisi ile olan ilişkilerini ve kendi mirasına ne ölçüde layık olduklarını en iyi bilen kişi, mirasbırakanın kendisidir. Bu hakkaniyet, duruma göre, mirasbırakanın mirasçuları arasındaki gerçek eşitliği bile bozmasını gerektirebilir. Gerçekten de, Miras Hukuku öncelikle mirasbırakanın son arzularını ayakta tutmaya hizmet etmek zorunda olduğuna göre; onun kişisel zaafı, seçimleri, eğilimleri göz önünde bulundurulduğunda mirasçılardan bazıları aleyhine gerçek bir eşitsizlik yaratması da, saklı pay kurallarını ihlâl etmemek koşuluyla, doğal karşılanmalıdır^[9].

Bu hakkaniyet, mirasçılar arasında gerçek eşitlik düşüncesi ile örtüştüğünde bile, bazen bir karşılıksız kazandırmının denkleştirmeye tâbi tutulması ile bazen de denkleştirmeden kurtarılması ile sağlanır. Bu yüzden örneğin mirasbırakanın altsoyuna sağladığı kuruluş sermayesini denkleştirmeden kurtarması, her zaman altsoy arasında bir eşitsizlik yaratmak değil, bilakis gerçek eşitliği sağlamak sonucunu da doğurabilir. Mirasbırakanın kendisine çok hizmeti olmuş bir çocuğuna sağlığında yaptığı bir kazandırmayı denkleştirmeden kurtardığını düşünelim. Bu çocuğun mirasbırakanla arasındaki ilişkiyi bilmeyen bir kişinin gözünden bakıldığında, mirasbırakan bu tutumuyla, ona bir avantaj sağlıyormuş gibi görünebilir; ama belki de bu çocuk söz konusu kazandırmayı iade etmemekle bile, mirasbırakana zamanında yapmış olduğu hizmetin hak

sevmediğine bakılmaksızın, içlerinden hiçbirini diğerlerine tercih etmeyeceği yönündeki genel adalet düşüncesine dayandığını ifade etmektedir. Bkz. **Rösli**, s. 22.

[8] **Forni/Piatti**, Art. 626, no: 1; **Schwendener**, s. 39; **Eitel**, BK, Art. 626, no:10; **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 3; **Öztaş**, s. 506; **Turan Başara**, s. 21.

[9] Bkz. **Escher**, Art. 626, no: 2.

ettiği ödülü alamamış veya diğer mirasçılarla arasındaki eşitlik ancak bu şekilde sağlanmış olabilir. Altsoy dışındaki bir yasal mirasçıya yapılan kazandırmaların denkleştirileceğinin öngörülmesi de, vaktiyle diğer mirasçılara yapılan karşılıksız kazandırmalar için böyle bir irade açıklaması olmadıysa, eşitlik sağlamaz; tam tersine eşitsizliğe yol açar. Bu yüzden *denkleştirme ya da denkleştirmeme yönünde bir irade açıklamasının varlığı da yokluğu da tüm özel koşullar birlikte değerlendirilmediği sürece, gerçek eşitlik lehine veya aleyhine bir değerlendirme için yeterli ipucu vermez*. Kaldı ki, hemen yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mirasbırakanın bakış açısına göre sağlanacak hakkaniyetin gerçek eşitliğe hizmet etmesi de zorunlu değildir. Kanaatimizce denkleştirmeye ilişkin kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun amacının da, mirasbırakana kendi adaletini en üst düzeyde sağlama şansını vermek olduğu kabul edilmelidir. Yalnız, görüşümüzü bu şekilde ortaya koymakla, henüz 669. maddenin iki fıkrası arasındaki farklılığın sebebini açıklamış olamadığımızı kabul etmeliyiz.

Türk Medeni Kanunu'nun 669. maddesinin iki fıkrası arasındaki farklılığı açıklayan iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birine göre; miras bırakanın altsoy mirasçılarını eşit olarak sevdiği varsayılabilir olduğundan onlara eşit davranması mirasbırakandan beklenir. Bu yüzden de altsoya yapılan kazandırmalar bakımından aslolan denkleştirmedir. Mirasbırakanın diğer mirasçılarını ise, eşit olarak sevdiği varsayılacağı için onlara eşit davranması da mirasbırakandan beklenemez^[10]. Bu yüzden ki; birinci fıkra çerçevesinde, altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalar bakımından esas olan, iradi denkleştirmedir. Diğer bir görüşe göre ise, iki fıkra arasındaki ayrımın sebebini ikinci fıkra açıkça sayılan kazandırmaların niteliğinde aramak gerekir^[11]. Miras bırakan, sadece altsoyuna ekonomik bağımsızlığını kazanması, koruması veya geliştirmesi, hayata tutunması amaçlı kazandırmalarda bulunur ve ancak bu gibi kazandırmalar açısından altsoyuna eşit davranması ondan beklenebilir. Zira bu tür kazandırmalar biraz da âdet üzere verilir. Bu yüzden altsoya yapılan kazandırma ancak bu nitelikte ise, ikinci fıkra çerçevesinde, kanuni denkleştirmeden söz edilebilir. Diğer yasal mirasçılara bu tarz bir kazandırma yapılması

[10] **Kunz**, s. 306; **Tuor**, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, zweite vollstaendig umgearbeitete Auflage des Buches "Das Neue Recht", Polygraphischer Verlag, Zürich 1932, s. 379; **Tuor**, ZBJV, s. 8; **Eren**, s. 341; **Dural/Öz**, no: 1367; **Serozan/Engin**, s. 496. **Kocayusufpaşaoğlu** ise, altsoy hısımlarını eşit sevmesi beklenen mirasbırakanın altsoy dışındaki hısımlarını neden eşit sevdiğinin kabul edilemediğini de sormaktadır (**Kocayusufpaşaoğlu**, makale, s. 127).

[11] **Kocayusufpaşaoğlu**, makale, s. 127.

olağan sayılamayacağı için, onlara yapılan kazandırmaların kanuni denkleştirme kapsamına alınmasına gerek bulunmamaktadır^[12].

Denkleştirmenin yasal mirasçılar arasında eşitliği sağladığı, denkleştirmenin ise eşitsizliğe yol açtığı düşüncesinin her iki görüş bakımından da etkili olduğu ortadadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mirasçılar arasındaki gerçek eşitlik, bunlardan birine veya bazılarına yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmaların bazen denkleştirmeye tâbi tutulması ile bazen de denkleştirmeye tâbi tutulmaması ile sağlanır. Bu yüzden kanun koyucunun altsoy ile altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan kazandırmalar söz konusu olduğunda denkleştirmenin kural olup olmaması bakımından yaptığı ayrımın sebebinin ne olduğu sorusuna verilen her iki yanıt da, tatmin edici olmaktan uzaktır. Kanaatimizce, bu sorunun yanıtını *sağlararası kazandırma yapan miras bırakanın yaşamını daha ne kadar devam ettireceğine ve geride kendisine mirasçı olarak kimleri bırakabileceğine olan inancında* aramak gerekir.

Altsoyu bulunan bir kişi, öldüğünde mirasının altsoyuna kalacağını öngörebilecek bir kişidir; henüz altsoyu bulunmayan bir kişi ise ya henüz çok genç olduğu için ya da diğer hısımlarının da çoğunlukla en az kendisi kadar yaşlı olması nedeniyle, bu konuda bir belirsizlik içindedir. Mirasçılarının kimler olabileceği hakkında az çok sağlam bir fikir sahibi olan mirasbırakan, eğer bu kişilerden birine bazı sağlararası kazandırmalarda bulunuyorsa, bu kişinin bir gün kendi mirasında da hak iddia edeceğini düşünerek, kendi adaletini sağlamak bakımından çeşitli önlemler alabilir. Sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunduğu kişinin kendisine mirasçı olmasını aklına bile getirmeyen bir mirasbırakanın ise, denkleştirme veya denkleştirmeme yönünde bir irade açıklamasında bulunması olağan değildir. Ayrıca bir kişinin sağlığında altsoyuna birtakım karşılıksız kazandırmalarda bulunmasını gerektirebilecek çok sayıda vesile bulunur; ama bir kişinin altsoyu dışındaki hısımlarına veya eşine sağlararası karşılıksız kazandırmalar yapması ihtimali, bir yabancıya bu gibi kazandırmalar yapması ihtimali ile hemen hemen aynıdır. Mirasbırakan, altsoy dışındaki hısımlarına ve eşine bu tarz kazandırmalar yaparken eğer onlara miras bırakma ihtimali de olduğunu hesaba katmasını gerektirecek bir durum içindeyse, kanun koyucu ona bu kazandırmayı denkleştirmeye tâbi tutma şansı vermiştir. Altsoyundan birine bir kazandırma yaptığında ise, mirasbırakanın ileride nasıl olsa mirasının da altsoyuna kalacağını, o yüzden bu kazandırma ile altsoy arasındaki dengenin sarsılabileceğini hesaba katması olağandır, hatta ondan bu beklenmelidir. Yalnız, onun bu konuda herhangi bir irade açıklamasında bulunmayı ihmal etmesi çoğu zaman bu kazandırmanın denkleştirilmesini

[12] **Kocayusufpaşaoğlu**, makale, s. 129.

istememesinden değil, yaşamını bir süre daha devam ettireceğine ve zaman içinde altsoyunun başka üyelerine yapacağı başka kazandırmalarla mirasçıları arasındaki eşitliği bizzat kurabileceğine olan inancından kaynaklanır. Mirasbırakan bu inancında yanılacak olursa, bu durum istemeden mirasçıları arasındaki gerçek eşitliği zedelemesine yol açabilir. İşte bu nedenle, altsoyuna sağlararası karşılıksız kazandırmalarda bulunan mirasbırakanın başkaca bir irade açıklaması bulunmadığında devreye giren Kanun hükmü, mirasbırakanın varsayılan iradesine uygundur^[13]. Bu yüzden altsoya yapılan karşılıksız kazandırmalar, aksi belirtilmedikçe denkleştirmeye tâbi tutulur.

Gerek denkleştirme işleminin temelinde yatan düşünce gerek 669. maddenin iki fıkrası arasındaki ayırımı sebebi bakımından ulaştığımız bu sonuçlar, aşağıda ele alacağımız tartışma bakımından şu yüzden önemlidir. Sağ kalan eşe yapılan kazandırmaların kanuni denkleştirme rejimine tâbi tutulmaması, mirasbırakanın onu altsoyundan daha az sevdiği anlamına da gelmez; onun diğer mirasçılarla eşit haklara sahip bir miras ortağı bulunduğu gerçeğini de değiştirmez. Yalnız mirasbırakan, normal koşullarda yaş itibarıyla akranı sayılabilecek olan eşinden önce öleceğine ihtimal vermek zorunda olmadığına göre, ona bir kazandırma yaparken bu kazandırmanın miras payına mahsup edilmesini istediği de varsayılmaz. Eşine miras bırakma ihtimalini yeterince yüksek bulan mirasbırakan ise, ona bir karşılıksız kazandırma sağlarken, istiyorsa bu kazandırmayı denkleştirmeye tâbi kılmak bakımından özgürdür.

II. SAĞ KALAN EŞİN ALTSOY KARŞISINDA DENKLEŞTİRME ALACAKLISI OLUP OLAMAYACAĞI TARTIŞMASI

Türk Medeni Kanunu'nun 669. maddesinin birinci fıkrasının, zümre sistemi dışında kalan bir yasal mirasçı olarak sağ kalan eşi de kapsadığı hususunda hiçbir tereddüt yoktur. Dolayısıyla sağ kalan eşe yapılan sağlararası karşılıksız kazandırma, ancak miras payına mahsuben yapılmış olmak kaydıyla denkleştirmeye tâbidir.

Sağ kalan eş, ikinci veya üçüncü zümredeki yasal mirasçılarla birlikte mirasçı olduğu takdirde, kendisine yapılmış olup da denkleştirilmesi öngörülmüş bulunan kazandırmalar bakımından, diğer yasal mirasçılara karşı denkleştirme yükümlüsü olur; onlardan birine yapılmış bu gibi kazandırmalar için de denkleştirme alacaklıları arasında yer alır. Bu ihtimallerden biri söz konusu olduğunda ortaya çıkan sonuç bakımından öğretide herhangi bir fikir ayrılığı

[13] **Tuor**, 379; **Tuor**, ZBJV, s. 9; **Tuor/Schnyder**, s. 485; **Moser**, s. 32; **Gönensay**, s. 524; **Eren**, s. 341; **Öztan**, s. 507; **Kocayusufpaşaoğlu**, makale, s. 122.

da bulunmamaktadır. Sorun, sağ kalan eşin altsoy ile birlikte mirasçı olduğu durumlar bakımından ortaya çıkmaktadır.

Sağ kalan eşe yapılan sağlararası kazandırmaların tâbi olduğu denkleştirme rejimi, altsoya yapılan kazandırmaların tâbi olduğu denkleştirme rejiminden farklıdır. Sağ kalan eşe yapılan kazandırmalar iradi, altsoya yapılan kazandırmalar ise kanuni olarak denkleştirilmektedir. Miras bırakanın üç çocuğundan birine yaptığı denkleştirmeye tâbi kazandırmanın aynısını veya benzerini diğerlerine de yapması ihtimalinde, diğerleri de kanun gereği denkleştirme borçlusu olacaktır. Bu yüzden bu ihtimalde, her iki kardeşin üçüncü karşısında, denkleştirme alacaklısı olacağından şüphe edilmez. Yalnız sağ kalan eş, kendisine yapılmış olan kazandırmanın ancak denkleştirilmesi öngörüldüğu takdirde, denkleştirme yükümlüsü olabilmektedir. Bu yüzden, şu soru ortaya atılmıştır: *Altsoy hısımlardan birine yapılan kazandırma kendisine yapılsaydı, kanun gereği denkleştirmekle yükümlü tutulamayacak olan eşin, altsoya yapılan kazandırma bakımından denkleştirme alacaklısı sayılması âdil midir?*

Bu soru, özellikle sağ kalan eşin, mirasbırakanın altsoyuyla bizzat ebeveyn çocuk ilişkisi içinde bulunmadığı durumlar bakımından daha da büyük önem taşır. Zira mirasbırakanın çocukları, sağ kalan eşin kendi anneleri veya babaları sıfatını da taşıması ihtimalinde, ona karşı denkleştirme yükümlülüğu altında bulunmakta bir sakınca görmeyebilirler; ama diğer durumda aynı şeyi söylemek pek mümkün olmaz. Mirasbırakanın altsoyunun bazı üyelerinin sağ kalan eşinden olması; ama diğerlerinin önceki eşinden veya eşlerinden olması ihtimali ise, sorunu daha da karmaşıklaştırabilir.

Öğretide bu soruya yanıt vermek üzere üç ayrı görüş üretilmiş bulunsa da; bu soruya verilecek yanıtın pratik bir öneminin bulunmadığı da ileri sürülmüştür. Bu düşüncenin sebebi ise, sağ kalan eşin, altsoyla birlikte mirasçı olduğunda miras payının tamamının saklı pay koruması altında bulunmasıdır. Buna göre, miras payına eşit olan saklı payını tenkis davası ile nasıl olsa elde edebilecek olan sağ kalan eşin, denkleştirme alacaklısı sayılıp sayılmaması onun açısından bir sakınca yaratmayacaktır. Hemen ifade edelim ki, biz bu düşüncede değiliz. Aşağıda önce bu konuda öğretide ileri sürülen görüşlerin her birini kısaca ve bir örnek yardımıyla ortaya koyacak, sonra da kendi görüşümüzü açıklayacağız. Bunu yaparken de bu soruya verilecek yanıtın pratik bir önemi olmadığı düşüncesine neden katılmadığımızı da açıklama fırsatı bulacağız.

A. Öğretideki Görüşler

Sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı sayılıp sayılmayacağı tartışmasına ilişkin olarak öğretide ortaya atılmış bulunan görüşleri, tek bir örnek üzerinden açıklamaya çalışmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Bu amaçla başvurduğumuz örneğimizi, hesaplanması ve takip edilmesi kolay bir ihtimal üzerine kuracağız. Sağ kalan eşin denkleştirme alacaklısı olup olmaması konusu, altsoya yapılan kazandırmaların niteliği ile de yakından ilgili olduğu için; örneğimizdeki altsoylardan birine ikinci fıkra kapsamında olduğu tartışmasız bulunan bir kazandırma yapıldığını, diğerine bu bakımdan niteliği tartışmalı bir kazandırma yapıldığını, birine de hiçbir karşılıksız kazandırma yapılmadığını varsayacağız. Örneğimiz şöyledir:

Miras ortaklığı; miras bırakan Metin'in eşi Esmâ, kırk yaşındaki oğlu Ayhan, otuz beş yaşındaki oğlu Bora ve yirmi beş yaşındaki kızı Ceren'den ibarettir. Metin'in üç çocuğunun annesi de Esmâ'dır. Metin, sağlığında Esmâ'ya 150.000 liralık bir kazandırma yapmış ve bu kazandırmanın denkleştirilmesini de emretmiştir. Metin, ölümünden uzun yıllar önce Ayhan'a da 100.000 liralık bir karşılıksız kazandırma yapmıştır. Hayata tutunma amacı sağladığı iddia edilemeyecek olan bu kazandırmanın denkleştirilmesi konusunda Metin'in herhangi bir irade açıklaması bulunmamaktadır. Metin, Bora'ya 50.000 lira değerinde kuruluş sermayesi vermiş ve bu kazandırmayı denkleştirmeden muaf tutmamıştır. Metin, Ceren'e ise herhangi bir karşılıksız kazandırmada bulunmadan ölmüştür. Metin'in net terekesi, 400.000 liradır^[14].

Hemen belirtelim ki; bu örnek üzerinden hesap yaparken mutlaka göz önünde tutulması gereken iki ihtimal vardır. Bunlar da sağ kalan eşle birlikte mirasçı olan altsoya yapılan kazandırmaların kapsamının dar veya geniş yorumlanmasına ilişkin olarak ortaya çıkar. Bu konuda yapılacak farklı yorumlar, paylaşımaya esas terekeyi de farklı bulmamıza yol açacaktır. Bu yüzden açıklamalarımızda bu ayrımı göz önünde bulunduracağız. Ayrıca, aşağıdaki görüşlerin her birinin tam olarak açıklanması, kanaatimizce, sağ kalan eşe hiçbir karşılıksız kazandırmanın yapılmamış olması ihtimalinin de değerlendirilmesini gerekli kılar. Yalnız Esmâ'ya zamanında 150.000 liralık bir kazandırma sağlanmamış olsaydı, mevcut terekenin 400.000 lira yerine 550.000 lira olacağı kesin olarak söylenemez. Bu yüzden bu varsayım üzerinden ulaşacağımız sonucun aslında her zaman isabetli sayılmayacağına dikkat çekmek zorundayız; çünkü Metin, Esmâ'ya

[14] Sağ kalan eş, altsoy zümresi ile birlikte mirasçı olduğu için miras payı, paylaşımaya tâbi tutulan terekenin 1/4'ü üzerinde olup kalan 3/4'ü aralarında paylaşacak olan zümre mirasçıları üç kişi olduğundan onların her birinin miras payı da paylaşımaya tâbi terekenin 1/4'erlik oranları üzerinde olacaktır (TMK m. 499.1 ve m. 495/II).

vermediği bu tutarı bir yabancıya vermiş de olabilir ve o zaman mevcut tereke yine 400.000 lira olur. Bu yüzden, aşağıdaki görüşlerin her birinin sonuçlarını açıklarken her iki ihtimali de göz önünde bulunduracağız.

1. Altsoy Karşısında Denkleştirme Alacaklısı Sayılabilmesi İçin Sağ Kalan Eşi de Kanunen Denkleştirme Borçlusunu Olarak Değerlendiren Görüş

Öğretide pek kabul görmeyen bu görüşe göre, sağ kalan eşin altsoy zümresine dâhil bir mirasçı olmaması, onun kendiliğinden 669. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesini gerektirmez. Birinci fıkroda esas olan iradi denkleştirme iken, ikinci fıkroda kanuni denkleştirme esas olduğuna göre, sağ kalan eşi birinci fıkra kapsamında değerlendirmek, onu altsoydan daha çok korumak anlamına geleceği için, açık bir adaletsizlik doğurur. Bu adaletsizliği gidermek üzere, ortada bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir ve bu boşluk, sağ kalan eşin de altsoy gibi kanuni denkleştirmeye tâbi tutulması ile doldurulmalıdır^[15].

Bu görüş çerçevesinde, örneğimizde Esmâ'ya yapılan kazandırma, denkleştirileceği öngörülmüş olmasaydı da terekeye eklenmelidir. Ayhan'a yapılan kazandırma, onun hayata tutunması amacıyla yapılmış sayılamayacağı için ikinci fıkra kapsamında görülmezse, denkleştirilmesi öngörülmediği için terekeye eklenmez, ikinci fıkrayı geniş yorumlayan yazarların düşüncesine göre ise, denkleştirmeden açıkça kurtarılmadığı için terekeye eklenir. Bora'ya yapılan kazandırmanın denkleştirmeden kurtarılmadığı için terekeye ekleneceğinde hiçbir şüphe yoktur.

Böylece altsoya yapılan kazandırmaları dar yorumlayan görüş çerçevesinde, paylaşımına tâbi tereke (400.000 + 150.000 + 50.000=) 600.000 lira; altsoya yapılan kazandırmaları geniş yorumlayan görüş çerçevesinde (400.000 + 150.000 + 100.000 + 50.000=) 700.000 lira olacaktır. Paylaşımına tâbi tereke 600.000 lira olduğunda, Esmâ 150.000 lira tutacak miras payını, daha önce elde etmiş sayılacağı için mevcut terekeden ayrıca bir talepte bulunamayacaktır. Bu durumda, Ayhan ve Ceren, mevcut terekeden 150.000'er lira, Bora ise sadece 100.000 lira alabilecektir. Paylaşımına esas tereke 700.000 lira olduğunda ise, Esmâ 175.000 lira olan miras payının 150.000 lirasını daha önce almış sayılacağı için mevcut terekeden sadece 25.000 lira alabilecektir. Bu durumda mevcut terekeden Ayhan 75.000 lira, Bora 125.000 lira, Ceren ise 175.000 lira alabilecektir.

[15] Bu görüşün açıklaması için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 119; **Eren**, s. 346-347; İsviçre Hukukunda bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Eren**, s. 346, dn. 19'da anılan yazarlar.

Bu görüş çerçevesinde, Esmâ, hiçbir kazandırma almamış olduğu durumlarda da, altsoyla aynı muameleye tâbi tutulacağı için altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olabilecektir. O halde, Esmâ'ya yapılmamış olan kazandırmanın mevcut terekede kalmış olacağı varsayılacak olursa, paylaşımına esas tereke yine Ayhan'a yapılan kazandırma denkleştirilmediğinde (550.000 + 50.000=) 600.000 lira, bu kazandırma da denkleştirildiğinde (550.000 + 100.000 + 50.000=) 700.000 lira olacaktır. Bu durumda Esmâ, 150.000 lira veya 175.000 lira olan payını doğrudan doğruya mevcut terekeden alabilecektir. Ayhan kendisine yapılan kazandırma denkleştirilmeyecek ise, mevcut terekeden 150.000 lira, denkleştirildiğinde ise sadece 75.000 lira alabilecektir. Bora, mevcut terekeden ya 100.000 lira ya da 125.000 lira alabilecektir. Ceren ise tıpkı Esmâ gibi 150.000 lira ya da 175.000 liralık miras payının tümünü mevcut terekeden alabilecektir.

Esmâ'ya verilmemiş olan 150.000 lira, belki de bir yabancıya verildiği için mevcut terekeye girmemişse, bu durumda paylaşımına esas tereke (400.000 + 50.000=) 450.000 veya (400.000 + 100.000 + 50.000=) 550.000 lira olarak belirlenecektir. Esmâ, mevcut terekeden birinci ihtimalde 112.500 lira, ikinci ihtimalde 137.500 lira alabilecektir. Birinci ihtimalde Ayhan da mevcut terekeden 112.500 lira alacak; ama ikinci ihtimalde Ayhan'ın alacağı sadece 37.500 lira olacaktır. Buna karşılık Bora'nın birinci ihtimalde sadece 62.500 lira olan alacağı, ikinci ihtimalde 87.500 liraya çıkacaktır. Ceren ise duruma göre 112.500 ya da 137.500 lira olan payını tümüyle mevcut terekeden alabilecektir.

2. Sağ Kalan Eşin 669. Maddenin Birinci Fıkrası Kapsamında Bulunması Nedeniyle Altsoy Karşısında Denkleştirme Borçlusu veya Alacaklısı Sayılamayacağı Görüşü

Yargıtay'ın da kabul ettiği ve öğretide oldukça taraftarı bulunan diğer bir görüşe göre^[16], mirasçılar “birbirlerine karşı” denkleştirme yükümlülüğü altında olacaklarına göre, iradi denkleştirme rejimine tâbi olan sağ kalan eşin kanuni denkleştirme rejimine tâbi olan altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olması kabul edilemez, çünkü bunlar birbirleri ile aynı statüde değillerdir. Altsoya yapılan bir kazandırma aksi öngörülmediği için denkleştirmeye tâbi tutulur

[16] 2. HD. 23.6.1981, E. 4793/4897 (Uyar, s. 2945); 2. HD. 3.4.1980, E. 1214, K. 2923 (Uyar, s. 2948-2949); 2. HD. 27.3.1980, E. 9543, K. 2672 (Uyar, s. 2949-2950) 2. HD. 19.10.1978, E. 6181, K. 7238 (Uyar, s. 2945); 2. HD. 16.2.1978, E. 918, K. 1220 (Uyar, s. 2950); 2. HD. 28.10. 1976, E. 6834, K. 7532 (Uyar, s. 2945-2947); Kocayusufpaşaoğlu, tez, s. 121-122; Tuor, ZBJV, s. 9-10; Tuor/Picenoni, Art. 626, no: 13; Escher, Art. 626, no: 6 vd.; Kunz, s. 307; Rösli, s. 43; Gubler, s. 132; Schwendener, s. 111; Eitel, ZSR I, 90; Eitel, BK, Art. 626, no: 141; Beck, s. 166; Kocayusufpaşaoğlu, tez, s. 121 vd.; Eren, s. 348; Antalya/Sağlam, s. 455; Serozan/Engin, s. 495.

iken aynı türden bir kazandırma eşe yapılsaydı kendiliğinden denkleştirmeye tâbi olmayacaktı. Demek ki; altsoyun her bir üyesi ancak altsoyun diğer temsilcilerine karşı denkleştirme yükümlülüğü altında olmalıdır. Bu görüş taraftarları sağ kalan eşin, mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde nasıl olsa katılım alacağına sahip olduğuna ve ölen eşi üzerinden dul aylığı alabileceğine dikkat çekerek, onun bir de altsoya yapılan kazandırmalar bakımından alacaklı sayılmasını adaletsiz olarak görmekteyler^[17]. Ayrıca onlara göre, saklı pay korunmasından yararlanıyor olabilmesi de, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olamamasını telafi etmeye yetecek güçtedir^[18].

Bu görüş, paylaşımaya esas terekeyi, altsoy mirasçılarının payı için ayrı, sağ kalan eşin payı için ayrı hesaplamayı önermektedir. Bunun için, önce altsoya yapılan kazandırmaların eklenmediği tereke üzerinden sağ kalan eşin payı bulunup ayrılacak, sonra terekeden bu miktar ayrıldıktan sonra kalan kısma, altsoya yapıp da denkleştirmeye tâbi olan kazandırmalar eklenecektir. Böylece bulunan tereke, altsoy arasında paylaşılacaktır. Bu görüş taraftarları, sağ kalan eşe yapıp da denkleştirmeye tâbi tutulan kazandırmaların akıbeti konusunu ise belirsiz bırakmışlar ve ona yapılan kazandırmanın nasıl olsa denkleştirmeye tâbi olmadığı varsayımını açıklamakla yetinmişlerdir^[19].

Bu durumda üç farklı şekilde düşünmek bize mümkün görünüyor: Birincisi; eşe yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi tutulduğuna göre, ortada sorun kalmamıştır, eş artık altsoya yapılan kazandırmalar bakımından da alacaklı olabilir. Ancak bu düşüncede, eşe yapılabilecek başkaca kazandırmaların kanun gereği denkleşmeyecek olduğu varsayımı bertaraf edilmiş olmaz. Esasen bu görüş, bu varsayımdan hareket etmektedir.

İkinci ihtimalde, eşe yapılan kazandırmalar ancak mirasbırakanın iradesi bu yönde olduğu için denkleştirildiğinden ve altsoy da iradi olarak denkleştirme yükümlüsü sayılmadığından, eşe yapılan kazandırma bakımından da karşılıklılık unsurunun bulunmadığı söylenebilir. Bu durumda eşin de aldığı kazandırmayı denkleştirmesi beklenemez. Yalnız bu sonuç, mirasbırakanın açık iradesine kesin olarak aykırı olacaktır. Kaldı ki, altsoyun kanuni olarak denkleştirme yükümlüsü olması, iradi olarak yükümlü olmamasını bertaraf edecek güçtedir.

[17] **Wüst**, Hans: Warten auf das Bundergericht... Bleibt der überlebende Ehegatte gegenüber Nachkommen weiterhin ausgleichsberechtigt, successio 2009, s. 332.

[18] **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 123; **Escher**, Art. 626, no: 11; **Tuor/Pictoni**, Artikel 626, no: 37; **Rösli**, s. 35, dn. 2, s. 43, dn. 4.

[19] Bkz. örneğin **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 120.

Üçüncü ihtimal eşe yapıp da denkleştirmeye tâbi tutulan bu kazandırmanın, sağ kalan eşin miras payının belirlendiği terekeye eklenmesi olabilir. Bu noktada altsoya yapılan kazandırmaları dar yorumlayan görüş çerçevesinde birinci fıkra kapsamında değerlendirilebilecek bir kazandırma söz konusu olup da bu kazandırmanın denkleştirilmesinin de emredilmiş olduğu varsayılacak olursa, o zaman sağ kalan eşin payının belirlendiği tereke hesaplanırken bu kazandırmanın da söz konusu terekeye eklenmesi gerekecektir. Ne var ki, bu konuda endişe etmeye kanaatimizce gerek yoktur; çünkü ikinci fıkra kapsamında olduğu kabul edilemeyen kazandırmalardan birini altsoyuna yapmış olan mirasbırakan, bu kazandırmanın denkleştirilmesini istese bile, muhtemelen bunu belirtmesi gerektiğinin bilincinde olmayacaktır ya da zaten bu kazandırmanın denkleştirilmesini istemeyeceği için, denkleştirilmesi yönünde bir açıklama yapmayacaktır. Sağ kalan eşe yaptığı kazandırma için ise, varsa böyle bir niyeti olduğunu mutlaka belli edecektir.

Örneğimizde, Esmâ'ya yapılan kazandırmanın denkleştirilmesi emredilmişti. Demek ki bu görüş çerçevesinde; Esmâ'nın payını belirlemek için altsoya yapıp da denkleştirmeden kurtarılmayan kazandırmaları bile göz ardı ederek paylaşımaya esas terekeyi bulmak gerekecektir. Mevcut tereke 400.000 lira ve Esmâ'nın miras payına mahsup etmesi emredilmiş olan miktar 150.000 lira olduğuna göre, üzerinden Esmâ'nın payını hesaplayacağımız paylaşımaya esas tereke, 550.000 lira olur. Ayhan'a yapılan kazandırmayı hayata tutunma amacı taşımadığı için birinci fıkra kapsamında değerlendiren görüş çerçevesinde bile bu terekeye eklemek mümkün değildir; çünkü Metin, bu yönde bir irade açıklaması yapmamıştır^[20]. Bu durumda, Esmâ'nın 137.500 lira miras payı vardır ve bunu çoktan almıştır. Fazladan aldığı 12.500 lirayı mevcut terekeye ilave etmesi ondan beklenecektir. Esmâ'ya yapılan kazandırmanın denkleştirilmesi emredilmeseydi, o zaman 400.000 lira olarak kalacak olan paylaşımaya esas terekeden 100.000 lira alıp önceden aldığı 150.000 liranın da tümünü muhafaza edebilecekti. Yukarıda da söylediğimiz gibi bu görüş taraftarları sağ kalan eşe yapılan kazandırmaların denkleştirilmesinin emredilmemiş olması varsayımından yola çıkmaktadırlar. Bu

[20] Ayhan'a yapılan kazandırmanın da denkleştirilmesi öngörülmüş olsaydı, bu görüşün tutarlı sonucu olarak, sağ kalan eşin payının belirleneceği paylaşımaya esas terekede bu kazandırma da hesaba katılmalıdır. Hatta bu şekilde bulunan tereke üzerinden sadece Esmâ'nın değil Ayhan'ın payının da hesaplanıp aldığı kazandırma düşüldükten sonra, mevcut terekeden ona verilmesi gerekir. O zaman da, mevcut terekeden artakalan tutara sadece Bora'ya yapılan kazandırma eklenir ve böylece bulunan tereke ikiye bölünerek Ceren ile Bora'nın payları tespit edilir. Ayhan'a yapılan kazandırma da birinci fıkra kapsamında denkleşecekse, onu da Esmâ ile aynı kefedeye görmek ve Bora'ya yapıp da denkleştirmeden kurtulmayan kazandırmadan yararlandırmamak ayrıca onu da Ceren ve Bora karşısında denkleştirme borçlusu olarak görmemek gerekir.

yüzden verdikleri örneklerde altsoydan bir talepte bulunamayacak sağ kalan eşin de kendisine yapılan kazandırmaları iade etmek zorunda kalmayacağını ifade etmekle yetinmişlerdir^[21]. Kanaatimizce, mirasbırakanın sağ kalan eşe yaptığı kazandırmayı denkleştirme niyeti ortadayken, onun bu arzusunu görmezden gelmek mümkün olmayacağına göre, bu ihtimal, bu görüş çerçevesinde de mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

O halde, bu görüş çerçevesinde Esmâ'nın payı 137.500 lira olarak belirlendikten ve fazladan aldığı 12.500 lira mevcut terekeye eklendikten sonra Bora'ya yapılan kazandırma da denkleştirmeden muaf tutulmadığı için terekeye eklenecektir. Böylece (400.000 + 12.500 + 50.000=) 462.500 lira olan tereke üçe bölünüp her bir kardeşin miras payı 154.166 lira olarak belirlenir. Ayhan ve Ceren, Esmâ'nın fiilen iade etmek zorunda kalacağı 12.500 lira sayesinde artık 412.500 lira olan mevcut terekeden bu tutarı tümüyle alır, Bora ise sadece kalan 104.166 lirayı alır.

Altsoya yapılan kazandırmaların kapsamını geniş yorumlayan görüş, böyle bir olayda sağ kalan eşin payı için herhangi bir fark yaratmaz, çünkü sağ kalan eşin payı nasıl olsa, altsoyun denkleştirmesi emredilen kazandırmalardan bağımsız olarak hesaplanmıştır. Bu farklılık, altsoyun miras paylarının belirlendiği terekeyi bulmak bakımından önem kazanacaktır. Şöyle ki; Ayhan'a yapılan kazandırma, ikinci fıkra kapsamında değerlendirilecek olsaydı, Metin'in bu kazandırmayı denkleştirmeden muaf tutma yönünde bir irade açıklaması bulunmadığından, bu 100.000 lira da terekeye eklenecek ve üç kardeşin her birinin payı 562.500 liranın üçte biri, yani 187.500 lira olarak bulunacaktı. 412.500 liralık mevcut terekeden sadece Ceren bu tutarın tümünü alabilecek; daha önce aldıkları kazandırmaları denkleştirmekle yükümlü olan Ayhan 87.500 lira, Bora ise 137.500 lira alacaktı.

[21] Bu görüş taraftarlarının sağ kalan eşin, kendisine yapılan kazandırmalar, miras payına mahsuben yapılmış olsa bile, altsoy karşısında denkleştirme yükümlüsü olmadığı hususundaki açıklamalarına uygun bir hesaplama yapacak olursak, o zaman tablo şöyle olacaktır: Esmâ, Metin'in denkleştirme yönündeki arzusuna rağmen, 150.000 lirayı mevcut terekeye eklemeyerek kendisinde muhafaza eder. Esmâ, ayrıca, 400.000 liralık mevcut terekenin 100.000 lirasını alır. Üç kardeşin arasındaki paylaşım esas tereke ise; kalan 300.000 liraya, ya sadece Bora'ya yapılan kazandırmanın eklenmesi ile 350.000 lira ya da Ayhan'a yapılan kazandırmanın da eklenmesiyle 450.000 lira olarak bulunur. Bu durumda her bir kardeşin miras payı ya 116.666 ya da 150.000 lira olur. Her iki ihtimalde de mevcut terekeden Ceren, payını olduğu gibi; Bora payından 50.000 lira eksik alır. Ayhan ise, paylaşım esas terekenin 350.000 lira olduğu ihtimalde tüm payını mevcut terekeden alacak iken, 450.000 lira olduğu ihtimalde payından 100.000 lira eksikliğini mevcut terekeden alabilir.

Metin, Esmâ'ya hiçbir sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunmuş olmasaydı; bu görüş çerçevesinde, sağ kalan eşin payı yine mevcut terekeden verilecekti. Ne var ki; Esmâ'ya verilmemiş olan 150.000 liranın mevcut terekede bulunacağını hiçbir garantisi olmazdı. Eğer bu miktar tümüyle mevcut terekede bulunuyorsa, o zaman Esmâ'nın miras payı 550.000 lira tutarındaki mevcut terekenin dörtte biri kadar, yani 137.500 lira olurdu. Bu miktar Metin tarafından harcadığı veya bir yabancıya bağışlanmış olduğu için terekede kalmamış ise, o zaman Esmâ'nın miras payı, 400.000 lira tutarındaki mevcut terekenin dörtte biri kadar, yani 100.000 lira olurdu. O zaman, Esmâ'nın payı ayrıldıktan sonra kalan kısma (412.500 lira ya da 300.000 lira), Bora'ya yapılan kazandırma kesin olarak eklenir; ama Ayhan'a yapılan kazandırma da eklenmezse, paylaşma esas tereke 462.500 lira veya 350.000 lira olur. Eğer Ayhan'a yapılan kazandırma da eklenecek olursa, o zaman da paylaşma esas tereke, 562.500 lira veya 450.000 lira olacaktır. Her ihtimalde de mevcut terekeden, Ceren, bu miktarların üçte biri olan payını tümüyle alacak; Bora ise payının 50.000 lira eksiği için mevcut terekeye yönelebilecektir. Ayhan denkleştirme borçlusu sayıldığı durumlarda payından 100.000 lira eksiğini, diğer hallerde payının tümünü mevcut terekeden alabilecektir.

3. Sağ Kalan Eşin Denkleştirme Yükümlülüğününün 669. Maddenin Birinci Fıkrasından, Altsoy Karşısında Denkleştirme Alacağıın da 669. Maddenin İkinci Fıkrasından Doğduğunu Kabul Eden Görüş

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kabul ettiği^[22] bu görüş, gayet basittir. Buna göre, sağ kalan eşe yapılan kazandırma, iradi olarak denkleştirmeye tâbi tutulmuş olmak kaydıyla, sağ kalan eş, altsoya karşı denkleştirme borcu altındadır. Altsoy mirasçılardan birine yapılan kazandırma da, denkleştirmeden muaf tutulmamış ise, bu kazandırma bakımından hem diğer altsoy mirasçılarının hem de sağ kalan eşin denkleştirme alacağı bulunur. Mirasçılarının birbirine karşı denkleştirme yükümlülüğü altında olması, sağ kalan eşin altsoy

[22] BGE 77 II 228. **Wolfer**, s. 53; **Müller**, s. 75; **Weimar**, s. 854; **Wildisen**, Christoph: Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1999, s. 194; **Winistörfer**, s. 194; **Forni/Piatti**, Art. 626, no: 6; **Piotet**, s. 314; **Eren**, s. ; **İmre/Erman**, s. 522; **Dural/Öz**, no: 1378; **İnan/Ertaş/Albaş**, s. 583. **İnan, Ertaş ve Albaş**, eserlerinde bu tartışmaya açıkça değinmemişlerdir. Yine de, miras ortaklığındaki tüm yasal mirasçılarının denkleştirme yükümlüsü olanlar karşısında alacaklı olduğunu kabul ettikleri için, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme olabileceği görüşünde oldukları sonucunu çıkarıyoruz. **Turanboy**, s. 38; **Turan Başara**, s. 199-200. **A. H. Berki** ise, mevcut hükümler çerçevesinde bu görüşe uygun olan sonucun geçerli olduğunu kabul etmekle birlikte, sağ kalan eşin altsoy aleyhine denkleştirmeden yararlanmasını âdil bulmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Berki, A. H.**, s. 55.

karşısında denkleştirme alacaklısı olmasını engellemez. Mirasçılardan birbirine karşı denkleştirme yükümlülüğü altında olması, bu mirasçılardan hepsinin de denkleştirme borcunun aynı rejime tâbi olması gerektiği anlamına gelmez. Eşe yapılan kazandırma mirasbırakanın iradesi o yönde olduğu için, altsoya yapılan kazandırma da mirasbırakanın aksi yönde bir iradesi bulunmadığı için denkleştirmeye tâbidir; ama sonuçta o veya bu yolla denkleştirmeye tâbi olan her kazandırma bakımından bütün diğer miras ortaklarının denkleştirme alacaklısı oldukları kabul edilmelidir.

Yukarıda verdiğimiz örneği bu görüşe uyarlayacak olursak, gerek sağ kalan eşe gerek altsoy hısımlarına yapılan ve denkleştirmeye tâbi olan kazandırmalar, paylaşma sırasında terekeye eklenecektir. Böylece paylaşma tâbi tereke, 669. maddenin ikinci fıkrasını dar yorumlayan görüşe göre (400.000 + 150.000 + 50.000=) 600.000 lira olacaktır. Paylaşma tâbi tereke, 669. maddenin ikinci fıkrasını geniş yorumlayan görüşe göre ise, (400.000 + 150.000 + 100.000 + 50.000=) 700.000 lira olacaktır. Böylece her bir mirasçının ilk ihtimalde 150.000 lira tutarında, ikinci ihtimalde 175.000 lira tutarında miras payı bulunur. Birinci ihtimalde Esmâ, mevcut terekeden herhangi bir talepte bulunamaz iken, Ayhan terekeden 150.000 lira alabilecek, Bora 100.000 lira alabilecek, Ceren de 150.000 lira alabilecektir. İkinci ihtimalde, mevcut terekeden Esmâ 25.000 lira, Ayhan 75.000 lira, Bora 125.000 lira, Ceren ise 175.000 lira alabilecektir^[23]. Görüldüğü gibi sağ kalan eşin, altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olmadığı sorusu, bu görüş çerçevesinde yanıtlandığında da, sağ kalan eşin miras payının kapsamı, altsoya yapılan kazandırmaların benzerleri kavramına verilecek yanıttan büyük ölçüde etkilenmektedir.

Metin, sağlığında Esmâ'ya hiçbir karşılıksız kazandırmada bulunmamış olsaydı, ölümünde mevcut terekenin 550.000 lira olması mümkün olabilirdi; ama pekâlâ eşine yapmadığı kazandırmayı bir yabancıya yapmış da olabilir ve terekesi yine sadece 400.000 liradan ibaret de bulunabilirdi. Mevcut tereke 550.000 lira da olsa 400.000 lira da olsa buna Bora'ya yapılan 50.000 liralık kazandırmanın ekleneceğinde şüphe yoktur. Ayhan'a yapılan kazandırmanın da eklenmemesi ihtimalinde, paylaşma esas tereke 600.000 veya 450.000 lira;

[23] Eğer Esmâ'ya yapılan kazandırmanın da denkleştirmeye tâbi tutulmadığı kabul edilecek olursa, altsoya yapılan kazandırmaları dar kapsamda yorumlayan görüşe göre paylaşma esas tereke (400.000 + 50.000=) 450.000 lira olacak ve her mirasçının payı 112.500 TL. olarak belirlenecek; bu durumda Esmâ, Ayhan ve Ceren mevcut terekeden 112.500'er lira, Bora ise 62.500 lira alacaktır. Altsoya yapılan karşılıksız kazandırmaları geniş yorumlayan görüş çerçevesinde ise paylaşma esas tereke (400.000 + 100.000 + 50.000=) 550.000 lira olacak; bu durumda Esmâ ve Ceren mevcut terekeden 137.500'er lira, Ayhan 37.500 lira, Bora ise 87.500 lira alacaktır.

eklenmesi ihtimalinde ise 700.000 veya 550.000 lira olacaktı. Bu da Esmâ'nın ve her bir mirasçının payının birinci ihtimalde 150.000'er ya da 112.500'er, ikinci ihtimalde 175.000'er ya da 137.500'er lira olması anlamına gelecekti.

Paylaşımaya esas tereke 600.000 lira olduğunda, Ayhan'a yapılan kazandırma denkleştirmeye tâbi sayılmadığı için; Esmâ, Ceren ve Ayhan 150.000 liranın tamamını mevcut terekeden alabilecek iken, Bora mevcut terekeden sadece 100.000 lira alabilecekti. Paylaşımaya esas tereke 450.000 lira olduğunda da, Ayhan'a yapılan kazandırma denkleştirilmeyeceği için; Esmâ, Ceren ve Bora bu sefer 112.500 lira olan paylarını mevcut terekeden olduğu gibi alabilecek iken, Bora'nın mevcut terekeden alacağı ancak 62.500 lira olabilecekti. Paylaşımaya esas tereke 700.000 lira olduğunda, Ayhan'a yapılan kazandırma da denkleştirileceğinden; Esmâ ve Ceren mevcut terekeden 175.000'er liralık paylarını tümüyle alabilecek iken, Ayhan mevcut terekeden ancak 75.000 lira, Bora ise 125.000 lira alabilecektir. Paylaşımaya esas tereke 550.000 lira olduğunda da, Ayhan'a yapılan kazandırma denkleştirileceğinden, Esmâ ve Ceren bu sefer 137.500'er lira tutan paylarının tümünü mevcut terekeden alabilecek iken, Ayhan mevcut terekeden ancak 37.500 lira, Bora ise 87.500 lira alabilecekti.

B. Katıldığımız Görüş ve Gerekçemiz

Sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olmaması tartışması bakımından kanaatimizce en isabetli görüş, yukarıda üçüncü sırada açıkladığımız ve İsviçre Federal Mahkemesi'nce de benimsenen görüştür. Bu görüşe neden katıldığımızı, diğer iki görüşe neden karşı çıktığımızı ortaya koyarak açıklamaya çalışacağız.

Hemen belirtelim ki, katılmadığımız her iki görüş de sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olmasını, onun "kayırlıma"sı olarak değerlendirmektedir. Oysa altsoya yapılmış bulunan ve denkleştirmeye tâbi olan kazandırmaların terekeye eklenmesi ve terekenin miras ortakları arasında yasal payları oranında paylaşılması, yasal mirasçılığa ilişkin kuralların uygulanmasından başka bir anlama gelmeyip hiçbir mirasçının kayırılması olarak nitelendirilemez^[24].

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, denkleştirme kurumunun Kanun'daki düzenleniş tarzının temelinde, esasen mirasbırakan cephesinden bakıldığında âdil görülen sonucun sağlanması düşüncesinin bulunduğu kabul ediyoruz. Mirasbırakan eşine bir kazandırma yapıp bunu denkleştirmeye tâbi tutmadığı halde, sırf böyle bir kazandırmayı da denkleştirmeye tâbi tutabilmek ve böylece

[24] Druey, s. 35.

bu kazandırmadan altsoyu da yararlandırabilmek uğruna, eşin de altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olduğunu söylemek, kanaatimizce, doğru olmaz. Bu yönde bir iradesi olduğunda bunu ortaya koyma şansı, mirasbırakana Kanun ile verilmiştir. Sahip olmadığı bir iradeyi miras bırakana izafe etmek, onun son arzularını ayakta tutma ilkesi ile bağdaştırılmaz. Kaldı ki, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olamayacağının Kanun'da ayrı bir cümle ile ifade edilmemiş olması, bir kanun boşluğuna işaret etmez; çünkü sağ kalan eşin birinci fıkra kapsamında yasal mirasçı olduğu tartışmasız bir gerçektir. Kanun'un bu soruya verdiği yanıtın âdil olmadığı ve o yüzden gerçek olmayan bir kanun boşluğunun varlığı da iddia edilemez. Bu yüzden öğretide ileri sürülen ve ilk sırada açıkladığımız; ama zaten pek taraftarı da bulunmayan görüşe katılmıyoruz.

İkinci sırada açıkladığımız ve sağ kalan eşin altsoy mirasçılar gibi kanunen denkleştirme borçlusunu sayılmaması nedeniyle kanunen denkleştirme alacaklısı da sayılmayacağı görüşünü savunan yazarlara göre de, Kanun'daki düzenleme yeterince tatmin edici sonuç içermektedir; bu yüzden herhangi bir kanun boşluğundan söz edilemez. Yalnız bu yazarlar, boşluk içermediğini kabul ettikleri Kanun'a rağmen bir yorum yapmakta ve sağ kalan eşe altsoy karşısında denkleştirme alacağı tanımamaktadırlar. Onlara göre, sağ kalan eşin denkleştirmeye dâhil olması halinde, denkleştirme tarafları arasında karşılıklılık koşulu sağlanamayacağından biri (sağ kalan eş) iradi, diğerleri (altsoy) kanuni denkleştirmeye tâbi olan yasal mirasçıların tek bir paylaşma işlemine taraf olması kabul edilemez. Bu yüzden, bu yazarlar sağ kalan eşin miras payının ayrı, altsoyun miras payının ayrı hesaplanmasını önerirler. Böylece sağ kalan eşin tâbi tutulacağı denkleştirme ile altsoyun tâbi tutulacağı denkleştirme işlemleri birbirinden ayrılmakta ve 669. maddenin iki fıkrası bir bütün olarak değil de birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce, sağ kalan eşin iradi olarak, altsoyun kanuni olarak denkleştirme yükümlülüğü altına giriyor olmasının denkleştirmedeki "karşılıklılık" koşulunu kaldırdığı iddia edilemez. Her ne kadar yasal mirasçıların "birbirlerine karşı" denkleştirme yükümlülüğü altında olduğu hususu 669. maddenin sadece birinci fıkrasında ifade ediliyor olsa da, birinci fıkra tüm yasal mirasçılar için, denkleştirmeye tâbi olan kazandırmaların akıbetini belirleyen hükümdür. İkinci fıkra ise sadece altsoya yapılması beklenebilen kazandırmaların kanun gereği denkleştirmeye tâbi olduğunu açıklamaya özgülenmiştir, yoksa altsoy mirasçıların sadece kendileri arasında denkleştirme işlemine taraf olabilecekleri anlamına

gelmemektedir^[25]. “Karşılıklılık” koşulunu, kanaatimizce kanun koyucunun amacına ters düşecek şekilde yorumlayan ve bu yüzden denkleştirmeyi iki ayrı işlem olarak değerlendiren bu görüşün de, mirasbırakanın âdil bulacağı sonuçla uyumlu olmayacağını ve ayrıca uygulamasının sorunlar yaratabileceğini düşünürüz.

Bu görüşün, altsoyu arasındaki adaleti gözetmesinin mirasbırakandan beklenebileceği, ama mirasbırakanın eşine altsoyuna davrandığı kadar âdil davranmak zorunda bulunmadığı noktasından hareket ettiği anlaşılmaktadır^[26]. Bir kere sağlararası kazandırmaların denkleştirmeden kurtarılmasının mirasçılar arasındaki eşitliği bozduğu veya denkleştirmeye tâbi tutulmasının ise eşitliği sağladığı varsayımı hatalıdır. Bu yüzden, mirasbırakan altsoyuna yaptığı kazandırmaları denkleştirmeden kurtarmaz iken bunu sadece altsoyu arasındaki eşitliği sağlamak uğruna yaptığı iddia edilemez. Mirasbırakanın eşinin de altsoyu ile birlikte kendi mirasına ortak olmasına ihtimal verdiği halde, eşini daha az kollamak niyetinde olacağının varsayılması da yerinde olmaz. Hele de bu sonuç mirasbırakanın eşini altsoyu kadar sevemeyeceği düşüncesine hiç bağlanamaz. Mirasbırakanın hangi mirasçısını kollamak niyetinde olduğunu, mirasçılarına beslediği varsayılan sevginin ölçüsüne göre değil, açıkladığı iradesine göre tespit etmek gerekir.

Bu görüş taraftarlarının, sağ kalan eşin çoğunlukla mirasbırakanla ortak çocuğu bulunmayan eş olabilmesi fikrinden yola çıktıkları anlaşılabilmektedir^[27]. Sağ kalan eşe düşen mirasın nasıl olsa onun da ölümünde yine mirasbırakanın altsoyuna kalacağından her zaman söz edilemeyecek olması, onlara âdil

[25] **Druey**, s. 35; **Dural ve Öz** de, altsoyun denkleştirme yükümlülüğünü kendi içinde sınırlamak için “birbirlerine karşı” ifadesinden yola çıkarak sağ kalan eşin denkleştirmeye ilişkin hakkının bertaraf edilmesini, “zorlama bir yorum” olarak değerlendirmiş ve hukukta yorumun “bir hakkın kullanılmasını sınırlayıcı değil de kolaylaştırıcı olarak yapılmasının asıl” olduğunu hatırlatmışlardır. Bkz. **Dural/Öz**, no: 1378.

[26] Bu yönde bkz. Yargıtay, 2. HD. 28.10.1976, E. 6834, K. 7532 (**Uyar**, s. 2946); 2. HD. 3.4.1980, E. 1214, K. 2923 (**Uyar**, s. 2948).

[27] Bkz. **Eitel**, ZSR I, s. 88; **Schwendener**, s. 100 vd.; **Turan Başara**, s. 200. Aksi yönde Yargıtay 2. HD. 23.6.1981, E. 4793, K. 4897; 2. HD. 19.10.1978, E. 6181, K. 7238 (**Uyar**, s. 2945). Yargıtay, bu kararlarında eş ile altsoy arasında denkleştirmenin yapılamayacağını; ama üvey ana veya baba ile altsoy arasında denkleştirmenin olabileceğini kabul etmektedir. Böylece, öz annesi veya babası karşısında bile denkleştirme borçlusu olarak görülmeyen altsoyun üvey anne veya babası karşısında denkleştirme borçlusu olarak görülmesi sonucu doğmaktadır. Sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olmasını reddeden görüş, mirasbırakanın altsoyunu eşinden daha çok gözetmesi gerekliliğini temel aldığı takdirde, bu kararların söz konusu görüş ile bağdaştırılması zor olmaktadır. Zira altsoyun öz anne veya babası karşısında kollanırken üvey anne veya babası karşısında kollanmaması tutarsızlık olur.

görünmemektedir. Oysa denkleştirme işlemi mirasbırakanın son arzularına uygun olan sonucun sağlanmasına hizmet etmeliyse, onun yaşamına kendi seçiminin sonucunda kattığı ve yaşamının sonuna dek yanında tuttuğu kişiyi koruma düşüncesine de saygı gösterilmelidir. Bu kişi ile mirasbırakanın ortak çocuklarının olup olmaması, mirasbırakanın bu kişi ile olan evliliğinin uzun veya kısa sürmüş bulunması veya mirasbırakanın altsoyuna yapmış olduğu ve denkleştirmeden kurtarmadığı kazandırmaların bu evliliğin kurulmasından önce mi sonra mı yapıldığı hususu bu noktada bir ayırım yaratmamalıdır^[28].

Bu görüş çerçevesinde sağ kalan eşin mevcut terekeden alacağı pay, altsoyun alacağı paydan ayrı olarak belirlenir; ama bu yolla belirlenen miktarlar, gerçekte ne sağ kalan eşin ne de altsoyun saklı paylarının hesaplanmasına temel olan miras paylarına denk gelir. Bu kabul edilebilir bir sonuçtur, çünkü saklı paylar mevcut tereke üzerinden de sadece denkleştirme işleminden sonra bulunan tereke üzerinden de hesaplanmaz. Saklı paylar, tenkise esas tereke üzerinden hesaplanır ki, bu hesaba denkleştirmeye tâbi kazandırmaların tümünün yanı sıra, denkleştirmeden kurtulduğu için tenkise tâbi olanlar ve doğrudan doğruya tenkise tâbi olanlar ile varsa miras bırakanın yaptırmış olduğu yaşam sigortasının alım bedeli de katılır (TMK m. 508, m. 509). Yalnız, sağ kalan eşin saklı payı, altsoyla birlikte mirasa ortak olduğunda miras payının tümü kadardır (TMK m. 506.4). O halde, hiç olmazsa yaşam sigortası alım bedeli ve tenkise tâbi sağlararası kazandırmaların söz konusu olmaması ihtimalinde, sağ kalan eşin saklı payına doğrudan doğruya denkleştirme işlemi sayesinde kavuşması mümkün olabilmelidir. Oysa bu görüş, bu olanağı bertaraf etmektedir; çünkü altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı sayılmaması nedeniyle sağ kalan eşin mevcut terekeden alacağı pay, aynı zamanda saklı payı da olan gerçek miras payından gereksiz yere uzaklaşmaktadır^[29].

Bu görüş taraftarları da bu sonucun farkında olup miras payının tümü nasıl olsa saklı pay niteliğinde bulunduğu için sağ kalan eşi denkleştirme alacaklısı olarak görmemelerinin pratikte bir önem taşımadığını ifade etmişlerdir. Gerçi

[28] **Druey**'e göre; karşılıksız kazandırmaların altsoya yapılmasından sonra çok uzun zaman geçmiş olmasının ve mirasbırakanın yeniden evlenmiş olmasının, mirasbırakanın kazandırmayı yaparken sahip olduğu denkleştirme niyetini belirsizleştirebileceği düşüncesi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 626. maddesinin ikinci fıkrasını (TMK m. 669/II) yorumlamak bakımından bir gerekçe oluşturamaz. Yazar, bu hükmün birtakım kazandırmaları saymakla, hukuk uygulayıcısını mirasın geçişi anındaki bakış açısını değil de kazandırmanın kendisini göz önünde bulundurmaya ittiğini belirtmiştir. Ona göre, Kanun öyle açıktır ki, mirasçıyı denkleştirme yükümünden kurtaracak tek husus, mirasbırakanın bu yöndeki açıklaması olabilir. **Druey**, s. 35.

[29] Bkz. **Piotet**, s. 314.

onlar bile tenkis davası ile mirasta denkleştirme işlemi arasındaki hüküm farklılıklarına dikkat çekerek özellikle tenkis davasının hak düşürücü süreye tâbi olması konusunda yoğunlaşmış; ama bunu önemli bir fark olarak nitelendirmemişlerdir^[30]. Oysa kanaatimizce sağ kalan eşin, sadece tenkis talebi ile yetinmesi önerilemez.

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki; tenkis davasının hak düşürücü süreye tâbi olması hiç de hafife alınacak bir sakınca değildir. Bu görüş taraftarlarının sağ kalan eşin mirasbırakanın altsoy mirasçılarının diğer ebeveyni olmaması ihtimalini özellikle gözettikleri anlaşılabilir de, olayların büyük bir çoğunluğunda sağ kalan eş mirasbırakanın çocuklarının da annesi veya babası olacaktır. Şöyle bir örnekten yola çıkalım: Mirasbırakanın çocuklarının annesi olan sağ kalan eş; hiç çalışmamış, kişisel herhangi bir serveti bulunmayan, eğitimsiz bırakılmış, kendi başına sokağa çıkmaya bile çekinen bir kişi olsun. Bu kişi, mirasbırakanın çocuklarına emanettir. Çocukların bu emanet karşısındaki tutumu; çoğu zaman ona torun baktırıp kendilerine hizmet ettirmek ve bir yatak ile günde üç öğün yemek vermekle yetinmek olur. Bunu yaparken ona düzenli olarak ödenen dul aylığına da tenezzül edebilirler. Bu anne veya babanın sağlığının da bozuk olduğunu düşünelim. Bu ihtimalde, evlerinde barındırmaya bile katlanamayacakları bu ebeveynlerini bir huzurevine bırakan evlatların olabileceği de herhalde tahayyül edilebilir. Bu tablo toplumumuzda hiç de nadir karşılaşılan bir tablo değildir. Yol bilmeyen, iz bilmeyen, “tenkismiş, denkleştirmemiş” ne demek olduğunu bilmeyen, bilse bile bu davayı açacak enerjisi olmayan bir sağ kalan eşin, süresini geçirmeden kendi evlatlarına karşı tenkis davası açması kanaatimizce beklenemez. Başkaca bir davaya taraf olmak zorunda kaldığında bile çocuklarının desteğine ihtiyaç duyan bir kişinin çocuklarına karşı süresi içinde harekete geçip dava açması nasıl beklenir? Mirasbırakanın çocuklarının diğer ebeveyni olan sağ kalan eş bile böyle bir engelle karşılaşılabiliyorsa, mirasbırakanın tüm çocuklarının ebeveyni olmayan ya da mirasbırakanla ortak hiçbir çocuğu bulunmayan sağ kalan eşin durumu daha da vahim olabilecektir. Kaldı ki, kanun koyucu mirasbırakanın sağ kalan eşini saklı pay korumasına layık görür iken, onun mirasbırakanla ortak çocuklarının bulunmasını bir ön koşul olarak aramış da değildir.

Sağ kalan eşin, saklı payının tümüne denkleştirme işlemi ile kavuşabilecekken tenkis davası açmak zorunda kalmasının sakıncası, sadece hak düşürücü süre ile sınırlı da değildir. Bir kere, paylaşma aşamasında denkleştirme işlemi ile

[30] **Tuor/Picenoni**, Artikel 626, no: 37; **Kocayusufpaşaoğlu**, tez, s. 123; Sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olamayacağı görüşüne katılmasa da, **Turan Başara** da, bu görüşün pratik öneminin özellikle bu noktada olduğu görüşüne katılmaktadır (**Turan Başara**, s. 202).

yenilebilecek iken tenkis davası açılmak zorunda kalması usul ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmaz; ama esasen bu sakınca paylaşmanın da dava konusu olması ihtimalinde önemini yitirecektir. Ne var ki, saklı payını denkleştirme yoluyla elde edebilecek olan altsoyun tenkis davası açması öğretide de kabul edilmez iken^[31], aynı ilkeye sağ kalan eş için de uyulmamasının sebebini anlamak güçtür.

Miras payının tamamı saklı pay koruması altında olduğu için sağ kalan eşe altsoy karşısında denkleştirme alacağı tanınmaması, başka bir sakıncayı da beraberinde getirir. Şöyle ki; tenkis davasının muhatabı öncelikle ve çoğu zaman yalnızca ölüme bağlı tasarruf lehtarlarıdır. Sağlararası karşılıksız kazandırmaların tenkisi, ancak ölüme bağlı tasarrufların tenkisinden yeterli sonuç alınmadığında gündeme gelir. O zaman da öncelikle mirasbırakanın ölüm tarihine en yakın tarihli sağlararası karşılıksız kazandırmanın tenkisi istenecektir (TMK m. 570/I). Bu demektir ki, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı sayılması düşüncesi reddedilirse, belki de miras bırakanın altsoyuna yaptığı en son tarihli kazandırma tenkis edilmekle yetinilebilecek, diğer kazandırmalar tenkisten kurtulabilecektir. Bu durumda altsoya yapılan tüm kazandırmalar denkleştirmeye tâbi olsa bile, mirasbırakanın altsoy hısımları arasında korumaya çalıştığı eşitlik, tenkis yoluyla bozulacaktır. Gerçi böyle bir durumda, söz konusu mirasçı, elde ettiği kazandırmanın tenkis edilmesi nedeniyle, altsoy arasındaki paylaşmada dikkate alınmamasını isteyebilmelidir; ama paylaşma ve denkleştirme çoktan gerçekleştirilmişse bu durumda paylaşma işleminin yeniden yapılması gerekecektir. Diğer mirasçıların ise buna kolaylıkla yanaşmayacağı tahmin edilebilir. Oysa sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olması kabul edilecek olursa, miras payının çoğu zaman tümünü denkleştirme çerçevesinde elde edebilecek olan sağ kalan eş, tenkis talebinde bulunmak zorunda kalmayacağı gibi; onun saklı payına bu yolla kavuşması böyle sakıncalı bir sonuca da yol açmayacaktır. Böylece, herkes için âdil olan sonuca daha hızlı ve kolay bir şekilde ulaşılabilecektir.

Sağ kalan eşin miras payının tümü kadar olan saklı payına kavuşması tenkis davasıyla mümkün olduğu için, onun altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olup olamayacağı tartışmasının pratik bir öneminin bulunmadığını iddia edenlerin, bu tartışmaya verdikleri yanıtla denkleştirme ile tenkis sonucunda ulaşılan sonucu birbirinden uzaklaştırmaya gayret etmelerinin amacını anlayamamaktayız. Belki bu görüş taraftarlarının sağ kalan eşin çoğunlukla kadın eş olacağı varsayımından hareket ettikleri düşünülebilir. Zira özellikle ülkemizin koşulları düşünüldüğünde, çocuklarına bırakacak mirası olan ebeveyn çoğunlukla babadır ve ölümünde sağ kalan eş, çoğu zaman mirasbırakanın çocuklarının da tümünün

[31] Bkz. örneğin **Dural/Öz**, no: 1203.

ya da bazılarının annesidir. Yalnız, bu kişiyi kanun koyucu cinsiyet ayrımı yapmaksızın saklı pay koruması altına almış iken, mirasbırakanın cephesinden sağlanacağını kabul ettiğimiz adaletin bir aracı olan denkleştirme kurumunun, altsoyla birlikte mirasçı olduğunda sağ kalan eşin de yararına olacak şekilde işletilmesine karşı çıkılmamalıdır. Mirasbırakanın çocuklarının tümünün ya da bazılarının annesi olsa ya da hiçbirinin annesi olmasa bile, sağ kalan eş ile altsoy mirasçılar, miras ortaklığını birlikte oluştururlar ve aynı muameleye tâbi tutulmayı hak ederler.

Bu görüş taraftarları, sağ kalan eşe yapılmış olan karşılıksız kazandırmaların denkleştirmeye tâbi tutulmuş olması ihtimalini göz ardı etmişlerdir ve kendisi mirasbırakandan kuruluş sermayesi ve benzeri bir kazandırma alamayacak olan, alsa bile bu kazandırma kanun gereği denkleştirilmeyen eşin, altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olması fikrini adaletsiz bulmuşlardır. Yalnız aynı görüş taraftarları, mirasbırakandan kuruluş sermayesi almış bulunan üç çocuğundan sadece birinin denkleştirmeden muaf tutulmuş olması ihtimalini, nedense adaletsiz olarak nitelendirmemişlerdir. Bu görüşün bazı taraftarları da, altsoya yapılıp da hayata tutunma amacı taşımayan kazandırmaların açıkça denkleştirilmesi öngörülmediği için denkleştirilmiyor olmasından hiç rahatsızlık duymamışlardır. Esasen mirasbırakan, sağ kalan eşe, *çoğu zaman* hiçbir sağlararası karşılıksız kazandırmada bulunmaz ki^[32]; denkleştirilmesi öngörülmüş olmayan bir “kazandırma”dan söz edilebilin. Kendisine yapılışaydı kanun gereği denkleştirilemeyecekti denilerek sağ kalan eşin altsoydan denkleştirme alacaklısı olmasına engel olarak gösterilen kazandırma, gerçekçi olmayan bir varsayımdan ibarettir. Anlamadığımız husus, mirasbırakandan neredeyse hiçbir sağlararası kazandırma elde etme şansı bulunmayan sağ kalan eşin, bu şansı olmuş altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı sayılmasının neden adaletsiz bulunduğu. Üstelik makalemize esas aldığımız örnekte, sağ kalan eşe böyle bir kazandırma yapıldığını ve bu kazandırmanın mirasbırakanın iradesiyle denkleştirmeye tâbi tutulduğunu varsayabildik. Nadir de olsa eşe bir kazandırma yapılabilir ve bu kazandırma mirasbırakanın iradesiyle denkleştirmeye tâbi kılınabilir ise, bu kazandırma açısından mirasbırakanın iradesiyle borçlu kılınabilen eşin, altsoya yapılan kazandırmalar için de Kanun gereği alacaklı olması evleviyetle kabul edilebilmelidir.

Bu görüş taraftarları sağ kalan eşin, mal rejiminin tasfiyesi çerçevesinde nasıl olsa katılım alacağına sahip olduğuna ve ölen eşi üzerinden dul aylığı alabileceğine dikkat çekerek, onun bir de altsoya yapılan kazandırmalar bakımından

[32] Bkz. **Piotet**, s. 314.

alacaklı sayılmasını adaletsiz olarak görmekteyizler^[33]. Oysa mal rejiminin tasfiyesi neticesinde sağ kalan eşin alacağı ödenmeden zaten net terekeye ulaşılmaz. Sağ kalan eşin bu alacak hakkının sebebi Miras Hukuku'nda değil, Aile Hukuku'nda bulunur. Kaldı ki sağ kalan eş sadece edinilmiş mallara katılabilir ve duruma göre mirasbırakanın terekesine bizzat borçlu da olabilir. Mirasbırakanın edinilmiş mallarının terekeye girmesinde sağ kalan eşin katkısı yadsınmadığı için onun bu bakımdan bir alacak hakkı vardır; oysa altsoyun bu malların terekeye dâhil olmasında bir katkısından söz de edilemez. Bu yüzden sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi neticesinde sahip olduğu alacak hakkı bahane edilerek onunla altsoy arasında dengenin bozulduğunun ileri sürülmesi isabetli olmaz. Sağ kalan eşe, dul aylığını da ödeyecek olan, mirasbırakanın terekesi değildir, ilgili sosyal güvenlik kurumudur. Üstelik sosyal güvenlik kurumu duruma göre altsoya da yetim aylığı öder; ama yetim aylığı alma koşulları olan ve olmayan altsoy bakımından ortaya çıkan farklılık, denkleştirme kurumuyla telafi edilmeye çalışılmaz.

Bu görüş taraftarları, mirasbırakanın mirasını gelecek nesillere devretmesini, Miras Hukuku'nun bir gerekliliği olarak da görürler ve bu yüzden onun altsoyuna yaptığı sağlararası karşılıksız kazandırmalar bakımından sadece gelecek neslin diğer temsilcilerinin denkleştirme talebini makul bulurlar^[34]. Oysa altsoy mirasçılar da sağ kalan eş gibi sadece saklı payları bakımından bir koruma altındadırlar. Mirasbırakanın altsoy olmaları, yani onunla aynı neslin değil de sonraki neslin birer temsilcisi olmaları, onlara sağ kalan eş karşısında herhangi bir öncelik bahşetmez. Bilakis kanun koyucu altsoyla birlikte olduğunda sağ kalan eşe sahip olduğu miras payının tümü kadar saklı pay koruması sağlamıştır. Oysa miras bırakanın altsoy tek bir mirasçıdan ibaret olmadığı sürece, sağ kalan eşin saklı payı, her bir mirasçının tek başına sahip olduğu saklı paydan fazla olacaktır.

Denkleştirmeye ilişkin hükümler emredici karakter taşımadığına göre, mirasbırakan, 669. maddenin ikinci fıkrası kapsamında olduğu tartışmasız bulunan kazandırmaları tümüyle denkleştirmeden kurtarabileceği gibi, bunları sadece sağ kalan eşe karşı denkleştirmeden kurtarmakla da yetinebilir^[35]. Bu yüzden mirasbırakanın aksi yönde bir iradesi yoksa kanaatimizce, sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı sayılmasına engel hiçbir durum yoktur. Sağ kalan eşin mirasçılığının altsoy ile aynı hukuki sebebe dayanmaması, onun altsoydan daha az korunmaya layık olduğunu göstermez. Altsoya yapılan

[33] **Wüst**, s. 331-333.

[34] **Eitel**, ZSR I 1999, s.90.

[35] Bkz. **Dural/Öz**, no: 1377; **Weimar**, s. 856.

kazandırmaların kanunen sağ kalan eşe yapılan kazandırmaların iradi olarak denkleştirmeye tâbi tutulması da, denkleştirmenin iki ayrı işlem olduğu anlamına gelmez. Esasen 669. maddenin birinci fıkrası mirasçılarının sıfatı bakımından bir ayırım yapmaksızın denkleştirmeye tâbi kazandırmaları denkleştirme yükümlülüğünü tüm mirasçılara yüklemiştir ve mirasçılarının her birini de bu bakımdan alacaklı olarak nitelendirmiştir. Maddenin ikinci fıkrası sadece altsoya yapılan kazandırmaların aksi öngörülmedikçe denkleştirmeye tâbi olduğuna ilişkindir. Altsoyun denkleştirmeyi sağ kalan eşi dışlayarak yapacağına ilişkin bir sonuç, ne ikinci fıkranın yalnız başına yorumundan ne birinci fıkra ile birlikte yorumundan ne de denkleştirme kurumunun amacından çıkarılabilir. Miras ortaklığına giren her mirasçı, almış olduğu kazandırma -ister kanunen ister mirasbırakanın iradesiyle- miras payına mahsup edilmiş bulunduğu sürece, diğer miras ortakları karşısında denkleştirme borçlusu sayılmalıdır. Diğer mirasçılarının onun karşısında denkleştirme alacaklısı olmalarının koşulu, kendilerinin de benzer bir sağlararası karşılıksız kazandırma elde etmiş olmaları ya da elde edebilecek olmaları veya böyle bir kazandırma elde edecek olsalardı bu kazandırmanın da kanunen denkleştirilecek olması değildir. Onların denkleştirme alacaklısı olmaları, diğer bir yasal mirasçının mirasbırakandan almış bulunduğu sağlararası karşılıksız kazandırma için kanunen ya da mirasbırakanın iradesi çerçevesinde denkleştirme borçlusu olmasından kaynaklanır.

Esasen sağ kalan eşin iradi olarak, altsoyun kanuni olarak denkleştirme yükümü altında olması hususu bahane edilerek, aynı miras ortaklığının üyeleri arasında, kanun koyucunun da mirasbırakanın da öngörmediği suni bir ayırım yaratılmakta ve buna da âdil olmayan bir sonuç bağlanmaktadır. Kanun'un her iki hükmü de emredici olmadığına göre, mirasbırakanın bazen sessiz kalarak bazen sessizliğini bozarak iradesini ortaya koyduğu söylenebileceği gibi; mirasbırakanın iradesine değer atfeden kaynak Kanun olduğuna göre her iki hükümle varılan sonucun son planda Kanun'a dayandığı da söylenebilir^[36]. Bu bakış açısıyla iki hüküm arasındaki fark silinecek ve bu kişilerin aynı statüde bulunmadıkları için birbirlerine karşı denkleştirme borçlusu ve alacaklısı olmayacakları iddiası da temelsiz kalacaktır.

[36] **Guisan** da, denkleştirmeye ilişkin kuralın aksini öngörmek hususunda mirasbırakana yetki verilmesinin, bu kuralı "kanuni" olmaktan çıkarmayacağına işaret etmektedir, bkz. **Guisan**, s. 205.

SONUÇ

Denkleştirme işlemi, miras bırakanın kişisel eğilimleri, değerleri, arzuları çerçevesinde âdil gördüğü sonucu sağlamaya hizmet eder. Mirasbırakan bu sonuca bazen bir kazandırmayı denkleştirmeye tâbi tutmakla bazen onu denkleştirmeden kurtarmakla ulaşır.

Kanun koyucu altsoya yapılan kazandırmalar bakımından kanaatimizce bunların altsoyun hayata tutunmasını sağlama amacı taşımasını aramaksızın, denkleştirmeyi kural, bunların denkleştirilmeden kurtarılmasını ise istisna olarak görmüştür. Diğer yasal mirasçılar ve sağ kalan eş lehine yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmalar ise, bu kişilerin miras paylarına mahsuben yapıldıkları sürece denkleştirilmezler. İki grup mirasçıya yapılan kazandırmaların denkleştirme bakımından böyle farklı muamele görmesi, mirasbırakanın bu kazandırmayı yaparken kazandırma lehtarının bir gün kendisine de mirasçı olacağını hesaba katabilecek olup olmaması ile açıklanabilir.

İki grup mirasçıya yapılan kazandırmaların denkleştirilmesinin dayanağının farklı olmasına başkaca bir anlam yükleyip bundan da sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olamayacağı sonucunu çıkarmak isabetli olmaz. Sağ kalan eşin altsoyla birlikte mirasçı olduğunda miras payının tümünün saklı pay olduğu gerçeği de, onu denkleştirme alacaklısı saymamanın yaratacağı sakıncayı giderecek güçte değildir. Sağ kalan eşin altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olmasını, nadiren de olsa ona yapılmış olabilecek ve miras bırakanın iradesiyle denkleştirmeye tâbi tutulmamış bir kazandırmayı da denkleştirmeye tâbi tutmak uğruna kabul etmek de isabetli bir yaklaşım olmaz. Böyle bir yaklaşım, mirasbırakanın iradesine açıkça aykırı olduğu gibi, Kanun'a da uygun olmaz.

Sağ kalan eş, altsoyla birlikte olduğunda miras ortaklığının dörtte bir miras paylı ve o kadar da saklı paylı bir ortağı olup, ne cinsiyeti ne altsoy mirasçılarının diğer ebeveyni olup olmaması ne de miras bırakanla olan evliliğinin süresi, bu gerçeği değiştirir. O halde kendisine sağlararası kazandırma yapılması pek sıklıkla gündeme gelemeyen, geldiğinde de bu kazandırma ancak mirasbırakanın iradesiyle denkleştirmeye konu edilen sağ kalan eşin, kanun gereği denkleştirme borçlusu olan altsoydan alacaklı olmasına, sadece bir engel bulunabilir. Bu da mirasbırakanın altsoyu tümüyle ya da sadece eşe karşı denkleştirmeden muaf kılmasıdır. Mirasbırakanın bu yönde bir irade açıklaması olmadığı sürece, sağ kalan eş altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olabilmelidir.

KAYNAKÇA

Antalya, Gökhan / **Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, 8. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

Aydın Ünver, Tülay: “Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 111-146.

Beck, Alexander, Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2. Auflage, Verlag Stämpfli, Bern 1976.

Berki, Ali Himmet: “Medeni Kanunda İade ve Tenkis”, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Yıl: 2, 1957, Sayı: 2, 1957, s. 53-56; Sayı: 3, s. 101-104, S: 4, s. 163-167; S: 5, s. 211-215; S: 6, s. 267-270.

Berki, Şakir: “Türk Hukukunda Mirasta Ret ve İade”, Adalet Dergisi, Yıl: 43, 1952, Sayı: 4, s.480-497.

Druey, Jean Nicolas: “Ausgleichung oder rapport? Eine Frage zur 626 ZGB”, Mélanges Paul Piotet, Stämpfli Verlag, Bern 1990, s. 25-44.

Dural, Mustafa / **Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku-Cilt IV: Miras Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.

Eitel, Paul: Berner Kommentar, Band III: Das Erbrecht, zweite Abteilung: Der Erbgang, 3. Teilband: Die Ausgleichung, Art. 626-632 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2004.(BK)

Eitel, Paul: “Die erbrechtliche Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen”, Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Band 142, 2006, s. 457-494.

Eitel, Paul: “Lebzeitige Zuwendungen, Ausgleichung und Herabsetzung – eine Auslegeordnung”, Zeitschrift des Bernischen Juristenverein, Band 134, 1998, s. 729-763.

Eitel, Paul: “Zwei Grundfragen der gesetzlichen Ausgleichung – eine Replik”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band 118, 1999, I. Hafband, Heft 1, Band 140 der gesamten Folge, s. 69-91.(ZSR)

Eren, Fikret: “Mirasta İade”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, 1963, Sayı:3-4, s. 340-358; Sayı: 5-6, s. 720-741.

Escher, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch / Das Erbrecht Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), Schulthess, Zürich 1960.

Forni, Rolando / **Piatti**, Giorgio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

Gönensay, A. Samim, İleri Hukuk 34, 1948, s. 523-525.

Gönensay, Samim /**Birsen**, Kemaleddin: Miras Hukuku, İkinci Bası, Ahmed Said Matbaası, İstanbul 1963.

Gubler, Heinz: Die Ausgleichungspflichtigen Zuwendungen (Art. 626 ZGB), Stämpfli Verlag, Bern 1941.

Guisan, Francois (çeviren: K. Fikret **Arık**): “Medeni Kanun’un 527. ve 626. (TMK 507 ve 603) Maddelerinde Miras Bırakanın Miras Hissesine Mahsuben Sağlığında Yaptığı Teberrular Mefhumu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Yıl: 1953, Sayı: 1-4, s. 200-219.

İmre, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 12. Basım, DER Yayınları, İstanbul 2016.

İnan, Ali Naim / **Ertaş**, Şeref / **Albaş**, Hakan: İnan-Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 9. Baskı, İleri Kitabevi, Ankara 2012.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Mirasta İade (=Denkleştirme) ile ilgili Meseleler”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, Bilimsel Hafta: 15-17 Nisan 1976, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 117-138. (Makale)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Mirasta İade Mefhumu ve Murisin İadeye Tâbi Kazandırmaları”, İstanbul 1960 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi). (Tez)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.

Kunz, Hans: “Die Ausgleichungspflicht des überlebenden Ehegatten nach dem ZGB”, Schweizerische Juristen Zeitung 25, 1929, s. 305 vd.

Moser, Friedrich Gerhard: Die Erbrechtliche Ausgleichung gemischter Schenkungen nach schweizerischem Erbrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1963.

Müller, Jakob Arnold: Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 271, Bern 1949.

Oğuzman, M. Kemal: Miras Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.

Özkan, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Miras Hukuku (TMY Md. 495-682), Legal Yayıncılık, İstanbul 2015

Öztañ, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

Piotet, Paul (übersetzt von René **Couchepin**): Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band: Erbrecht, Erster Halbband, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 1978.

Rösli, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 522-533 und 626-633), Universitätsverlag, Zürich 1935.

Serozan, Rona / **Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.

Schwendener, Ulrich: Die Ausgleichungspflicht der Nachkommen unter sich und in Konkurrenz mit dem überlebenden Ehegatten, Buchdruckerei E. Rohner, Zürich 1959.

Tuor, Peter / **Picenoni**, Vito: Berner Kommentar – Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht / Das Erbrecht 2. Abteilung: Der Erbgang Artikel 537-640 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964.

Tuor, Peter / **Schnyder**, Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Neunte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1979.

Tuor, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, zweite vollstaendig umgearbeitete Auflage des Buches “Das Neue Recht”, Polygraphischer Verlag, Zürich 1932.

Tuor, Peter: “Herabsetzung und Ausgleichung, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 61, 1925, s. 1-20. (ZBJV)

Turan Başara, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Turanboy, K. Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Tâbi Sağlararası Hukuki İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Uyar, Talih: Türk Medeni Kanunu, Miras Hukuku, MK. 495-682, Cilt: III, Ankara 2002.

Uyar, Talih/**Uyar**, Alper/**Uyar**, Cüneyt: Türk Medeni Kanunu, MK. 518-1030, Cilt: II, Ankara 2006.

Weimar, Peter: “Zehn Thesen zur Erbrechtlichen Ausgleichung”, Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg 1995, s. 833-857.

Widmer, Pierre: Grundfragen der erbrechtlichen Ausgleichung, Abhandlung zum schweizerischen Recht, Heft 408, Bern 1971.

Wildisen, Christoph: Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Universitätsverlag Freiburg Schweiz 1999.

Winistörfer, Michèle: Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, Schulthess, Zürich 2000.

Wolfer, Hans: Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Buchdruckerei E. Meyer, Männedorf 1910.

Wüst, Hans: "Warten auf das Bundergericht... Bleibt der überlebende Ehegatte gegenüber Nachkommen weiterhin ausgleichungsberechtigt", *successcio* 2009, s. 331-333.

KKTC HUKUKU'NDA EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞUN SOYBAĞI İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Yrd. Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI**

Makalenin Geldiği Tarih: 19.10.2017 **Kabul Tarihi:** 09.11.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK- ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi.

ÖZ

Evlilik dışı çocuğun soybağının belirlenmesi Fası 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nda düzenlenmiştir. Yasada evlilik dışı çocuğun hakları bakımından çağdışı hükümler yer almaktadır. Ayrıca, Yasanın geneline hakim olan anlatım bozukluğu da hükümlerin anlaşılmasını engellemektedir. Aynı Yasa'nın yürürlükte olduğu Kıbrıs Rum Kesiminde ise söz konusu çağ dışı hükümler BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Evlilik Dışı Çocukların Tanınmasına Dair Ek Protokolü Çerçevesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, KKTC'de Fası 278 ile ilgili her hangi bir değişiklik çalışması bulunmamaktadır. İşte bu çalışmanın amacı, KKTC Hukuku'nda evlilik dışı çocuk bakımından insan hakları ihlali olarak değerlendirilebilecek olan bu yasal düzenlemeleri incelemek ve konu ile ilgili olarak çözüm önerileri getirmektir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, KKTC, Evlilik Dışı Çocuk, Aile, Nafaka.

ABSTRACT

Determination of the genealogy of a non-married child is governed by Chapter 278 of the Law on Non-Marital Children. The law includes out-of-date provisions in respect of the rights of the unmarried child. Moreover, the disturbance of expression which prevails in general of the law prevents the understanding of the provisions. In Cyprus, where the same law is in effect, such extraordinary provisions have been removed from the scope of the Additional Protocol to the UN Convention on the Rights of the Child on the Recognition of Children out of Marriage. However, in the TRNC, there is no change work related to Chapter 278. The aim of this work is to examine these legal regulations which can be regarded as violations of human rights in the TRNC Law regarding out-of-wedlock children and to bring solutions to the issue.

Keywords: Paternity, TRNC, out-of-marriage child, family, alimony.

I. Genel Olarak

Evlilik dışı çocuğun soybağı sorunu, KKTC Hukuku'nda Fasil 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nda düzenlenmiştir. Evlilik dışı çocuğun soybağı sorunu, KKTC Hukuku'nda tartışma konusu olan en önemli konulardan biridir. Gerek Yasa'nın yürürlüğe girdiği İngiliz Sömürge Dönemi'nden beri hiçbir değişikliğe uğramadan kullanılıyor olması, gerekse Yasa'nın Türkçe'ye çevrilmesi sırasında yaşanan anlam kaymaları, uygulamada büyük sıkıntılara yol açmaktadır. Bunun yanında, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar toplum yapısında ve hukuki anlayışta yaşanan değişiklikleri yansıtmıyor olması da özellikle evlilik dışı çocuğun haklarının ihlal edilmesine neden olmaktadır.

Fasil 278, yasal bir evlilik dışında doğan her çocuğu "evlilik dışı çocuk olarak" nitelendirilmektedir (m. 2/4). Böyle bir çocuğun anne ile arasında soybağı doğumla kendiliğinden kurulurken, baba ile arasında soybağı kurulabilmesi için mutlaka bir hukuki işleme gerek vardır.

II. Soybağının Düzeltilmesi Yolları

Fasil 278'e göre, evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi yollarını anne ile evlenme, mahkeme emri ve babalık hükmü olmak üzere üç şekilde düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemeler dışında, evlilik dışı çocukla baba arasında soybağının kurulmasını sağlayan başka bir yol bulunmamaktadır.

A. Anne İle Evlenme

Evlilik dışı bir çocuğun annesi ile doğal babasının, çocuğun doğumundan sonra evlenmesi halinde çocuk ile baba arasında soybağı kendiliğinden kurulmuş olur^[1]. Fasil 278'e göre "evlilik dışı bir çocuğun babası, birbirleri ile evlendiklerinde o çocuk doğum tarihinden itibaren gerek anası gerek babası ve onların kan hısımları bakımından soydanlığı düzgün olan bir çocuk statüsünü elde eder (m.4)". Burada Yasa, anne ile doğal babanın evlenmesi sonucunda çocuğun soybağının düzelebilmesi için herhangi bir süre sınırı getirmemiştir.

Evlilik ile çocuğun soybağının düzelebilmesi için anne ile genetik babanın resmi bir şekilde evlenmeleri gerekmektedir^[2]. Hatta, evliğin mutlak ya da nisbi

[1] Gençcan, Ömer Uğur, Soybağının Evlenmeyle Düzelmeye, ABD, Y. 2000, S. 2, s. 81; Akıntürk, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 327; Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 51; Bainham, s. 128.

[2] Gençcan, s. 82; Akıntürk, s. 334.

butlan ile batıl kılınabilen evlilik olması bile çocuğun soybağını etkilemez^[3]. Öte yandan, yasal evlenme dışında fiili birliktelikler tek başına soybağının düzelmesini sağlamaz.

Evlilik dışı doğan çocuk, evli bir kadının kocasından başka bir erkekle birlikte olmasından meydana gelmişse bu kadının kocasından boşanıp genetik babayla evlenmesi soybağını düzeltmez^[4]. Söz konusu çocuk, evlilik içinde doğduğundan babası koca sayılır. Dolayısıyla, bu çocuk ile genetik baba arasında soybağı kurulabilmesi için önce koca tarafından soybağının reddedilmesi gerekmektedir^[5]. Ancak soybağı reddedilmiş olan çocuğun, annesi ile genetik babasının evlenmesi soybağını düzeltir^[6]. Bu açıdan, soybağının reddedilmesinin genetik anne ile babanın evliliğinden önce ya da sonra olması bir fark yaratmaz. Her iki halde de çocuğun soybağı düzelir.

Evlilik dışı bir çocuğun anne ve doğal babasının evlenmesinden önce ölmüş olması halinde ise çocuğun soybağının geriye dönük olarak düzeldiği kabul edilmektedir. Buna göre, “evlilik dışı bir çocuğun bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra ve ana babasının evlenmesinden önce öldüğü ve evlenme tarihinde yaşayan herhangi bir eş, çocuk veya daha sonraki altsoy bıraktığı durumlarda, o çocuk ana babasının evlendiği zaman, hayatta olsa idi, soydanlığı düzgün bir çocuk olacaksa idi, bu Yasa kuralları, o çocuk doğum tarihinden itibaren soydanlığı düzgün gibi uygulanır (m.5)”. Hükme büyük bir anlatım bozukluğu hakimdir. Bu nedenle, açıklama yapılmasına gerek vardır.

B. Mahkeme Emri İle Soybağının Düzeltilmesi

Fasıl 278, evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi bakımından anne ile babanın evlenmesinden başka soybağının mahkeme emri ile de düzeltilebileceğini hüküm altına almıştır. Yasada, babanın anne ile evlenmeksizin çocuk ile arasında soybağı kurulmasını sağlamak amacıyla mahkemeye başvurması “mahkeme emri” başlığı altında düzenlenmiştir^[7]. Yasa’da bu durum “evlilik

[3] Gençcan, s. 82; Baygın, s. 52.

[4] Gençcan, s.83; Akıntürk, s. 334; Baygın, s. 52.

[5] Soybağının reddi, babalık karinesinin açılan bir dava ile çürütülerek mahkeme kararı ile çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade eder. Bu konuda bkz. Paksoy, Gülnihal, Soybağının Reddi, TBB Dergisi Y. 2011, S. 97, s. 354 vd.; Baygın, s. 52.

[6] Gençcan, s. 83.

[7] Bainham, s. 129.

dışı bir çocuk, bir Mahkeme emri ile bu madde kuralları uyarınca soydanlığı düzgün bir çocuk olarak beyan edilebilir” şeklinde düzenlenmiştir (m. 6/1).

C. Mahkeme Emrinin Verilmesi Usul ve Şartları

Mahkeme emri yoluyla, soybağının kurulabilmesi için babanın ya da baba adına bir kişinin mahkemeye başvuru yapması gerekmektedir (m. 6/2). Burada, baba adına bir kişiden kastın babanın özel yetki verdiği kişi olduğu kanaatindeyiz. Babanın hayatta olmaması halinde ise mahkeme emri ile soybağının düzeltilmesi için babanın konu ile ilgili olarak bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemiş olması ve çocuğun babanın ölümünden sonra söz konusu ölüme bağlı tasarruf ile mahkemeye başvurması gerekmektedir. Bunun dışında, mahkeme emriyle evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi mümkün değildir. Yasa bu durumu şöyle düzenlemiştir: “Baba tarafından veya baba adına bir istida^[8] ile Mahkemeye başvurulması üzerine bir emir verilebilir. Ancak, babanın ölü olması halinde, baba vasiyetname ile çocuğun kendisinin olduğunu kabul etmişse, bu gibi istida çocuğun bizzat kendisi tarafından da yapılabilir. (m. 6/2)”. Öte yandan, ölüme bağlı tasarrufla soybağı tanınmış olan bir çocuğun dava açma ehliyetine sahip olmadığı durumlarda bu başvurunun “en yakın arkadaş sıfatıyla^[9]” yasal temsilci tarafından da yapılabileceğini de kabul etmek gerekmektedir.

Mahkemenin yapılan başvuru sonucunda evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesine karar verebilmesi için, söz konusu başvurunun Yasada belirtilen diğer şartlara da uygun olması gerekmektedir. Buna göre:

a. Çocuğun Tanınması İçin Dini Bir Engel Olmaması

Fasıl 278, iki toplumlu dönemde yürürlüğe giren Yasalardan biri olduğu için Yasa'ya geleneksel bir yapı hakimdir. Dini etkilerin daha çok hissedildiği bu dönemde özellikle Aile Hukuku'na ilişkin düzenlemeler din temelinde yapılmış, Türk ve Rum toplumlarına farklı Yasalar uygulanmıştır. Bu düzenlemelerde en dikkat çekici nokta, iki topluma ait bireylerin evlenmesini ve çocukların evlat edinilmesini kısıtlayan hükümlerin bulunmasıdır. Söz konusu kısıtlamalardan biri de Fasıl 278'in m. 6/3-1 hükmünde yer almaktadır: “Çocuğun ana rahmine düştüğü zamanda, baba olduğunu iddia eden veya baba olduğu iddia edilen kişinin bağlı olduğu dini toplumun aile yasa, kan hısımlığı veya evlenme nedeniyle

[8] İstida, KKTC Hukuku'nda mahkemenin dava açılmasına izin verilmesi için yapılan başvuru anlatır. Bu konuda bkz. KKTC Hukuk Usulü Tüzüğü.

[9] “En yakın arkadaş” sıfatı, KKTC Hukuku'nda küçük ya da kısıtlının yasal temsilcisini ifade etmek için kullanılır. Bu konuda bkz. KKTC Hukuk Usulü Tüzüğü.

ana ile babanın evlenmesini yasaklamamalıdır (m. 66/3-1)”. Hükümde, baba ile çocuğun farklı toplumlardan olması halinde, başvurunun mahkeme tarafından kabul edilebilmesi kendilerine uygulanan yasal düzenlemelerde bu konuda bir kısıtlamanın bulunmaması gerekmektedir.

b. Babanın Çocuğu Evlât Edinmemiş Olması

Yasanın, evlilik dışı çocuğun babası tarafından tanınması için getirdiği diğer bir kısıtlama ise çocuğun babası tarafından evlat edinilmemiş olmasıdır. Burada, yasanın evlat edinmeyi mahkeme emrine tercih ettiği görülmektedir. Diğer bir anlatımla, Yasa'nın bu şekilde evlilik dışı çocukla baba arasında, çocuğun evlat edinilmesine engel bir durumun olması aranmakla yapay olarak kurulan soybağını doğal soybağına tercih ettiği ortaya çıkmaktadır. Fasıllık 274 Çocukların Evlat Edinilmesi Yasası'nda evlat edinebilecek kişiler arasında evlilik dışı çocuğun babası da yer almaktadır (m.2). Böylece Yasa, evlilik dışı bir çocuğu olduğunun öğrenilmesini istemeyen anne veya babanın çocuğu evlat edinerek kanuna karşı hile yoluyla çocukla arasında soybağı kurmasına izin vermiştir. Bu düzenlemenin amacı, Yasa'nın yürürlüğe girdiği dönemde ve bugün dahi geleneksel bir aile yapısının hakim olduğu Kuzey Kıbrıs'ta evlilik dışı çocuğu ile soybağı kurmaya çekinen baba ile evlilik dışı çocuğu olduğunu gizleyen bir annenin sırf bu sebeple çocuğun soybağından yoksun kalmasını önlemektir.

c. Evlenme İle Çocuğun Soybağının Düzeltme İmkânının Olmaması

Evlilik dışı çocuğun soybağının düzeltilmesi yollarından birinin de anne ile doğal babanın evlenmesi olduğunu yukarıda anlatmıştık. Bu evliliğin mümkün olmadığı durumlarda, evlilik dışı çocuğunun mahkeme emri yoluyla soybağının düzeltilmesi mümkündür. Anne ile babanın evliliğin mümkün olmaması, anne veya babanın ölü olması, halihazırda evli olması gibi hallerde gerçekleşir. Yasa m.6/2-3-c'de bu durumu açıkça düzenlemiştir. Buna göre, “Ananın ölümü nedeniyle veya başka herhangi bir sebepten dolayı, 4. madde uyarınca müteakip evlenme ile soydanlığın düzeltilmesi mümkün olmamalıdır”.

d. Babanın Evli Olması Halinde Eşinin Rıza Vermesi

Evlilik dışı çocuğun babasının halihazırda evli olması durumunda, başvurunun mahkeme tarafından kabul edilebilmesi için babanın eşinin de rıza göstermesi gerekmektedir (m.6/3-d). Kanatimizce, babanın iradesinin eşin rızasına tabi tutulması uygun değildir. Zira, bu beyanın yapılması kişiye sıkı sıkıya bağlı

haklar arasında yer alır. Bu hakkın kullanılması herhangi bir kişinin rızasına tabi tutulamaz. Özellikle, KKTC Hukuku'nda evlenmenin hiçbir şekilde çiftlerin ehliyetini kısıtlamadığı düşünüldüğünde bu hükmün varlığının kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiği açıktır.

e. Çocuğun Rızası

Evlilik dışı çocuğun babası tarafından soybağının kurulabilmesi çocuk veya çocuğun küçük ya da kısıtlı olması halinde ise yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır (m. 6/2-3-e). Yasada, çocuk ya da çocuğun yasal temsilcisinin hangi hallerde rıza gösterip göstermeyeceğine ilişkin sınırlama bulunmamaktadır. Kanaatimizce, özellikle çocuğun yasal temsilcisi tarafından yapılan ve haklı bir sebebe dayanmayan ret beyanlarının çocuğun üstün yararından hareketle mahkemece dikkate alınmaması gerekmektedir. Mahkeme, hangi durumların haklı sebep olarak kabul edilebileceğini somut olayın koşullarına göre belirleyecektir. Haklı sebep olarak kabul edilebilecek sebeplerden birine çocuğun halihazırda başka bir erkek ile arasında soybağı kurulmuş olması örnek teşkil edebilir. Nitekim, İngiliz Yüksek Mahkemesi evli bir kadının çocukları ile ilgili olarak kocasından başka bir erkek tarafından yapılan soybağı iddiasını çocukların gelişimine olumsuz etki göstereceği gerekçesiyle reddetmiştir^[10]. Bir başka davada ise aynı şekilde evli bir kadının çocuğunun kendisinden olduğunu iddia eden bir adamın iddiası bu konuyla ilgili olarak çok sayıda söylenti olması ve çocuğunda bu söylentilerin aslını bilmek istemesi nedeniyle dinlenmiştir^[11]. Dolayısıyla, mahkemelerin bu tür davalarda babalığın tespitini yaparken çocuğun yararını gözönünde bulundurduğu ortaya çıkmaktadır^[12].

D. Mahkeme Emrine Dayalı Babalığın Tespiti

Yapılan başvuru üzerine mahkeme, çocuk ile baba arasında soybağının kurulup kurulamayacağı ile ilgili bir inceleme yapar. Yasada belirtilmemesine rağmen mahkemenin, çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasına dair karar verebilmesi için somut olayın koşullarına göre elde edilen delillerin anne ile baba arasında çocuğun doğumuyla sonuçlanan bir ilişkinin olduğuna kanaat

[10] Re H and A [2002] EWCA Civ 383 davası için bkz. Harrings, Jonathan, Family Law, s.85; Standley, Kate, Family Law, London, 1997, s. 177

[11] Re T (Paternity: Ordering Blood Tests) [2001] 2 FLR 119, Harrings, s. 87.

[12] Harrings, s. 87.

getirmesi gerektiği açıktır^[13]. Bu ilişki, tarafların beyanları ve diğer delillerle ispatlanabilir.

Öte yandan, mahkemenin “DNA” testi yapılmasına karar verip veremeyeceğinin de tespiti gerekmektedir. Konu ile ilgili olarak, doğal baba olduğunu iddia eden bir kişinin açtığı davada ilk derece mahkemesi tarafından, “DNA” testi yapılmasına emir vermiş ancak çocuğun annesi “DNA” testi yapılmasına rıza göstermemiştir. Bunun üzerine ilk derece mahkemesinin konu ile ilgili olarak verdiği ara karar şöyledir: *“Bir tarafın “DNA” testi yapılmasına muvafakat göstermemesi Mahkemenin “DNA” testi yaptırılması doğrultusunda emir verilmesine engel teşkil etmez. Bu nedenle Müstedaaleyh Avukatının, Müstedaaleyh “DNA” testi yaptırılmasına rıza göstermiyor diye Mahkemenin “DNA” testi için emir veremez şeklindeki argümanına katılmam mümkün değildir. Tüm belirttiklerim ışığında C.B’nin küçük C.’nin doğal babası (putative father) olduğunu tetkik etmek için Müstedi, C.B. ve küçük C.’den kan velveya doku velveya saç velveya “DNA” testine yarayacak benzerleri alınarak DNA testi yapılmasına; “DNA” testinin yapılabilmesi için gerekli materyali vermek için Müstedaaleyh C.B. ve küçük C.’nin bugünden itibaren 10 gün zarfında Lefkoşa Burhan Nalbantoğlu Devlet Hastahanesine müracaat etmesine emir verilir^[14]”*. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu bu karar üzerine çocuğun yasal temsilcisi İstinaf yoluna başvurarak mahkemenin söz konusu kararının iptaline karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi yapmış olduğu inceleme sonucunda, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararın hatalı olduğuna kanaat getirmiş ve kararı iptal etmiştir. Karar şöyledir: *“Mahkemenin görevi, huzuruna gelen davayı veya istidayı tarafların sunduğu şahadet ve ibraz ettikleri deliller çerçevesinde ve yasal mevzuat uyarınca karar vermekten ibaret olmalıdır. Alt Mahkeme, duruşma sırasında ortaya çıkan hususlarda, emir verme takdir yetkisini haiz olduğu gibi, konunun çözümüne olanak sağlayacağını düşündüğü ve tarafların rıza göstermiş olduğu hususlarda da emir verme yetkisini haizdir. Bu hususa “DNA” testi yaptırılması yetkisi de girmekle birlikte, bu yetkinin keyfi olarak kullanılmaması gerekir. Huzurumuzdaki istinafta konu istida maksatları bakımından, tarafların rızalarının alınmadığı kayıtlardan görülmektedir. İstinafa konu istidada taraflar şahadet vermemiştir. Müstedi ile Müstedaaleyhin karı-koca olarak yaşadıkları, aralarında cinsel ilişki olup olmadığı ve küçük Cemre’nin bu ilişkinin bir ürünü olduğu ihtimalinin bulunduğu konusunda şahadet ve deliller sunulmamıştır. DNA testi yaptırılması konusunda tarafların müşterek rızaları yoktur. Mevcut yasal durum, Hukuk veya Ahvali Şahsiye meselelerinde tarafların rıza göstermediği hallerde DNA testi yapılmasının Mahkeme tarafından zorlanabi-*

[13] Bu konuda bkz. 6/88 sayılı Yargıtay (Aile) Kararı için www.mahkemeler.net

[14] Bu konuda bkz. 24/12 sayılı Lefkoşa Aile Mahkemesi kararı.

leceğine ilişkin bir kural içermemektedir. Alt Mahkeme bu durumu kabul etmesine rağmen “ kesin ve adil bir sonuca ulaşabilmek için tıbbın sağladığı imkanları kullanmaktan çekinmemelidir”, diyerek Müstedaaleyhin DNA testi yaptırmasını zorlayıcı bir emir vermiştir. Genel hukuk ilkelerine göre mahkemeler uygulanabilir emirler vermek zorundadır. Alt Mahkemenin verdiği, DNA testi yaptırılmasına ilişkin emre uyulmaması, istidanın akıbetine tesir etmeyeceği gibi, Mahkeme istidayı dinleyip huzurundaki şahadet ışığında karar vermek zorundadır. Buna göre taraflardan birinin rızası olmadan DNA testi yaptırmaya zorlamanın, istida bakımından uygulanabilir bir çare olduğunu söylemek mümkün değildir. Yukarıda izah edilenler bağlamında, Yasal bir dayanağı olmadan verilen ve uygulanabilir olmayan “DNA” testi yapılmasına dair Alt Mahkemenin kararı hatalıdır ve iptali gerekir. Netice olarak, “DNA” testi yaptırılması ile ilgili Alt Mahkemenin 20.03.2014 tarihli kararı iptal edilir^[15]”.

Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararda, KKTC Hukuku'nda mahkemenin kişilerden zorla tıbbi örnek alınmasını sağlayacak bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla, tarafların rızası ile “DNA” testi yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Öte yandan, kararın verilmesinden sonra 1/98 sayılı Aile Yasası'nda yapılan değişiklikle nesebin belirlenmesine ilişkin davalarda mahkemenin tıbbi test yapılmasına ilişkin olarak karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, “davalarda, taraflar ve üçüncü kişiler, nesebin belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Taraflardan herhangi birinin Mahkemenin uygun ve adil gördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde Mahkeme, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, araştırma ve incelemeye rıza göstermeyen taraf aleyhine doğmuş sayabilir (1/98 sayılı Aile Yasası m. 40/5)”. Yasada yapılan bu değişikliğin uygulanabilir olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Mahkemenin, önüne gelen sorunu çözüme kavuşturmak için tıbbi testler de dahil olmak üzere birçok yola başvurabileceği açıktır. Ancak, kişi dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğü söz konusu olduğunda Yasa'da yapılan düzenlemenin KKTC Anayasası m. 15/1'deki “herkes, hayat ve vücut bütünlüğü hakkına sahiptir” hükmü karşısında Anyasaya aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Kamu Sağlık Çalışanları Yasası ile KTTB Tıp Meslek Ahlak Tüzüğü de bu duruma paralel düzenlemeler içermektedir. Kamu Sağlık Çalışanları Yasa'sına göre, hekimlerin yapacakları her çeşit işlem için hastanın onayını almaları zorunludur; tıbbî zorunluluklar ve yasalarda belirtilen durumlar dışında, onayı olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz

[15] 5/2015 sayılı Yargıtay Kararı için www.mahkemeler.net

(m. 6/7)”. KTTB Tıp Meslek ve Ahlak Tüzüğü ise “tıptaki gelişmelere uygun olarak teşhis ve tedavide evrensel tıp bilmi tarafından kabul gören bir yöntem olmak kaydıyla hastanın da onayını alma koşuluyla tabip hastasının muayene ve tedavisinde uygun gördüğü yöntemi kullanmakta serbesttir. Tedavi veya teşhis amacıyla uygulanacak ameliyatlarda hastanın onayını almak olanaksızsa yakınının ya da vasisinin yazılı onayı alınabilir. Diğer tedavilerde onay yazılı veya sözlü olabilir (m. 8)” şeklindeki düzenlemelerle tıbbi işleme tabi tutulacak olan kişinin rızası olmaksızın işlemin yapılamayacağını hükme bağlamaktadır. Bu çerçevede, 1/98 sayılı Aile Yasaı'nın m.40/5 hükmünün Anayasa ve diğer mevzuata aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, 1/98 sayılı Aile Yasası'nın m.40/5'deki hükmü gibi mahkeme kararı ile tarafları zorunlu tıbbi işleme tabi tutmayı aksi bir davranışın davayı kaybetme yaptırımına bağlanmasının Anayasa ile birlikte hak arama özgürlüğüne de aykırı olduğu açıktır. Nitekim, AİHM de vermiş olduğu kararlarda üçüncü şahısların korunması zorunluluğu nedeniyle, bu şahıslara başta DNA testi olmak üzere hiçbir teste tabi tutulmamasının gerektirebileceği yönünde bir kararının bulunduğunu hatırlatmaktadır^[16].

Zira daha sonraki bir olayda mahkeme, soybağının belirlenmesine ilişkin olarak DNA testi yapılmasına emir vermiş ve taraflar da bu konuda herhangi bir itirazda bulunmayarak söz konusu testi yapmayı kabul etmişlerdir^[17]. Elde edilen test sonuçları ise mahkemede soybağının belirlenmesi açısından delil olarak kabul edilmiştir.

E. Babalık Hükmü

Fasıl 278, benzer yasalardan farklı bir düzenleme yaparak evlilik dışı çocuk ile babası arasında soybağı kurulması yolları arasında babalık davasını doğrudan doğruya düzenlememiştir. Bunun yerine, babası ile arasında soybağı kurulmamış olan çocuk için mahkemeye başvurularak babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunulması düzenlenmiştir. Yasaya göre, “evlilik dışı bir çocuğun annesi çocuğun doğmasından önce herhangi bir zaman veya doğmasından sonraki beş yıl içinde herhangi bir zaman veya anne ölü olduğunda, çocuğu gözetiminde bulduran kişi veya çocuk devlet bütçesine bir yükümlülük teşkil ettiğinde bir sosyal hizmetler memuru, çocuğun doğumundan sonraki

[16] Mikulić v. Romanya – İyilik v. Turkey kararları için bkz. [\[17\] Mahkeme kararı](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{documentcollectionid2}:[“GRANDCHAMBER”,“CHAMBER”]”; Mowbray, Allastair, Cases, Materials and Commentary On The European Convention On Human Rights, UK, 2012, s. 513.</p>
</div>
<div data-bbox=)

beş yıl içinde herhangi bir zaman, çocuğun bakım masraflarının ödenmesi için bir emir verilmesi istemiyle mahkemeye istida yapabilir (m. 8/a/i-ii)". Yasaya göre, mahkemeye çocuk ile ilgili masraflar için başvurulabilir. Nitekim, Yasa'nın düzenleniş şekliyle ilk bakışta açılan davanın sadece evlilik dışı çocuğun masraflarına ilişkin bir başvuru olduğu babalık tespitinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği izlenimi doğmaktadır. Ancak, Yasa'nın daha sonraki hükümlerinde mahkemenin nafaka emri verebilmesi için kendisine karşı dava açılan kişinin çocuğun babası olduğuna dair bir kanaat edinmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu durum, Yasanın m.9'da açıkça düzenlenmiştir: "... celpnamede saptanan tarihte, Mahkeme davayı dinlemeye başlar ve şahadet üzerine, baba olduğu iddia edilen kişinin gerçekten çocuğun babası olduğundan tatmin olursa, o kişiyi çocuğun varsayılan babası olarak hükmeder ve koymayı uygun göreceği kayıt ve koşullara bağlı olarak çocuk için bakım masraflarının ödenmesine emir verir (m. 9)".

Yüksek Mahkeme, bir kararda bu konuya şöyle değinmiştir: "*Nafaka emri verilmeden önce Mahkemenin aleyhine nafaka emri verilmesi istenen şahsın gayri meşru doğan çocuğun hakikaten babası olduğuna tatmin olması gerekir. Mahkeme aleyhine nafaka emri verilmesi istenen şahsın gayri meşru çocuğun hakikaten babası olduğuna kanaat getirdikten sonra bu gibi şahsın gayri meşru çocuğun babası olduğuna (putative father) hükmeder ve uygun gördüğü koşullar tahtında, çocuk için nafaka ödemesine emir verir. 9. maddenin (1.) fıkrasının hükmüne göre Mahkemenin esas yetkisi gayri meşru olan çocuğun babasının gayri meşru çocuğa nafaka ödemesi için emir vermektir. Çocuğun hakikaten babası olduğu hususunda verdiği hüküm ancak nafaka emrinin verilebilmesi için gerekli bir önlemdir. Yasa tahtında Mahkemenin nafaka emri vermeden gayri meşru bir çocuğun babasının kim olduğu hususunda hüküm vermesine olanak yoktur*^[18]".

Yukarıda anlatılanlar ışığında, Yasa'da babalık davasına ilişkin olarak dolaylı bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Buna göre, mahkemeden talep edilen nafaka emrinin içeriğinde babalığa ilişkin talepler de bulunmaktadır.

a. Davanın Niteliği ve Tarafları

Mahkemenin nafaka emrine ve babalığa hüküm verebilmesi için anne, çocuk ya da çocuğun yasal temsilcisinin mahkemeye bir istida ile başvurması gerekmektedir (m. 8). Ancak, annenin böyle bir başvuruda bulunabilmesi için başka bir erkekle evli olmaması gerektiği veya evli olmakla beraber çocuğun

[18] 1/78 sayılı Yüksek Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

ana rahmine düştüğü tarihten itibaren anne ile kocasının ayrı yaşıyor olması gerekmektedir (m. 8 (a / i / 3)).

İstida, mahkemeye dava açılmasına izin verilmesine ilişkin bir dilekçedir. Söz konusu dilekçe ile başvuran kişi evlilik dışı çocuğun babası ile arasında bir soybağı kurulmadığı, bu nedenle de babanın çocuk ile kişisel ve mali ilişki içinde bulunmadığını beyan ederek dava açılmasını talep eder: “Mahkeme, baba olduğu iddia edilen kişinin cevap vermesi gereken ve ilk bakışta haklı görünen bir dava bulunduğundan tatmin olursa, Mahkemede ispatı vücut etmesi için bir celpname ısdar eder ve isbatı vücut etme tarihini celpnamede saptayarak celpnamenin ona tebliğ edilmesini sağlar (m.8/b). Buna göre, davanın açılmasına karar verecek olan mahkemedir. Mahkemenin istida üzerinde yaptığı incelemede çocuk ile baba arasında soybağı olma olasılığının varlığına kanaat getirmesi gerekmektedir. Fasil 278’de bu konu şöyle düzenlenmiştir: “...Ancak Mahkeme, çocuğun babası olduğu iddia edilen kişinin aslında ve gerçekte o çocuğun babası olmadığına veya istidanın iyi niyetle yapılmadığına ve gözdağı veya şantaj amacıyla yapıldığına inanmak için makul bir sebep bulunduğundan tatmin olursa, bir celpname ısdar etmeyi reddeder (m. 8/b/ ikinci cümle)”.

b. Hak Düşürücü Süre Sorunu

Mahkemeye yapılacak olan başvuru, beş yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Yasaya göre bu dava, çocuğun doğumundan sonraki beş yıl içinde herhangi bir zaman açılabilir (m.8/a-ii). Yani, dava çocuğun doğumundan itibaren beş yıllık süreye tabidir. Yasadaki çocuk ile baba arasında soybağı kurulmasının böyle bir süreye tabi tutulmuş olmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Açılan davada, KKTC Anayasa Mahkemesi ilgili maddenin Anyasaya aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu sürenin iptaline karar vermiştir.^[19] Mahkeme kararda şu hususlara değinmiştir:

“Her çocuğa dünyaya geldiği andan itibaren tüm yasal hakları devlet tarafından, asgari düzeyde sunulmalıdır. Annesi babası evli bir çocuk, evlilik içerisinde dünyaya geldiği için, babası annenin eşi olan erkek olarak kabul edilmekte, anne ile birlikte babanın da çocuğa bakma mükellefiyeti doğmaktadır. Evlilik dışı bir birliktelik neticesinde doğan bir çocuğun ise annesi doğduğu andan resmi makamlar tarafından bilinmekte ve kabul edilmekte, baba ise bilinmemektedir. Fasil 278’in 6. maddesi babanın çocuğu kabul etme ve adına kaydetme hakkını vermekte ve

[19] Aynı Yasa’nın uygulandığı Kıbrıs Rum Kesiminde de 8. Maddedeki süre sınırı açılan AİHM’de açılan bir davaya konu olmuştur. Konunun görüşüldüğü *Phinikaridou v. Cyprus* (2007) davasında mahkeme Yasa’da getirilen süre sınırının çocuğun haklarını ihlal ettiğine dikkat çekmiştir. Bu konuda bkz. hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library

çocuğun soydanlığı bu şekilde belirlenmektedir. Babanın bunu yapmaması veya yapamaması halinde ise, annenin aynı Yasanın 8. maddesi altında mahkemeye müracaat hakkı doğmaktadır. 8. maddenin kullanılması halinde gayrimeşru çocuk, meşru çocuk ile bakım, nafaka ve eğitime katkı bakımından aynı konumda addedilmektedir. Bu noktaya kadar, gayrimeşru çocuğun en temel haklarına saygı duyulduğu kabul edilmelidir. Ancak, gayrimeşru çocuğun bu en temel haklarının var olabilmesi için, annenin bu hakkı çocuğun doğumunu izleyen 5 yılın dolmasına kadar kullanması gereklidir. Anne bu hakkı kullanmadığı veya kullanamadığı takdirde, çocuk babasını öğrenme, babasından bakım ve eğitimi için parasal katkı alma veya talep etme hakkını kaybetmektedir. Gayrimeşru çocuğun vasisi anne olduğu için, Fasal 278'den kaynaklanan böyle bir müracaat hakkını ancak çocuğun annesi kullanabilmektedir. Annenin bu hakkı çocuğun doğumundan itibaren en geç 5 yıla kadar kullanmaması halinde, çocuğun yukarıda ifade edilen hakları ortadan kalkmaktadır. Bu durumda, annenin müracaatının süre ile kısıtlanması, esasen çocuğun haklarını ortadan kaldırmakta ve çocuğun haklarının esasını olumsuz bir şekilde etkileyebilmektedir.

Çocuğun doğumu itibarıyla gayrimeşru olması nedeniyle, çocuk sadece vasi annenin vasıtasıyla hareket edebilmektedir. Fasal 278'in 8. maddesi çocuğun annesine mahkemeye müracaat hakkı tanımakta ve bu yöntem ile çocuğun bakımına, çocuğun babası olduğunu iddia ettiği kişinin, mahkeme tarafından da baba olduğu varsayıldığı takdirde, parasal katkı sağlanmasını mümkün kılmaktadır. Çocuğun eğitim safhasına gelmesi ile bu katkı eğitimi de içine alacak şekilde genişletilebilmektedir. Çocuk anne vasıtasıyla babasını öğrenebilmekte ve ayrıca bakımı ve eğitimi için baba varsayılan kişiden katkı alabilmektedir. Annenin çocuk için bu hakları Yasada belirtilen 5 yıl süre içerisinde herhangi bir nedenle kullanmaması halinde, çocuk babasının kim olduğunun mahkeme tarafından varsayılan kişi olarak tespitinden ve bakımı ve eğitimine bu kişinin katkı koyması hakkından ve dolayısıyla makul seviyede bir yaşam hakkından mahrum bırakılmış olmaktadır. Bir çocuğun yaşamı için çok önem arz eden bu hakların, vasisi de olsa başka birinin gecikmesi ile tamamen kaybedilmesi mümkün olabilmektedir.

Fasal 278'in yürürlüğe girdiği yıl olan 1955'in koşullarına bakıldığında zaman, o tarihteki koşullar ve bugünün koşullarındaki farklılıklar önem arz etmektedir. 1955 yılında gayrimeşru doğan bir çocuğun babasının kim olabileceği, ancak çevre şahadeti ile ortaya konabilirdi. Bu doğrultuda şahadetin bulunabilmesi, yani kaybedilmemesi için de uzun bir sürenin geçmemesi gerekli idi. Aksi takdirde, şahadet bulma, veya güvenilir şahadet tespit etme olanağı zayıflamaktaydı. Teknolojinin çok geliştiği günümüz koşullarında, bir çocuğun babası basit bir kan testi ile DNA tespiti yapılmasıyla saptanabilmektedir. Dolayısıyla, sadece çevre şahadetine dayanılarak karar verilmesi gereksinimi genelde ortadan kalkmıştır. Bu durumda, bir

çocuğun babasının kim olabileceğinin tespiti için zaman kısıtlamasının önemi de artık kalmamıştır.

Çocuğun açısından olaya bakıldığı zaman, bir çocuğun doğumunun ne koşullarda gerçekleştiği, yani bir evlilik birlikteliği içerisinde mi yoksa evlilik dışı bir birliktelik neticesinde mi dünyaya gelmiş olduğu hususu, çocuğun kontrolü dışındaki bir vakadır. Evlilik dışı birliktelikler neticesinde doğan çocuklar toplumu rahatsız ediyorsa, bunun cezasını çocuklar çekmemelidir. Doğum koşullarını belirleyemeyen bir çocuk, kendisinin dünyaya gelmesinden sorumlu olan anne ve babasının hareketlerinin kurbanı olmamalıdır.

Bir çocuğun doğumu ile ilgili koşulları kendisinin belirleyemeyeceği gerçeği ışığında, çocuğun kendi kusurundan kaynaklanmayan, annesinin ve babasının seçimi ile gelişen olaylar zinciri neticesinde bulunduğu konum dolayısıyla haklarının süre ile kısıtlanması veya bu haklarının vasisi tarafından kullanılmaması halinde tamamen elinden alınması, insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gereken bir durumdur.

Uluslararası sözleşmeler, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 24. maddesi açısından, çocukların doğum koşullarına bağlı olarak farklı bir muameleye tabi olmamaları gerektiğinin ifade edildiği göz önünde bulundurularak, Anayasa'nın Başlangıç Kısmında ve 1. madde de yer alan hukukun üstünlüğü ve insan hakları kavramları yorumlanmalıdır.

Fasıl 278 madde 8 (a)(i)'de yer alan 5 yıl süre kısıtlaması ele alındığında, bir gayrimeşru çocuğun, huzurumuzdaki havaleye konu müracaatta iddia edildiği gibi, anne ve babasının birlikteliğinin 5 yıldan uzun sürmesi veya annenin herhangi bir nedenle 5 yıl içerisinde Fasıl 278 madde 8 (a) altında mahkemeye müracaat etmemesi hallerinde, o çocuğun hakları tamamen ortadan kalmış olmaktadır.

Fasıl 278'in 8. maddesinde yer alan 5 yıl süre ile müracaat yapılması gerektiği şartının, şartın ihtiva ettiği kısıtlamanın insan haklarına ve bunun içerisinde yer alan çocuk haklarına uymayı kabul etmiş, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gerektiği ve tüm bu kavramlara aykırı olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, Fasıl 278 madde (8) (a)'da yer alan 5 yıl süreli sınırlama şartının Anayasa'nın Başlangıç Kısmına ve 1. maddeye aykırılık teşkil ettiğine karar verilir^[20].

Mahkeme, davada aleyhine dava açılan kişinin baba olma olasılığının bulunup bulunmadığını incelemekle yükümlüdür. Fasıl 278, bu durumu şöyle düzenlemiştir “Baba olduğu iddia edilen kişinin, ana rahmine düşme ihtimali

[20] 2/2017sayılı Anyasa Mahkeme kararı için bkz. www.mahkemeler.net

olan süre içinde herhangi bir zaman, başka hiçbir erkek bulunmaksızın ana ile birlikte yaşamışsa, çocuğun babası sayılır; eğer ananın böyle bir birlikte yaşama sonucu çocuğa hamile kalmasının mümkün olmadığı kanıtlanırsa (m. 9/2)”. Yasa, 1955 yılında yürürlüğe girdiğinde babalığın tespitinin klasik usullerle yapılabileceği düzenlemiştir. Yani, anne ile baba arasında cinsel birliktelik olduğu ve çocuğun da bu birlikteliğin sonucu olarak dünyaya geldiğine mahkemenin ikna edilmesi gerekmektedir. Ancak, tıp biliminin gelişmesiyle çocuk ile baba arasında soybağının bulunup bulunmadığının tespiti de kolaylaşmıştır. “DNA” adı verilen genetik test aracılığıyla bu duurmun tespiti oldukça kolaydır. KKTC Mahkemeleri de soybağının belirlenmesinde zaman zaman bu teste başvurmakta-
tadılar^[21]. Ancak, mahkemenin böyle bir testin yapılmasına karar verebilmesi için anne ile baba arasında cinsel ilişki olmuş olabileceğine dair ciddi kanaate ulaşması gerekmektedir. Dolayısıyla, tek başına babalık iddiası, böyle bir teste emir verilmesine yeterli değildir. Öte yandan, mahkemenin “DNA” testi yapılmasına ilişkin olarak verdiği emir doğrudan doğruya kişinin vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığı ile ilgili olduğundan kişi bu testi yapmaya zorlanamaz^[22].

Mahkeme, dava sonucunda aleyhine dava açılan kişi ile ilgili olarak iki şekilde karar verebilir. Öncelikle mahkeme, elde ettiği deliller ışığında çocuk ile baba arasında soybağının bulunmadığına karar verebilir . Bu durumda, mahkeme çocuğun bakım ve eğitim masrafları ile ilgili de hüküm veremez. Öte yandan, mahkeme elde ettiği deliller çerçevesinde çocuğun anne ile davalı baba arasındaki cinsel ilişkisinin bir neticesi olarak doğduğuna kanaat getirirse çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasına ve babanın çocuğun eğitim ve bakım masraflarına katkıda bulunmasına karar verir. Ancak mahkemenin böyle bir karar veremeyeceği haller vardır. Buna göre mahkeme, çocuğun ölmesinden sonra, varsayılan baba ile ananın evlenmesinden sonra, Evlât Edinme Yasası kuralları uyarınca çocukla ilgili olarak bir evlât edinme emri verilmesinden sonra ve çocuk on altıncı yaşını doldurduktan sonra böyle bir karar veremez (m. 11/1).

[21] Benzer bir uygulama Türk Hukuku'nda da bulunmaktadır. Yerleşik içtihatlarla göre, babalık davalarında mahkemenin resen araştırma yükümlülüğü nedeniyle biyolojik babanın kabul beyanı ile sınırlı kalmayıp DNA testinin yapılmasına da emir vermesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. Özmumcu, Seda, Türk Hukuku'nda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s.160.

[22] Türk Yargıtayı ise vücut bütünlüğünün amaca aykırı ihlal edilmemesi kaydıyla, soybağının kamu düzeniyle yakın ilişkisine ve re'sen araştırma ilkesine ağırlık vererek Kanunlarda yapılan değişikliklere de paralel olarak mahkemenin DNA testi yapılmasına emir verebileceğine işaret etmektedir. Bu konuda bkz. Tüzüner, Özlem, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFİD, S. 62, C. 4, Y. 2013, s. 1154.

III. Soybağının Düzelmesinin Hüküm ve Sonuçları

Mahkemenin baba ile çocuk arasında soybağı kurulmasına karar vermesi halinde çocuk, doğum tarihinden itibaren, gerek anası gerek babası ve onların kan hısımları bakımından, soybağı düzgün bir çocuğun statüsüne sahip olur (m.7). Soybağının kurulmasıyla, babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı da doğar^[23].

Kural olarak, çocuğun soybağının düzelmesinden sonra çocuk evlilik içinde doğmuş çocuk gibi kabul edilir ve evlilik içinde doğmuş olan çocukla aynı haklara sahip olur^[24]. Aynen, evlilik içinde doğmuş olan bir çocuk gibi babanın soyadını alır^[25]. Doğum ve Ölümleri Kayıt Yasası'na göre, "doğumu kaydedilmiş bulunan evlilik dışında doğan bir kişinin, Gayrı meşru Çocuklar Kanunu gereğince meşru kılındığına değin yeterli delil gösterilmesi halinde, Nüfus Baş Yazmanı söz konusu kişinin doğumunun yeniden kaydedilmesi için yetki verebilir; ancak böyle bir yeniden kayıt, saptanacak biçimde ve yerde yapılmalıdır (m.17)." Hükmün yorumlanmasından evlilik dışı çocuğun baba ile arasındaki soybağının kurulmasından sonra çocuğa ait olan nüfus kaydının düzeltileceği ortaya çıkmaktadır. Bu düzeltme ile birlikte çocuk da babanın soyadını alacaktır.

Ancak, bu kural mirasçılık bakımından uygulanmamaktadır. Kanaatimizce, Yasaların yanlış tercüme ve uygulamasından kaynaklanmaktadır. Fasıllık 195 sayılı Vasiyetnameler ve Veraset Yasası m. 46 mirasçılar arasında sadece "meşru çocukların" mirasçı olabileceğini düzenlemiştir^[26]. Buna göre, evlilik dışı çocuk (gayrı meşru çocuk) nesebi düzeltilmiş olsa bile yasal mirasçılar arasında yer almamaktadır. Söz konusu düzenleme, eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine havale edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Karar şöyledir: "*Anayasanın 7. maddesi keyfi ayırımları önlemeyi amaçlamakta fakat meselelerin kendilerine öz nitelikleri icabı yapılması gereken makul ayırımları saf dışı etmemektedir. Yasa önünde eşitlik ancak nitelikte benzerlik ve yasaların getirdiği hakların uyumluluğu*

[23] Yılmaz, Canan, Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S.1, s.110 ; Baygın, s. 105; Stark, Barbara, International Family Law,England, 2005, s. 182; Strech, Rachael, Family Law, Canada, 2009, s. 143.

[24] Bainham, s. 128.

[25] Bu konuda bkz. Özen, Burak, Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadına Değişiklik Yapılması, MÜHFD, MÜHF – HAD, C. 16, S. 3-4, s. 180.

[26] Neocleous, Elias; Tsikkinis, Lefkios; Neocleous, Andreas, Pratical Law, Cyprus, 2011, s. 11;. Economides, Peter, Cyprus Legislation: Wills, Succession and Administration of Estates, Cyprus, s.3. <http://www.totalserve.eu/Assets/Images/uploadedContent>

oranında söz konusudur. Bu kavram tüm yurttaşların behemehal her yönden her zaman aynı kurallara bağlı tutulmalarını zorunlu kılmaz. Meşru çocuklar evlilik içi, gayri meşru çocuklar ise evlilik dışı dünyaya geldikleri cihetle farklı statülere sahiptirler. Meşru çocuklar ile gayri meşru çocukların özdeş olmayan nitelikleri ve farklı durumları olduğu A.M. 3/81'de belirtilmiştir. Bu böyle olduğuna göre de tevarüs hakkı bakımından aralarında yapılan ayırım Anayasanın 7. maddesine aykırı değildir... Gayri meşru çocukların baba tarafından miras almaması ise çok uzun senelerden beri bizim miras hukukumuzun bir kuralıdır. Bu kural diğer birçok memleketlerin hukukunda da yer almaktadır. Bu kuralın üzerinde dayandığı nedenler arasında meşru aile birliğinin korunması amacı da bulunmaktadır. Bu nedenlerle gayri meşru çocukların miras hakkından yoksun bırakılmış olmalarının keyfi veya gayri makul olduğu söylenemez... Sonuç olarak Fasil 195 Vasiyet ve Veraset Yasasının 46. maddesinde atıfta bulunulan Birinci Cetvelde veraset hakkı olan Birinci Sınıfkişiler bölümünde müteveffanın çocukları için kullanılan "meşru" sözcüğünün Anayasanın 1, 5, 7, 30 ve 31(1) maddelerine aykırı olmadığına, oybirliği ile, karar verilir.^[27]"

Yukarıda detayları verilen Yüksek Mahkeme kararı günümüz hukuk anlayışı karşısında çağ dışı bir nitelik taşımaktadır. Zira, soybağının düzeltilmesinin amacı çocuk ile baba arasında hukuken bir bağ kurmak ve çocuğun babadan kaynaklı yararlanmadığı haklarından yararlanmasını sağlamaktır. Çocuğun soybağının düzeltilmesinden sonra meşru – gayri meşru çocuk ayırımı yapılmadığı gibi bu durumda olan çocuklar arasında mirasçılık bakımından bir ayırım yapılması ise genel hukuk ilkelerine ve hakkaniyete aykırıdır. Nitekim, 2017 yılında Anayasa Mahkemesi'nin Fasil 278'de çocuğun soybağının düzeltilmesiyle ilgili olarak getirilen 5 yıllık hak düşürücü sürenin anayasaya aykırılığına hükmettiği kararda "bir çocuğun doğumu ile ilgili koşulları kendisinin belirleyemeyeceği gerçeği ışığında, çocuğun kendi kusurundan kaynaklanmayan, annesinin ve babasının seçimi ile gelişen olaylar zinciri neticesinde bulunduğu konum dolayısıyla haklarının süre ile kısıtlanması veya bu haklarının vasisi tarafından kullanılmaması halinde tamamen elinden alınması, insan haklarına saygılı, hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk devletinde olmaması gereken bir durum olduğuna^[28]" işaret etmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bu karardan sonra önüne evlilik dışı bir çocuğun miras hakkı ile ilgili bir dava gelmesi halinde yukarıda bahsettiğimiz 1985 tarihli kararından vazgeçerek söz konusu düzenlemenin iptaline karar

[27] 8/85 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. www.mahkemeler.net

[28] 2/2017 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. www.mahkemeler.net

vermesi gerekmektedir. Aynı şekilde AİHM, Mazurek vs. Fransa^[29] kararında, çocuğun evlilik dışı ilişkiden doğmuş olması gerekçesiyle mirasçılık hakkından mahrum bırakılmayacağına. Mahkeme ayrıca, evlilik dışı bir ilişki sonucu doğmuş olan bir çocuğun kendisinin sorumlu olmadığı koşullar nedeniyle suçlanamayacağına da işaret etmiştir.

KISALTMALAR CETVELİ

bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Ed.	: Edition
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
KTTB	: Kıbrıs Türk Tabipler Birliği
m.	: Madde
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MİHBİR	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UK	: United Kingdom
USA	: United States of America
Y.	: Yıl
Vb.	: Ve Benzeri
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume

[29] Mazurek vs. Fransa kararı için bkz. [hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library;Dinç,Güney,Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı, TBB Dergisi, S. 51, 2004, 135](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library;Dinç,Güney,Avrupa%20insan%20Hakları%20Sözleşmesi%20ve%20Mülkiyet%20Hakkı,TBB%20Dergisi,S.51,2004,135)

KAYNAKÇA

1. Akıntürk, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s.327.
2. Bainham, Andrew, The International Survey of Family Law, Netherlands, 1996, s.129.
3. Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.
4. Dinç, Güney, Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı, TBB Dergisi, S.51, 2004, s.133-152.
5. Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan, Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku III (Aile Hukuku), İstanbul, 2011, s.268 vd.
6. Economides, Peter, Cyprus Legislation: Wills, Succession and Administration of Estates, Cyprus, s.3. <http://www.totalserve.eu/Assets/Images/uploadedContent>
7. Gençcan, Ömer Uğur, Soybağının Evlenmeyle Düzilmesi, ABD, Y. 2000, S.2, s.81-92.
8. Harrings, Jonathan, Family Law, s.85; Standley, Kate, Family Law, London, 1997, s.177
9. Mowbray, Allastair, Cases, Materials and Commentary On The European Convention On Human Rights,UK, 2012, s.513.
10. Neocleous, Elias; Tsikkinis, Lefkios; Neocleous, Andreas, Pratical Law, Cyprus, 2011, s.11.
11. Özen, Burak, Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadına Değişiklik Yapılması, MÜHFD, MÜHF – HAD, C.16, S.3-4, s.171-194.
12. Özmumcu, Seda, Türk Hukuku'nda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s.145- 171.
13. Paksoy, Gülnihal, Soybağının Reddi, TBB Dergisi Y.2011, S.97, s.353- 376.
14. Stark, Barbara, International Family Law, England, 2005, s.182 .
15. Strech, Rachael, Family Law, Canada, 2009

16. Tüzüner, Özlem, Soyabağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFİD, S.62, C.4, Y.2013, s.1139-1166.
17. Yılmaz, Canan, Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C.35, S.1, s.103-141.

ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞI (TTK M. 396)*

Yrd. Doç. Dr. Pınar AŞIK**

Makalenin Geldiği Tarih: 21.06.2017 **Kabul Tarihi:** 10.11.2017

* Bu makale yazarın 2006 yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda savunduğu ve jüri tarafından oybirliği ile kabul edilen "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı" adlı yayımlanmamış yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Makalede 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Şirketler hukuku alanında yapılan değişiklikler (ör. emredici hükümler ilkesi (TTK m. 340, 579), ultra vires ilkesinin kaldırılması (TTK m. 371/2), tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmesi ve tek üyeli yönetim kurulunun mümkün hale gelmesi (TTK m. 359/1, 2) vs.) ve konuyla ilgili yeni literatür çalışmaları göz önünde bulundurulmuŐtur. **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Aksaray Üniversitesi Őereflikoçhisar Uygulamalı Teknoloji ve İŐletmecilik Yüksekokulu, Uluslararası Ticaret Bölümü Öğretim Üyesi.

ÖZ

Rekabet, kişilerin ve toplumun gelişmesi açısından gereklidir. Ancak sınırsız ve kontrolsüz bir rekabet ortamı zararlı sonuçlar doğurur. Bu nedenle hemen hemen her ülkede rekabet özgürlüğünün sınırları kanunlarla çizilmiştir. Mevzuatımızdaki rekabet yasağı düzenlemeleri de Anayasamızda var olan temel haklardan rekabet etme özgürlüğüne sınırlama getirmektedir. Bu düzenlemelerle belli görevlerde bulunan bazı kişilerin bu görevleri dolayısıyla edinmiş olduğu bilgileri, kendi veya başkaları yararına kullanmasını engellemeye yönelik olarak bazı konularda iş yapmaları yasaklanmaktadır. Makalemizde esas olarak anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin rekabet hakkına sınırlama getiren bu yasağın sınırları, şartları, kapsamı ve yasağın ihlalinin hüküm ve sonuçları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından ele alınmış ve rekabet yasağına ilişkin diğer düzenlemelere de gerekli olduğu ölçüde değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, rekabet, rekabet özgürlüğü, rekabet yasağı, Türk Ticaret Kanunu.

PROHIBITION OF COMPETITION IN
JOIN-STOCK COMPANIES

ABSTRACT

Competition is necessary for the evolution of people and society. But uncontrolled and unlimited competition has hazardous results. Therefore the limitations of freedom of competition has been determined almost in all countries. Regulations of noncompetition in Turkish Constitution limit the freedom of competition which is one of the basic rights existing in the legislation. This regulations prohibit people occupied with certain jobs to do their work in some issues in order to prevent them misuse the knowledge they have gained through their jobs for the benefit of themselves or other people's. In our article limitations, conditions, scope and the results of the violation of competition prohibition have been handled in joint-stock companies with regard to Turkish Commercial Code. The other regulations about competition prohibition have been mentioned as required.

Keywords: Join-stock companies, competition, freedom of competition, prohibition of competition, Turkish Commercial Code.

I. GİRİŞ

Günümüzde geçerli olan liberal ekonomi anlayışı serbest rekabet ilkesine dayanır. Anayasanın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahip olduğu ifade edilmiştir. Rekabet hakkı da özel teşebbüs kurma özgürlüğünün doğal bir sonucudur.

Rekabetin işletmelerin verimini arttırma, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltme gibi olumlu etkileri vardır. Ancak rekabet hakkının kötüye kullanılması da mümkündür. Bu nedenle hemen hemen her ülkede rekabet özgürlüğünün sınırları kanunlarla çizilmiştir. Rekabet yasağı da rekabet hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir.

Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler işçilik, şirket yöneticiliği veya ortaklığı, ticari mümessillik ve vekillik gibi belirli sınıflara sahip kişilerin görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri kullanarak şirketi veya işletmeyi zarara uğratmalarını ve rekabet etme haklarını başkalarının haklarına zarar verecek şekilde kullanmalarını önlemeye yönelik düzenlemelerdir.

Mevzuatımızda rekabet yasağı ile ilgili çeşitli düzenlemeler mevcuttur (TTK m. 123, 230, 231, 311, 396, 613 (3), 626; TBK m. 553, 626 vs.) . Ancak bu çalışmanın konusu esas olarak anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için getirilmiş bulunan ve bu kişilerin şirketle rekabet etmesini yasaklayan TTK'nın 396. maddesidir. Bu hükmün kapsamı, yasağın şartları ve yasağın ihlalinin hüküm ve sonuçları 6102 sayılı kanun bakımından değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken öncelikle rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin genel özellikleri, temel dayanakları ve konuluş amacı incelenecek ve rekabet yasağı ile ilgili diğer düzenlemelere de gerekli olduğu ölçüde değinilecektir^[1].

II. REKABET YASAĞI DÜZENLEMELERİNİN KONULUŞ AMACI (RATIO LEGIS)

Rekabet yasağı öngören düzenlemeler, genel olarak şirketin iş sırları, çalışma yöntemi, yönetimi ve işleyişi, müşteri çevresi ve iş potansiyeli ile ilgili önemli bilgilere sahip yönetici veya ortakların, sıfatları dolayısıyla edindikleri bilgileri

[1] Diğer şirketlerde rekabet yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Aydoğan**, Fatih: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, s. 15; **Göksoy**, Yaşar Can: "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasalarının Kapsamı", DEÜHFD 2007, Özel Sayı, C. XI, s. 633-681.

şirket aleyhine kullanarak^[2] kendileri veya üçüncü kişilere yarar sağlamalarını^[3], menfaatlerin çatışması halinde kendi menfaatlerini şirket menfaatlerine tercih etmelerini ve böylece şirkete zarar vermelerini önlenmeye yönelik düzenlemelerdir^[4]. Hükümler ortakların veya yöneticilerin rekabet özgürlüğünü sınırlama amacı taşımamakta, şirketin menfaatlerini ortaklardan veya yöneticilerden gelen tehlikelere karşı koruma amacı gütmektedir^[5]. Ancak hepsinin ötesinde esasen bu düzenlemelerle korunmak istenen ticaret düzenidir. Zira bu düzenlemeler sayesinde şirketler ticari faaliyetlerini güvenli bir şekilde yürütecek ve böylece ticaret düzeni korunmuş olacaktır.

III. REKABET YASAĞININ GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Rekabet Yasasına İlişkin Düzenlemelerin Emredici Nitelikte Olmaması:

Emredici kurallar, taraflarca aksi kararlaştırılmayan, uyulması zorunlu olan kurallardır^[6]. 6762 sayılı TTK döneminde rekabet yasasına ilişkin hükümlerin iç ilişkiyi düzenleyen^[7] kamu düzeni ile ilgili olmayan hükümler olması

-
- [2] Goette, Wulf: *Handelsgesetzbuch*, Band 1 §§ 1-342 (hrsg.: Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Bouyong, Detlev Joost), München 2001, s. 1381; **Schäfer**, Carsten: *Staub Handelsgesetzbuch, Großkommentar*, 5. Auflage (hrsg. Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer, Dritter Band §§ 105-160), Berlin 2009, s. 374; **Çamoğlu**, Ersin: *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 2010, s. 100.
- [3] **Ayan**, Özge: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 149; **Çamoğlu**, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasası”, *İkt. Mal.* 1969, C. XVI, S. 9, s. 357; **Domaniç**, Hayri: *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 626; **Schäfer**, 374; ayrıca bkz. Y. 11. HD. 29.09.1977, E. 77/3358, K. 77/3890 (Batider 1977, C. IX, S. 2, s. 520).
- [4] **Atan**, Turhan: *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*, Ankara 1967, s. 98; **Karaca**, Bedir: *Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları*, 2. Bası, İstanbul 2010, s. 110; **Kırca**, İsmail (**Şehirali Çelik**, Feyzan/ **Manavgat**, Çağlar): *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 687.
- [5] **Karasu**, Rauf: “Limited Şirket Esas Sözleşmesi İle Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasası Öngörülebilir mi?”, *GÜHFD* 2016, C. XX, S. 2, s. 65; **Kırca** (**Şehirali Çelik/ Manavgat**), s. 689.
- [6] **Karasu**, Rauf: *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Ankara 2015, s. 45.
- [7] **Aydoğan**, s. 15.

dolayısıyla^[8] emredici değil, düzenleyici (yedek) nitelikte olduğu^[9] ve bu nedenle yasağın kapsamının daraltılabileceği, genişletilebileceği ve hatta yasağın tamamen ortadan kaldırılabilmesi kabul edilmekteydi^[10]. Bu durum 6102 sayılı TTK'da şahıs şirketleri bakımından geçerliliğini korumaktadır (TTK m. 213(2), 305). Ancak bu kanunla birlikte anonim ve limited şirketler bakımından geçerlilik kazanan “emredici hükümler ilkesi”^[11], bu şirket türleri için ayrı bir değerlendirme yapmayı gerektirir.

6762 sayılı TTK döneminde kanunla açıkça yasaklanmayan her konunun ana sözleşmeyle düzenleneceği kabul edilmekteyken, bu ilkeyle sözleşme özgürlüğüne önemli bir sınırlama getirilmiştir. Zira bu ilkeyle ana sözleşmede yapılacak ihtiyari düzenlemeler kanunda açıkça izin verilmiş olma şartına bağlanmıştır.

Anonim şirketler bakımından 6102 sayılı TTK'nın 340. maddesine göre “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça cevaz verilmişse sapabilir. Diğer kanunların öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı nitelikteki şirket sözleşmesi hükümleri, o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”. Emredici hükümler ilkesi ile ilgili olarak TTK'nın 340. maddesine paralel bir düzenleme limited şirketler bakımından da 6102 sayılı TTK'nın 579. maddesinde öngörülmüştür. Anonim ve limited şirketlerde rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler bu hükümler göz önünde bulundurularak incelenmelidir.

[8] **Teoman**, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar C. I, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997, s. 43; **Aydoğan**, s. 15.

[9] **Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1990, s. 335; **Franko**, Nisim: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, Batider 1985, C. XIII, S. 1, s. 27; İsviçre hukukunda kolektif şirketler bakımından (OR 562) bu yönde bkz. **Handschin**, Lukas in Basler Kommentar, Honsel, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Water, Rolf (Hrsg.), Obligationenrecht II, 4. Auflage, Zürich 2012, s. 107; Alman hukukunda AktG § 88 bakımından bu yönde **Meyer-Landrut**, Joachim in Großkommentar, Aktiengesetz, Berlin 1973, s. 686; Alman hukukunda kolektif şirketleri düzenleyen HGB § 112 bakımından bu yönde **Hopt**, Klaus J.: Beck'sche Kurz Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch (bearbeitet von Klaus Hopt, Hanno Merkt, Adolf Baumbach), München 2006, s. 538; **Goethe**, s. 1393; **Schäfer**, s. 389.

[10] **Kalpsüz**, Turgut: “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 359; **Aydoğan**, s. 16; **Franko**, s. 27; Alman hukukunda AktG § 88 bakımından bu yönde **Meyer-Landrut**, s. 683; HGB § 112 bakımından **Hopt**, s. 538; İsviçre hukukunda bu yönde Handschin, s. 107.

[11] Bu konuda bkz. **Karasu**, Emredici Hükümler, s. ve Limited, s. 63 vd.; **Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat)**, s. 152 vd.

Anonim şirketlerde rekabet yasağı yönetim kurulu üyeleri bakımından getirilmiş ve yasağın genel kurul kararıyla kaldırılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bizzat kanunun kendisi mevcut kanun hükmünden sapılmasına izin vermiştir. Bu bakımdan hükmün emredici nitelikte olmadığı isabetle kabul edilmektedir^[12].

Limited şirketlerde rekabet yasağı müdürler için getirilmiştir. Fakat TTK'nın 613. maddesinde ana sözleşmeyle ortaklara da rekabet yasağı getirilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra TTK'nın 577. maddesinin g) bendinde kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin ana sözleşmede öngörülmesi^[13] şartıyla bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Ana sözleşmeyle rekabet yasağına ilişkin olarak kanuni düzenlemeden ayrılan düzenlemelerin yapılması mümkün kılındığından limited şirketlerde rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin de emredici olmadığı kabul edilmelidir^[14].

B. Rekabet Yasağının Dar Yorumlanması Gereği:

Bilindiği gibi Anayasanın 167. maddesi uyarınca Türk ekonomisi serbest rekabet ilkesi üzerine kurulmuştur. Anayasanın 48. maddesine göre de herkes dilediği alanda çalışma, sözleşme ve özel teşebbüsler kurma özgürlüğüne sahiptir. Bunun doğal bir sonucu olarak tüm bireyler kişiliklerini ve mali durumlarını geliştirmek için birbirleriyle yarışabilir, diğerlerine üstünlük sağlamaya çalışabilir. Kısaca rekabet haklı bir biçimde yapıldığı sürece serbesttir ve aynı zamanda hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Rekabet yasağı ile ilgili hükümler ise serbest rekabet ilkesine istisna teşkil eder. Bu yasak belirli kişilerin belirli konularda ticaret yapma özgürlüğüne sınırlama getirir. Ancak kişinin ticaret yapma özgürlüğünü tamamen kaldıracak nitelikteki bir yasaklama, rekabet yasağı içeren hükümlerin konuluş amacını aşar. Bu bakımdan literatürde rekabet

[12] **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Tek Kişi Ortaklığı, Anonim ve Limited Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 282; **Akdağ Güney**, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 146; **Ayan**, s. 155; **Kırca**, yasağı anonim şirketler bakımından değerlendirmiş ve yasağın tek taraflı olarak emredici olduğunu ifade etmiştir **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694.

[13] Şirket sözleşmesinde öngörülen ve kanundan ayrılan rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin kapsamı ve sınırları ile ilgili olarak, özellikle ana sözleşme ile ortakların birbirleriyle rekabet etmelerinin yasaklanıp yasaklanamayacağı hakkında bkz. **Karasu**, Limited, s. 64 vd. ve **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 29 vd.

[14] Bu konuda bkz. **Tekinalp**, s. 519.

yasağının dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir^[15]. Dar yorumlama yasağın özellikle konu, yer ve süre bakımından sınırlandırılmasını gerektirir.

Rekabet yasağı her şeyden önce şirketin fiilen uğraştığı işlerle sınırlandırılmıştır. İşletme konusuna girmekle birlikte şirketin fiilen uğraşmadığı işler yasak kapsamında değildir^[16].

Rekabet yasağı süre bakımından da sınırsız değildir. Yasağın kaynağı olan sıfatın (ortaklık, yönetim kurulu üyeliği, müdürlük, ticari temsilcilik vs.) kazanılmasıyla başlar ve bu sıfatın kaybedilmesiyle ortadan kalkar^[17]. Yasağın devamı şirket sözleşmesi veya başka bir sözleşmeye hüküm konulmasıyla sağlanabilir (Sözleşmesel rekabet yasağı (*vertragliches Wettbewerbsverbot*))^[18].

Şirketin ticari faaliyetlerini yürüttüğü yer ve müşteri çevresi rekabet yasağının bir diğer sınırını teşkil eder^[19]. Yasağa tabi kişilerin rekabet yasağı kapsamındaki işlerle şirketin faaliyet alanı, müşteri çevresi dışında şirketin zarar görmeyeceği şekilde uğraşması mümkündür^[20].

[15] **Aydoğan**, s. 16; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 101; **Goette**, s. 1381; **Franko**, s. 28; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 689; istisnaların dar yorumlanması kuralı hakkında genel olarak bkz. **Yongalık**, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFED 2011, C. 60, S. 1, s. 1-13.

[16] **Helvacı**, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 93, dn. 93; **Altaş**, Soner: “Yönetim Kurulu Üyeleri Şirketle İşlem Yapma ve Rekabet Etme Kararlarında Oy Kullanabilirler mi?”, Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2016, s. 147; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 100; **Aydoğan**, s. 40; **Domaniç**, s. 629, 630; **Franko**, s. 30; **Kalpsüz**, 372; **Karaca**, s. 112; ayrıca bkz. Y 11. HD 11.12.1989, E. 1988/8853, K. 1989/7012; Alman hukukunda bu yönde **Hüffer**, Uwe: Beck'sche Kurz Kommentare, Aktiengesetz, 6. Auflage, München 2004, s. 440; **Hopt**, s. 537; **Meyer-Landrut**, s. 684; anonim şirketler bakımından aksi yönde bkz. **Godin/Wilhelmi**, Aktiengesetz Kommentar, Band I, §§1-178 (bearbeitet von Hans Wilhelm und Sylvester Wilhelm), Berlin 1967, s. 435; kolektif şirketler (OHG) bakımından aksi yönde **Schäfer**, s. 381.

[17] **Akdağ Güney**, s. 146; **Atan**, s. 99; **Doğanay**, s. 598; **Franko**, s. 26; Alman hukukunda AkG § 88 bakımından bu yönde bkz. **Godin/Wilhelmi**, s. 43; **Meyer-Landrut**, s. 683; HGB § 112 bakımından bkz. **Schäfer**, s. 382.

[18] **Domaniç**, s. 630; **Schäfer**, s. 379, 380.

[19] **Karaca**, s. 112; Alman hukukunda kolektif şirketler bakımından bu yönde **Schäfer**, s. 382.

[20] **Atan**, s. 99.

IV. REKABET YASAĞI DÜZENLEMELERİNİN TEMEL DAYANAKLARI

A. Sadakat Yükümlülüğü

Literatürde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin en temel dayanağı olarak sadakat yükümlülüğü (*Treupflicht*) zikredilmektedir^[21].

Genel olarak sadakat yükümlülüğü, bir ilişkinin taraflarının birbirlerinin menfaatlerini gözetmesi, gerektiğinde karşı tarafın menfaatlerini kendi menfaatlerine tercih etmesi^[22], bir araya gelme amacının gerçekleşmesi için çaba sarf etmesi, amaca zarar verici hareketlerden kaçınması ve bağlılık göstermesi olarak tanımlanabilir^[23]. Sadakat yükümlülüğü sözleşme ilişkilerinde taraflardan beklenen bir davranış kuralıdır. Bu yükümlülüğün içeriği esas itibarıyla her hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenir^[24].

Rekabet yasağına aykırılığın sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmesi özellikle şahıs şirketlerinde söz konusu olur. Zira bu şirketlerde ortakların şirket işlerini yakından takip etmek, işler hakkında bilgi almak ve hesap istemek hakları olduğu gibi (TTK m. 225, 310 vs.) bu şahısların şirketin sırlarına ve müşteri çevresine ilişkin bilgilere sahip olma ve bunları kullanarak şirkete zarar verme olanakları bulunmaktadır^[25]. Ayrıca şahıs unsurunun önemli olduğu bu şirketlerde ortağın şirketle rekabet etmesi ortaklar arasındaki güven ilişkisini zedeleyici nitelikte görülmekte ve sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir^[26].

Literatürde sermaye şirketlerinde yöneticiler için öngörülen rekabet yasağının temel dayanağının sadakat yükümlülüğü genel olarak kabul görmüştür^[27] [28].

[21] **Ansay**, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s. 134; **Nomer**, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 132; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005, s. 170; **Ayan**, s. 150; **Helvacı**, s. 89; Alman hukukunda kolektif şirketlerde rekabeti yasaklayan HGB § 112 bakımından bu yönde bkz. **Hopt**, s. 536; **Goette**, s. 1381; **Schäfer**, 375.

[22] **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 102; **Nomer**, s. 5; **Aydoğan**, s. 8.

[23] **Nomer**, s. 5 ve 16.

[24] **Nomer**, s. 16.

[25] **Franko**, s. 23.

[26] **Aydoğan**, s. 8.

[27] **Franko**, s. 25; **Ansay**, s. 134; **Aydoğan**, s. 9; **Karaca**, s. 110.

[28] İsviçre hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte m. 717/I'de yönetim kurulu üyeleri ve

Buna karşılık yönetici olmayan ortakların sadakatle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır.

Literatürde konu özellikle anonim şirketler bakımından hayli tartışılmış ve ağırlıklı olarak anonim şirket pay sahiplerinin şirkete karşı sadakatle yükümlü olmadığı sonucuna varılmıştır^[29].

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. TBK'nın 620. maddesinde adi şirket sözleşmeleri için yapılan tanımda öngörülen unsurlar tüm şirket tipleri için geçerlidir. Her şirket ilişkisinde ortakların müşterek bir amacı ve bu amaca ulaşmak için çaba sarfetme iradeleri (affectio societatis) bulunmaktadır. Bu açıdan tüm ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesine engel olacak ve şirkete zarar verecek faaliyetlerden kaçınmakla yani sadakatle yükümlüdür^[30]. Şirketlerin hukuki yapısına göre bu yükümlülüğün içeriği ve yoğunluğu değişiklik gösterir. Bu nedenle anonim şirketlerde pay sahiplerinin sadakat yükümünü tümüyle reddetmek mümkün değildir. Bununla birlikte anonim şirketlerde pay sahiplerinin bu yükümlülüğünün şahıs şirketlerinde olduğu kadar yoğun olmadığı da bir gerçektir^[31].

Şunu da belirtmek gerekir ki sadakatle yükümlü olup olmadığı tartışmalarının ötesinde pay sahiplerinin TTK m. 396 anlamında bir rekabet yasağına tabi olmadığı yönünde görüş birliği mevcuttur^{[32] [33]}. Hakim görüş rekabet yasağının

yönetimle görevli diğer kişilerin sadakatle yükümlü oldukları açıkça hükme bağlanmıştır. İsviçre literatüründe de bu hükümden hareketle yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli diğer kişilerin rekabet yasağına tabi olduğu kabul edilmektedir (**Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht: darstellung für den praktiker, 2. Auflage Zürich 1996, s. 853; **Fleischer**, Holger: "Wettebewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht", AG 2005, s. 338); Alman hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin rekabetini yasaklayan AktG § 88 hükmünün sadakat yükümlülüğüne dayandığı yönünde bkz. **Meyer-Landrut**, s. 684.

[29] **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 485, 613; **Franko**, s. 51; **Aydoğan**, 85, 153; **Göksoy**, s. 648.

[30] **Nomer**, s. 17, 76; **Karasu**, Emredici Hükümler, s. 40 vd.

[31] **Nomer**, s. 17.

[32] Pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi olmadığı yönünde bkz. **Franko**, s. 51; **Kalpsüz**, s. 365; **Aydoğan**, s. 92; **Nomer**, s. 134; **Göksoy**, s. 647.

[33] Literatürde pay sahiplerinin TTK m. 396 kapsamında kanuni bir rekabet yasağına tabi olmamakla birlikte TTK m. 1(1) ve 126(ETK m. 138). maddesi gereğince adi şirketlerde rekabet yasağını düzenleyen TBK m. 626 (EBK m. 526)'ya tabi olduğu yönünde bir görüş mevcuttur (**Domanıç**, s. 628; **Kalpsüz**, s. 365; **Aydoğan**, s. 89). Ancak rekabet yasağı başlığı taşımasına rağmen bu maddede aslında ortakların genel olarak sadakat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Zira bu maddede yasaklanan, ortakların kendi veya başkası yararına şirket

söz konusu olmamasını pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunmamasına bağlamaktadır^[34]. Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır, fakat bu onların şirketle rekabet etmesini engelleyecek düzeyde değildir^[35].

Her ne kadar TTK m. 437'de pay sahiplerine bilgi alma hakkı tanınmış olsa da anılan maddenin üçüncü fıkrasında şirket sırlarının ve korunması gereken şirket menfaatlerinin bilgi vermenin sınırını oluşturduğu açıkça belirtilmiştir. Diğer bir deyişle bilgi verilmesi şirket sırrı olduğu ve şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesiyle reddedilebilir^[36]. Bu açıdan değerlendirildiğinde pay sahiplerinin şirketin işleyişi hakkında yönetim kurulu üyeleri ile aynı ölçüde bilgi sahibi olması ve bu bilgileri kullanarak şirkete zarar verme tehlikesi bulunmamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce pay sahiplerinin TTK m. 396. madde anlamında bir rekabet yasağına tabi olduğunu söylemek son derece güçtür.

Pay sahiplerine ana sözleşme ile de rekabet etmeme yükümlülüğü getirilemez^[37]. Zira emredici hükümler ilkesine göre ana sözleşmeyle kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapılabilir. Limited şirketler bakımından ana sözleşmeye kanuni düzenlemeden ayrılan rekabet yasağına ilişkin hükümler konulduğu takdirde bunların bağlayıcı olacağına (TTK m. 577(g)) ve ayrıca ana sözleşmeyle ortaklara rekabet yasağı getirilebileceğine (TTK m. 613/(2)) ilişkin açık hükümler bulunmasına rağmen anonim şirketlerde böyle hükümler bulunmamaktadır. Bu durum TTK m. 340 ile birlikte değerlendirildiğinde pay sahiplerine şirket sözleşmesiyle böyle bir yasak getirilebilmesine engel teşkil etmektedir.

Emredici hükümler ilkesi, hükmün ratio legis'i açısından genişletici veya daraltıcı yorum yapılmasına engel olmamakla^{[38] [39]} birlikte pay sahiplerini de

amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapmasıdır. Bu da sadakat yükümlülüğünün tanımıdır.

[34] **Franko**, s. 51; **Kalpsüz**, s. 365; **Aydoğan**, s. 92; **Nomer**, s. 134; **Göksoy**, s. 648.

[35] **Nomer**, s. 134; aksi yönde bkz. **Göksoy**, s. 648.

[36] Madde gerekçesinde bu sınırın hem bilgi almayı hem de inceleme hakkını kapsayacağı, Eşit işlem ilkesi uyarınca her pay sahibine bilgi alma hakkı tanındığı için söz konusu hakka sınır konulmasının menfaatler dengesi gereği olduğu, genel kabul gören sınırın, şirket sırrı bağlamında şirket menfaati olduğu ifade edilmiştir.

[37] ETK döneminde bu konudaki tartışmalar için bkz. **Aydoğan**, s. 90.

[38] Bkz. **Karasu**, Limited, s. 64, 65.

[39] Zira aşağıda görüleceği gibi (bkz. aşa. V, B.) lafzi bakımdan sadece yönetim kurulu üyelerini kapsayan TTK m. 396'nın kapsamına Murahhas üyelerin ve müdürlerin de dahil olduğu kanaatini taşımaktayız.

TTK m. 396 kapsamına dahil edecek tarzda bir yorum yapılması hem hükmün amacıyla hem de anonim şirketlerin genel yapısıyla bağdaşmaz.

Limited şirketlerde TTK'nın "Bağlılık Yükümlülüğü" başlıklı 613. maddesinde ortaklara bağlılık(sadakat) yükümlülüğü getirilmiş fakat bu yükümlülük tanımlanmamış, yükümlülüğün kapsamı içindeki sır saklama ve çıkarları zedeleyecek davranışlarda bulunmama yükümlülükleri özel olarak ifade edilmiştir. Bu maddede şirket ortakları için kanuni bir rekabet yasağı öngörülmemiştir. Maddenin gerekçesinde rekabet yasağının bağlılık yükümlülüğünün sınırını oluşturduğu, sınırlı sorumluluk ilkesinden dolayı ortağın kanunen bir rekabet yasağına tabi kılınmasının haklı görülemeyeceği ve ana sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe sadece bağlılık yükümlülüğünden hareketle ortakların kanuni bir rekabet yasağına tabi olduğunun iddia edilemeyeceği ifade edilmiştir.

B. Affectio Societatis

Rekabet yasağına ilişkin hükümlerin affectio societatis unsuruna dayandığı da bir görüş olarak ileri sürülmektedir^[40]. Buna karşılık bizim de katıldığımız ve sadakat yükümlülüğü ve affectio societatis unsurlarını rekabet yasağının dayanağı olarak aynı kategori içinde değerlendiren, bu iki unsurun birbirini tamamladığı yönünde diğer bir görüş bulunmaktadır^[41].

Ortakların müşterek amacı gerçekleştirmek için aktif çaba göstermeleri olarak tanımlanan affectio societatis kavramının temelinde de sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesi için çaba harcarken ona ve dolayısıyla şirkete zarar verici davranışlardan kaçınmak zorundadır. Bu da şüphesiz sadakat yükümlülüğünün bir tezahürüdür.

C. Diğer Dayanaklar

Literatürde rekabet yasağı düzenlemelerinin yöneticilerin çalışmayı tahsis borcu, şirkete ait her türlü bilgiye sahip olma, şirket olanaklarının kötüye kullanımının engellenmesi gibi dayanakları olduğu da ifade edilmektedir^[42]. Ancak bunların hepsi temelde sadakat yükümlülüğünün kapsamı içinde değerlendirilmelidir.

[40] **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu) s. 35.

[41] **Nomer**, s. 17; **Aydoğan**, s. 10.

[42] Bu konuda bkz. bkz. **Aydoğan**, s. 11 vd.

D. Değerlendirmemiz

Sonuç olarak rekabet yasağına ilişkin hükümlerin temelde sadakat yükümlülüğüne dayandığını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte sadakat yükümlülüğünün varlığının rekabet yasağının kabulü için her şartta yeterli olmadığı açıktır. Bu nedenle her somut olaya uygun bir değerlendirme yapılmalı ve bu yapılırken de temel çıkış noktası hükmün konuluş amacı olmalıdır.

V. ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞINA TABİ KİŞİLER, YASAĞIN UYGULANMA ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TTK'nın rekabet yasağı başlıklı 396. maddesine göre: “(1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez. Bu hükme aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir. (2) Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir. (3) Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar. (4) Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile ilgili hükümler saklıdır.”

B. Rekabet Yasağına Tabi Kişiler

Kanunda rekabet etmeme yükümlüğü yalnızca yönetim kurulu üyeleri (*Vorsandsmitglieder*) bakımından getirilmiştir. Şirketin işleyişi, çalışma yöntemleri, yönetim biçimi, müşteri çevresi, iş potansiyeli ve sırları hakkında bilgi sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin bu bilgileri kullanarak müşterek amaca ve dolayısıyla şirkete zarar vermesini engellemeye yönelik bu düzenleme oldukça anlamlıdır. Yönetim kuruluna yüklenen bu yükümlülük sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir^[43]. Nitekim TTK m. 369'da yönetim kurulu üyelerinin sadakat (bağlılık) yükümlülüğü altında olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir.

[43] **Ayan**, s. 149,150; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 688. Ayrıca bkz. TTK m. 369(1) ve bkz. **Fleischer**, s. 337.

Anonim şirketlerde temsil ve yönetim görevlerinin hepsinin bizzat yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi, kurul üyelerinin işlerin gidişatı ve şirketin yönetimi hakkında devamlı bilgi sahibi olması beklenemez^[44]. Anonim şirketlerin kurul halinde yönetilmesi genellikle üyeleriyle ortakları aynı olan küçük şirket türleri içindir^[45]. Bu nedenle uygulamada özellikle büyük anonim şirketlerde şirketin yönetim ve temsili konusunda iş bölümü yapıldığı, yönetim kurulu üyelerinden bazılarının veya kurul dışından hatta şirket ortağı bile olmayan 3. kişilerin görevlendirildiği görülmektedir^[46]. Böylece şirketin sevk ve yönetimi bilgi ve deneyim sahibi, tüm mesaisini şirkete ayıran kişilere bırakılmış olur^[47]. Nitekim TTK'nın 367. maddesinin 1. fıkrasında bu açıkça dile getirilmiştir.

TTK'nın 367. maddesinin 1. fıkrasına göre yönetim kurulu ana sözleşmeye konulacak hükümlerle yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine (murahhas^[48] üye) veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir^[49].

Rekabet yasağı açısından değerlendirildiğinde murahhas üyelerin yönetim kurulu üyesi olmaları dolayısıyla zaten yasak kapsamında olduğu şüphesizdir^[50]. Buna karşılık kendisine yönetim ve temsil yetkisi devredilen üçüncü kişilerin (murahhas müdür) yasak kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır. Bu kişilerin TTK m. 396 (ETK m. 335) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşün yanı sıra^[51], bu kişilerin ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları bakımından öngörülen rekabet yasağına ilişkin TBK'nın 553. maddesine (EBK m. 453) tabi olacağı yönünde bir görüş de mevcuttur^[52].

[44] **Ünal**, Mustafa: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", *Batider* 1982, C. XI, S. 3, s. 67; **Aydoğan**, s. 79.

[45] **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 167.

[46] **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 167; **Ünal**, s. 67; **Aydoğan**, s. 79.

[47] **Ünal**, s. 68, **Aydoğan**, s. 79.

[48] 6102 sayılı TTK bakımından "murahhas" kavramı hem yönetim hem de temsil yetkisi kendisine devredilen kişiyi (yönetim kurulu üyesi veya 3. kişi) ifade etmek için kullanılır. Bu husus TTK m. 370 (2)'den açıkça anlaşılmaktadır (bu konuda bkz. **Tekinalp**, s. 255); aksi yönde bkz. **Akdağ Güney**, s. 57.

[49] Ayrıca bkz. TTK m. 370 (2).

[50] **Aydoğan**, s. 80; **Göksoy**, s. 645.

[51] **Helvacı**, s. 93, dn. 312; **Franko**, s. 49; **Aydoğan**, s. 81; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 688.

[52] **Kalpsüz**, s. 365; **Göksoy**, s. 645; **Ayan**, s. 154.

Yönetim ve temsil işlerine ilişkin yetki ve sorumlulukların murahhaslara devredilmesi halinde yönetim kurulu murahhaslara bırakılan alanda yönetim ve temsil yetkisini kaybetmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte yönetim kurulunun murahhaslar üzerindeki gözetim yetkisi (TTK m. 375/1 e) ile devredilmeyen konulardaki yönetim görevi ve bunlardan doğan sorumluluğu devam etmektedir^[53]. Kendisine devredilen alanda faaliyetlerin yürütülmesi sırasında murahhas üyelerle murahhas müdürler arasında yetki yönünden bir fark bulunmadığı gibi^[54] murahhas müdürlerin tıpkı murahhas üyeler gibi şirketle ilgili önemli bilgi ve belgelere ulaşarak şirket yönetimine ve şirket sırlarına nüfuz etmeleri ve bunları şirket aleyhine kullanmaları mümkündür. Sırf madde metninde murahhas müdürlerden bahsedilmemesinden hareketle bu kişileri TTK'nın 396. maddesinin kapsamının dışında tutmak çok şekilci bir yorum tarzı olur^[55].

Öte yandan TBK'nın 553. maddesinde tacir yardımcıları için getirilen rekabet yasağı daha dar kapsamlı bir yasaktır. Madde hükmü "ortak olmayı" yasak kapsamına almadığından ikinci görüşün kabulü halinde murahhas müdürlerin aynı işle uğraşan bir şirkete ortak olarak girmesi mümkün hale gelmektedir. Fakat yine de bu tacir yardımcıları rekabet yasağına giren bir işlemi, şirketin temsile yetkili ortağı veya yönetim kurulu üyesi veya şirket müdürü sıfatıyla yapamaz^[56]. Çünkü rekabet yasağına giren bir işlemin "başkası (şirket) hesabına yapılması da TBK m. 553 kapsamında kabul edilmektedir^[57].

Kanaatimizce hükmün konuluş amacından (ratio legis) yola çıkılarak genişletici yorum (*Teleogische Extension*) yapılmalı^[58] ve bu kişilerin de TTK m.

[53] Ünal, s. 73.

[54] Ünal, s. 70

[55] Franko, s. 49; Aydoğan, s. 81.

[56] Bu konuda bkz. Kurca, İsmail: Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 174 ve 175, dn. 19.

[57] Aydoğan, s. 29. Ayrıca bkz. İBK (OR) m. 464 (I).

[58] Rekabet yasağı düzenlemeleri ile rekabet hakkına sınırlama getirildiğinden yasağın dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. yuk. III, B). Franko dar yorumlamanın konunun maddiyatı ile ilgili olduğunu, kanun hangi fiil ve davranışın rekabet yasağı oluşturduğunu kabul etmişse onun dışına çıkılmaması gerektiğini, kanunla gösterilen fiil ve faaliyetlerle şirketin menfaatini ihlal ettiği açık olan ve fonksiyonu itibarıyla yönetici olan murahhas müdürün sırf "yönetim kurulu üyesi" sıfatı taşımasından hareketle kapsam dışında bırakılmasının çok şekilci bir yorum tarzı olacağını ifade etmektedir (s. 49).

Rekabet yasağı düzenlemeleri ile amaçlanan şirketin veya işletmenin zarar görmesinin önlenmesidir. Şirket veya işletmenin zarar görmediği ve görme ihtimalinin bulunmadığı durumlarda kişilerin ticaret yapma özgürlüğünü aşırı derece kısıtlamak yasağın konuluş amacıyla bağdaşmaz. Dar yorumlamayı bu açıdan değerlendirmek gerekir. Bu açıdan

396. maddesinin kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Üyeler ile yönetim ve temsilin devredildiği üçüncü kişiler bakımından rekabet yasağı yönünden ayırım yapılması için bir neden yoktur. Zira TTK m. 369'da yönetimle görevli üçüncü kişiler de tıpkı yönetim kurulu üyeleri gibi sadakat (bağlılık) yükümlülüğüne tabi kılınmıştır^[59].

TTK'nın 359. maddesinin 2. fıkrasında tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyeliğine seçilebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu kişiler de 396. madde kapsamında rekabet yasağına tabidir. Ayrıca tüzel kişi adına hareket eden ve yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile birlikte sicile tescilli zorunlu olan temsilci gerçek kişilerin de rekabet yasağına tabi olduğu kabul edilmektedir^[60]. Hükmün ratio legis'i yönetim kurulu üyesi olan ve tüzel kişi adına hareket eden bu kişilerin de yasak kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılar. Zira bu kişilerin konumları dolayısıyla edindikleri bilgileri kendi yarar ve şirket zararına kullanarak şirketi zarara uğratma riski her zaman mevcuttur^[61].

Kanun gereği yasağına tabi olan yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğü bu sıfatlarına bağlıdır. Diğer bir deyişle üyeliği sona eren (TTK m 362, 363(2), 364(1) yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğü de sona erer^[62]. Ancak şirket ile üye arasında akdedilecek sözleşmeyle yasağın üyelik sona erdikten sonra da devam etmesi kararlaştırılabilir^[63] (Sözleşmesel rekabet yasağı). Bu durumda yasağına aykırı hareket eden üye TTK m. 396 gereğince değil ancak yapılan sözleşmeye göre sorumlu tutulabilir^[64].

Yasağın doğması veya kalkması bakımından üyelik sıfatının kazanılması-nın veya kaybedilmesinin tescilinin gerekli olup olmadığı konusunda farklı

bakıldığında yasağın yer, süre ve konu bakımından sınırlandırılması gerekir. Murahhas müdürleri TTK'nın 396. maddesi kapsamına sokacak şekilde geniş yorum yapma bu açıdan bir çelişki teşkil etmez. Zira burada da çıkış noktası yine yasağın konuluş amacıdır. Yönetim kurulu üyeleri veya murahhas üyeler için geçerli olan şirketle ilgili bilgileri kullanarak şirkete zarar verme tehlikesi yetki açısından onlardan farkı olmayan murahhas müdürler için de mevcuttur; ayrıca istisnaların da kendi dar amaçları kapsamında geniş yorumlanabileceği yönünde bkz. **Yongalık**, s. 12.

[59] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688.

[60] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 689; ayrıca bkz. **Aydoğan**, s.84.

[61] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 689.

[62] **Çevik**, Orhan Nuri: Anonim Şirketler, 3. Bası, Ankara 1988, s. 551; **Kalpsüz**, s. 689; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 689; **Ayan**, s. 154; **Fleischer**, s. 340; **Göksoy**, s. 659.

[63] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 689; **Ayan**, s. 154; ayrıca bkz. Y. 11. HD 22.02.1994, E. 994/2462, K. 994/1373.

[64] **Ayan**, s. 154; **Göksoy**, s. 659; **Fleischer**, s. 341.

görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar sıfatın kazanılması veya kaybedilmesinin sicile tescilini gerekli görürken^[65], diğer bazı yazarlar tescilin gerekli olmadığını savunmaktadır^[66].

Üyeliğin kazanılmasında veya kaybedilmesinde tescil kurucu nitelik taşımaz. Tescil ve ilan yalnızca 3. kişilerin durumdan haberdar olmasını sağlamaya yöneliktir^[67]. Bu bakımdan yasağın doğması veya sona ermesi bakımından tescilin gerekli olmadığı yönündeki görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Yönetim kurulunda bir üyeliğin boşalması halinde yönetim kurulu tarafından geçici olarak seçilip genel kurulun onayına sunulan yönetim kurulu üyesi (TTK m. 363(1), ETK m. 315) de rekabet yasağına tabidir^[68]. Zira geçici yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından onaylandıktan sonra selefinin süresini tamamlar. Genel kurul tarafından geçici yönetim kurulu üyesinin onaylanmaması halinde o üyenin genel kurul kararına kadar yaptığı tüm işlemler geçerli sayılmaktadır. Bu nedenle geçici yönetim kurulu ile diğer yönetim kurulu üyeleri arasında rekabet yasağı açısından fark gözetilmemesi gerekir^[69].

Yönetim kurulu üyesi şirketin tasfiyesini gerçekleştirmek üzere tasfiye memuru olarak atanmışsa (TTK m. 536), bu üyenin de tasfiye işleri ile sınırlı olarak yasağına tabi olduğu kabul edilmektedir^[70].

[65] **Çevik**, s. 551.

[66] **Domanıç**, s. 631; **Kalpsüz**, s. 366; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 689; **Godin/Wilhelmi**, s. 43.

[67] **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 318.

[68] **Kalpsüz**, s. 66; **Göksoy**, s. 646; **Ayan**, s. 153 ve bkz. Y. 11. HD, 11.12.1989, E. 988/8953, K. 989/7012.

[69] **Göksoy**, s. 646; aksi yöndeki Alman literatürü ve gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. **Göksoy**, s. 646 ve dn. 43, 44.

[70] **Ayan**, s. 154; **Göksoy**, s. 647.

C. Yasağın Uygulanma Şartları

1. Şirketin İşletme Konusuna Giren Ticari İş Türünden İşlem Yapılması^[71]:

Rekabet yasağının söz konusu olabilmesi için yönetim kurulu üyelerinin şirketin uğraştığı ticari iş türünden işlemleri yapması gerekir. TTK'nın bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiillerin ticari iş olduğu yönündeki hükmü (TTK m. 3) karşısında sadece şirket konusuna giren işlemlerin değil, aynı zamanda maddi fiillerin de yasağın kapsamında olduğu şüphesizdir^[72]. Öte yandan ticaret şirketlerinin yaptıkları tüm işlemler ticari iş niteliğinde sayıldığından "şirketin yaptığı ticari iş" ifadesinin kullanılması isabetsizdir^[73]. Burada rekabet yasağının kapsamına sokulan yönetim kurulu üyesinin şirketin yaptığı işlemleri kendi şahsi işi olarak değil de ticari amaçla yapmasıdır^[74].

Literatürde işin yasak kapsamına girebilmesi için süreklilik gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre iş bir kere yapılmakla rekabet yasağı ihlal edilmiş olmaz^[75]. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise işlemin yasak kapsamına girmesi için süreklilik gerekmez, işlemin bir kere bile yapılması yasağın ihlali niteliğindedir^[76]. Fakat şirket yapılan işlemin münferit kalması nedeniyle yaptırım uygulamamayı tercih edebilir^[77].

[71] Yönetim kurulu üyesinin aynı konuda başka bir ticari işletme işletmesi, aynı konuda faaliyet gösteren bir şirket kurması veya şirketle rekabet halindeki bir şirkette yönetici olması faaliyetlerinin hepsi doğrudan rekabet kavramı içinde değerlendirilmektedir (**Ayan**, s. 151). Buna karşılık üyenin şirketle rekabet eden üçüncü kişiye kişisel olarak bilgi aktarımı, hizmet, danışmanlık yapması veya maddi olarak (finansal destek, ipotek, rehin verme vs.) katkı sağlaması şeklinde ortaya çıkan dolaylı rekabetin de yasağın kapsamında olduğu ileri sürülmektedir (**Ayan**, s. 151). Ancak kanaatimizce dolaylı rekabet sayılan davranışların TTK m. 396 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda haksız rekabet hükümlerinden faydalanmak mümkündür. Ancak elbette ki sözleşmeye bu hallerin de rekabet yasağı kapsamında olduğuna ilişkin hüküm konulabilir.

[72] **Kalpsüz**, s. 369.

[73] **Kalpsüz**, s. 370.

[74] **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1990, s. 156; **Kalpsüz**, s. 374, 375; **Franko**, s. 31; **Çamoğlu**, Rekabet, s. 357; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 323; **Akdağ Güney**, s. 145; **Aydoğan**, s. 95; **Atan**, s. 98; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 691; **Göksoy**, s. 667; **Karaca**, s. 112; Alman hukukunda kolektif şirketler (HGB § 112) bakımından bu yönde bkz. **Schlegelberger**, Franz: Handlungsbuch, 3. Auflage, 2. Band, Berlin und Frankfurt 1955 (erl. Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder), s. 882.

[75] Kolektif şirketler bakımından bu yönde bkz. **Doğanay**, s. 597.

[76] **Kalpsüz**, s. 375; **Franko**, s. 30; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692.

[77] **Franko**, s. 30.

Uygulamada ana sözleşmenin sık sık değiştirilmesiyle uğraşmamak için şirketin daha sonra yapması muhtemel işlerin de işletme konusuna dahil edildiği görülmektedir. Fakat yönetim kurulu üyelerinin yalnızca şirketin fiilen uğraştığı işlerle uğraşması yasak kapsamındadır^[78]. Bununla birlikte ana sözleşmede yazılı olmasına rağmen şirketin fiilen uğraşmadığı bir işle daha sonra uğraşmaya başlaması halinde bu iş de yasak kapsamında değerlendirilmektedir^[79].

Ana sözleşmede işletme konusu olarak belirtilen faaliyetin sözleşme değiştirilmesine ilişkin usullere uyulmak suretiyle genişletilmesi ve daraltılması mümkündür (TTK m. 421(2), a). Bu durumda rekabet yasağının kapsamı da alınan karara göre genişleyecek veya daralacak ve o faaliyeti o ana kadar yürütmekte olan yönetim kurulu üyeleri söz konusu faaliyeti sonlandırmak zorunda kalacaktır^[80].

Bilindiği gibi 6102 sayılı TTK sisteminde ultra vires ilkesi kaldırılmış ve temsile yetkili olanların işletme konusu dışında yapmış olduğu işlemlerin de şirketi bağlayacağı açıkça ifade edilmiştir (m. 371(2)). Ana sözleşmede yazılı işletme konusuna girmemekle birlikte yönetim kurulu üyelerinin fiilen yapmış olduğu işlemlerin rekabet yasağının kapsamı belirlenirken dikkate alınıp alınmayacağı konusunda Türk literatüründe çok fazla değerlendirme yapılmamıştır. Ancak bir görüşe göre şirket işletme konusu dışında yapılan işlem, şirket konusunu değiştirmeye yetkili organ tarafından buna ilişkin yetersayılara uygun olarak alınmış bir karara dayandığı müddetçe şirket konusu söz konusu işlemi de kapsayacak şekilde üstü örtülü olarak genişletilmiş olur ve dolayısıyla rekabet yasağı ilgili işlemi de kapsar^[81]. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre işletme konusu şirket sözleşmesinde yazılmasa bile rekabet yasağının tayininde esas alınmalıdır^[82]. Dolayısıyla ana sözleşmede yazılı olmamakla birlikte fiilen yapılan bir iş, arizi iş kavramını aştığı takdirde rekabet yasağının kapsamında değerlendirilmelidir^[83].

[78] **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 323; **Doğanay**, s. 597; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 690; **Tekinalp**, s. 282; **Göksoy**, s. 663; ayrıca bkz. dn. 20

[79] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 691; **Kalpsüz**, s. 373; **Franko**, s. 30, 31.

[80] **Göksoy**, s. 665.

[81] **Göksoy**, s. 666.

[82] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 691; **Ayan**, s. 150, yazara göre ultra vires ilkesi kaldırıldığı için şirketin fiilen uğraştığı işlerin yanı sıra şirketin işteğal etmeyi planladığı işler de yasak kapsamındadır.

[83] **Tekinalp**, s. 282.

Şirketin konusuna doğrudan girmemekle birlikte şirketin işlerini kolaylaştıran, şirket konusunun elde edilmesine yönelik yan, dolaylı işlerin şirket konusuna dahil olduğu kabul edilmektedir^[84]. Fakat bu tür işler rekabet yasağının kapsamına dahil değildir. Örneğin tekstil işiyle uğraşan bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi aynı işle uğraşamaz ve fakat bu konuyla ilgili makineler satın almasında veya kiralamasında bir sakınca yoktur^[85].

Madde lafzında şirketin uğraştığı işin yönetim kurulu üyesi tarafından yalnızca kendisi veya başkası hesabına yapılması zikredilmektedir. Görüldüğü gibi rekabet teşkil eden davranış olarak üyenin yaptığı işlemin ekonomik sonuçlarından sadece kendisinin değil, üçüncü kişilerin yararlanması da hükmün kapsamına dahil edilmiştir^[86]. Bu nedenle ekonomik sonuçlardan üçüncü kişilerin yararlandığı tüm ihtimaller hükmün kapsamında kabul edilmektedir. Bu açıdan isabetli bir şekilde literatürde yönetim kurulu üyesinin yasak kapsamına giren bir işlemi kendi adına yapmasının evleviyetle hükmün kapsamına girdiği ifade edilmektedir^[87].

Aynı şekilde yönetim kurulu üyesi şirketin fiilen uğraştığı işleri kendi adına ve başkası hesabına (örneğin komisyoncu sıfatıyla) yapamayacağı gibi^[88], başkası adına ve hesabına (Örneğin ticari temsilci, ticari vekil, acente sıfatıyla) da yapamaz^[89].

Yasaklanan işlemlerin başkası tarafından üye hesabına yapılması yani üyenin işlemi başkasına yaptırması da hükmün amacından hareketle rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilmelidir^[90]. Örneğin yönetim kurulu üyesinin bir adi şirkete gizli ortak olması durumunda diğer ortak bu işlemi hem kendi ad ve hesabına, hem de yönetim kurulu üyesi hesabına yapmış olur^[91].

[84] **Domaniç**, s. 629; ayrıca bkz. Y. 11. HD, 23.03.1982, E. 1982/851, K. 1982/1225.

[85] **Domaniç**, s. 629; **Aydoğan**, s. 94.

[86] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692.

[87] **Çevik**, s. 550; **Kalpsüz**, s. 376; **Domaniç**, s. 627; **Aydoğan**, s. 95; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692; **Godin/Wilhelmi**, s. 434.

[88] **Ansay**, s. 135; **Kalpsüz**, s. 376; **Franko**, s. 32; **Hopt**, s. 537; **Domaniç**, s. 628; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 692; **Schlegelberger**, s. 882.

[89] **Kalpsüz**, s. 376; **Franko**, s. 33; **Domaniç**, s. 628; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 693; **Godin/Wilhelmi**, s. 434; **Hopt**, s. 537; **Schlegelberger**, s. 882.

[90] **Kalpsüz**, s. 376; **Franko**, s. 32; **Domaniç**, s. 628; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 693; **Kırca**, s. 175; **Schlegelberger**, s. 882; ayrıca krş. TBK m. 553 (1).

[91] Gizli adi şirkette gizli ortak bakımından rekabet yasağına aykırılık olduğu yönünde bkz. **Göksoy**, s. 668.

2. Aynı Tür İşlerle Uğraşan Bir Şirkete Sorumluluğu Sınırsız Ortak Olarak Girmek:

Hüküm yönetim kurulu üyesinin bir şirkete girmesini yasaklamaktadır^[92]. Dolayısıyla üyelerin ticaret şirketlerine olduğu kadar adi şirketlere girmesi de yasak kapsamındadır^[93]. Ancak aynı tür ticari işle uğraşma şartı nedeniyle yalnızca ticari işletme işleten adi şirketlere ortak olmak yasak kapsamındadır^[94]. Şirket sayılmayan mal ve kişi topluluklarına katılım, bunlar ticari işletme işletseler dahi rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla üyelerin aynı işle uğraşan derneklere, vakıflara veya doğrudan doğruya kamu tüzel kişileri tarafından işletilen ticari işletmelere katılması mümkündür^[95].

Literatürde yasağın uygulanabilmesi için her iki şirketin fiilen uğraştığı işlerin aynı olması gerektiği isabetle kabul edilmektedir^[96].

Bu şart bakımından yasağın ihlal edilmiş sayılabilmesi için ikinci şirketin söz konusu işleri devamlı bir biçimde yapması gerekir^[97].

Sonuç olarak bu şart bakımından bir değerlendirme yapmak gerekirse yönetim kurulu üyeleri adi ve kollektif şirkete ortak, komandit şirkete komandite ortak ve kooperatiflere şahsen ve sınırsız sorumlu ortak olarak giremez. Buna karşılık bu kişilerin kooperatiflerde sınırlı sorumlu ortak ve komandit şirkette komanditer ortak, anonim ve limited şirketlerde ise ortak olmaları mümkündür^[98].

Ana sözleşmede aksine hüküm yoksa komanditer ortak ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tüccar memuru olarak atanabilir (TTK m. 318 (2)). Anonim şirket yönetim kurulu üyesi, komandit şirkete komanditer ortak olarak girip de ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tüccar memuru olarak tayin edilirse aynı işle uğraşan bir şirkete ortak olmaktan dolayı değil ancak “başkası hesabına işlem yapmış olmaktan” dolayı rekabet yasağına tabi olur.

[92] Alman hukukunda Türk hukukundan farklı olarak yönetim kurulu üyelerinin tüm şirketlere değil yalnızca ticaret şirketlerine (*Handelsgesellschaft*) girmesi yasaklanmıştır (bkz. AktG § 88).

[93] Bkz. **Tekinalp**, s. 282; **Kalpsüz**, s. 377, 378; **Franko**, s. 36-38.

[94] **Kalpsüz**, s. 378.

[95] **Aydoğan**, s. 98; **Kalpsüz**, s. 378.

[96] **Kalpsüz**, s. 379; **Aydoğan**, s. 104; **Göksoy**, s. 669.

[97] **Kalpsüz**, s. 379; **Aydoğan**, s. 98.

[98] **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 323; **Aydoğan**, s. 98; **Ayan**, s. 151; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 693; **Göksoy**, s. 674; **Çevik**, s. 551; **Schlegelberger**, s. 882.

Komanditer ortaklar bazı şartların varlığı halinde sınırsız olarak sorumludur. TTK'nın 320. maddesine göre adı şirketin ünvanında bulunan komanditer üçüncü kişilere karşı komandite ortak gibi sorumlu sayılır. Bunun yanı sıra TTK'nın 321. maddesine göre ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tüccar memuru olarak hareket ettiğini açıkça bildirmeksizin şirket adına işlemlerde bulunan komanditer ortak bu işlemler nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı komandite ortak olarak sorumludur (f. 1). Bu hallerde yönetim kurulu üyesinin komanditer ortak olması da yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

Anonim şirket yönetim kurulu üyesinin aynı işlerle uğraşan diğer bir şirkette yöneticilik yapması da "başkası hesabına işlem yapmış olma" nedeniyle doğrudan TTK m. 396'nın kapsamına girmektedir^[99] ^[100].

Son olarak bir anonim şirket yönetim kurulu üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren yeni bir anonim şirket kurma hazırlığı içinde olması ve ana sözleşmede yönetim kurulu üyeleri arasında yer almasının TTK'nın 396. maddesinin kapsamına girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Bu konuda üyenin yeni kurulacak şirketin ana sözleşmesinde yönetim kurulu üyeleri arasında yer almasıyla kurucular arasında olması farklı değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre üyeye yeni kurulacak bir anonim şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üyeleri arasında yer verilmesi, tek başına rekabet yasağının ihlali olarak nitelendirilemez. Ancak üyenin halen yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirketin personelini ve müşterilerini kurulma hazırlığı içinde bulunulan şirkete çekme hazırlığı içinde bulunması, bu şirketle ilgili bilgileri ve olanakları yeni şirket için kullanması yeni kurulacak şirketin tüzel kişilik kazanmasına gerek olmaksızın rekabet yasağının ihlaline yol açar. Bu açıdan yeni kurulacak şirketin tesciline bu denli anlam yüklemek anılan hükmün dolanılması sonucunu doğurur^[101].

Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) doğru olsa da mevcut kanun bakımından (*de lege lata*) böyle bir görüş isabetli değildir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi üyenin başka bir şirkette yönetici olması doğrudan hükmün kapsamındadır. Fakat henüz tüzel kişilik kazanmamış ve dolayısıyla

[99] **Franko**, s. 39; **Helvacı**, s. 93; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 692, dn. 807; **Göksoy**, s. 674; ayrıca bkz. Y. 11. HD. 21.11.1985, E. 5620, K. 6350 (**Doğanay**, s. 866, dn. 479); literatürde konu ile ilgili diğer görüşler ve gerekçeleri hakkında bkz. **Aydoğan**, s. 100-104.

[100] Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu bakımından yönetim kurulu üyesinin başka bir ticaret şirketinde yönetim kurulu üyesi veya yönetici olamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır (bkz. AktG. §88).

[101] **Aydoğan**, s. 96, 97.

henüz hukuken kurulmamış bir şirketin yönetim kurulu üyesi olunması başkası hesabına hareket kavramı içinde değerlendirilemez ve dolayısıyla hükmün kapsamında yer alamaz^[102]. Böyle bir durumda TTK'daki haksız rekabet hükümlerinden (TTK m. 54 vd.) faydalanılabilir^[103].

Bir anonim şirket yönetim kurulu üyesinin yeni kurulacak bir şirkette kurucu olup olamayacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Burada kastedilen ortakların sınırlı sorumlu olduğu şirketlerdir^[104]. Yoksa ortakların sınırsız sorumlu olduğu şirketlerde kurucu olmak veya sonradan bu tür şirketlere katılmak zaten TTK m. 396 kapsamındadır^[105].

Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre yönetim kurulu üyesinin ortakların sınırlı sorumlu olduğu bir şirkette kurucu olması TTK m. 396 kapsamında rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. Her ne kadar TTK m. 355, 549, 565, 568 ile 644. maddeleri kurucuların kuruluşla ilgili işlemlerden kişisel olarak sorumlu olmalarını öngörüyor ise de bu onların diğer ortaklardan farklı bir rekabet yasağına tabi tutulmaları için yeterli değildir. TTK m. 396'da diğer bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmek yasağın ihlali olarak kabul edilmiştir. Kurucunun kişisel sorumluluğu onun ortaklık sıfatından değil, kuruculuk sıfatından kaynaklanmaktadır. Yoksa kurucu da diğer ortaklar gibi şirkete karşı sınırlı sorumludur^[106].

TTK'nın Kurucu işlem başlıklı 335. maddesine göre şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan sermayenin tamamını ödemeyi şartsız taahhüt ettikleri imzaların noterce onaylandığı ana sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur. İkinci fıkrada ise şirketin tescille tüzel kişilik kazanacağına ilişkin 355(1)'in saklı olduğu ifade edilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere bu madde ön anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin kurulma anını açıklığa kavuşturmaktadır. Ön anonim şirket tüzel kişiliğe sahip anonim şirketten farklıdır.

Kişiler ileride belirli bir şirketi kurmak amacıyla bir araya gelirler ve bu yolda birlikte çaba göstererek belirli sermaye paylarını yerine getirmeyi birbirlerine karşı üstlenirlerse aralarında bir hukuki ilişki meydana gelir. Kurulacak şirketin ana sözleşmesinin imzalanmasından başlayarak şirketin ticaret siciline tescil edilip tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen süreç içinde kurucular arasındaki bu

[102] Teoman, s. 44.

[103] Krş. Aydoğan, s. 97.

[104] Bkz. TTK. 337(1)

[105] Aydoğan, s. 98.

[106] Kalpsüz, s. 377; Aydoğan, s. 99; aksi görüş için bkz. Domaniç, s. 628.

ilişki kuruluş şirketi veya ön şirket olarak adlandırılır. Bu şirket ileride kurulacak şirketten tamamen bağımsız ve ayrı bir varlığa sahiptir^[107].

Türk hukukunda hakim görüş, kurulmakta olan tüm ticaret şirketlerinde ortaklar arasında adi şirket ilişkisi olduğu^[108], ön şirketin adi şirket niteliğinde olduğu yönündedir^[109] (TTK m. 214, 305, TBK m. 620). Bir anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri yeni kurulacak ikinci anonim şirket tüzel kişilik kazanmadan önce konusu “anonim şirket kurmak olan” bir adi şirketin ortağı durumundadır. Ancak her iki şirketin uğraş konuları birbirinden farklı olduğundan ve aynı konu ile fiilen uğraşma şartı yerine gelmediğinden üyenin bu ortaklığı doğrudan TTK m. 396 kapsamında değerlendirilemez. Ancak üye yasak kapsamına giren bir işi yaparsa “başkası hesabına hareket etme” dolayısıyla yasağa tabi olabilir^[110].

3. Rekabet Edilmesine İzin Verilmemiş Olması:

TTK m. 396'nın uygulanabilmesi için yönetim kurulu üyelerine genel kurul tarafından izin verilmemiş olması gerekmektedir. Hükmün mefhumu muhalifinden genel kurulun, üyelerin rekabet etmesine izin verebileceği anlaşılmaktadır.

TTK'nın 396. maddesindeki “*yönetim kurulu üyelerinden biri genel kurulun iznini almaksızın.....*” şeklindeki ifade tarzından rekabete izin veren kararın belli bir yönetim kurulu üyesiyle ilgili olması gerektiği izlenimi doğmaktadır^[111]^[112]. Literatürde bu ifadeden yola çıkılarak alınan genel kurul kararının üyelik makamına ilişkin olarak yani her kim o makama gelirse gelsin onu kapsar şekilde genel değil, özel olması gerektiği diğer bir deyişle izin verilen kişinin kişiliğinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre bütün yönetim kurulu üyelerini kapsayacak genel nitelikte bir karar hareket özgürlüğünü kolaylaştırması bakımından yararlı olmakla birlikte şirketin rekabet etme

[107] **Barlas**, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s. 106; **Tekinalp**, s. 176.

[108] **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), s. 46; 275; **Ansay**, s. 79.

[109] **Barlas**, s. 111; **Tekinalp**, s. 176; ayrıca bkz HGK, 08.05. 1991, E. 11-164, K. 249 (**Barlas**, s. 110); Y. 11. HD. 30. 03. 1990, E. 1595, K. 3298 (YKD 1990, C. XVI, S. 10, s. 1491). Ön anonim şirkete uygulanacak hükümler ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 176 vd.

[110] Kollektif şirketler bakımından bu yönde bkz. **Aydoğan**, s. 100.

[111] **Franko**, s. 42; **Kalpsüz**, s. 361.

[112] Alman hukukunda denetleme kurulunun izninin sadece belli ticari işletmeler, belli ticaret şirketleri veya belli türden işlemler için verilebileceği hükme bağlanmıştır (AktG§ 88).

izni verdiği kişiler konusunda bir belirsizlik yaratması nedeniyle geçerli olamaz. İzin üyelerin kişisel, ahlaki özellikleri ve mesleki donanımları vs. göz önünde bulundurularak verilmesi gerekir^[113].

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre yasağı kaldıran genel kurul kararı genel nitelikte olabileceği gibi kişisel özellikler dikkate alınarak da verilebilir^[114].

Genel kurulun izin kararının halen yönetim kurulu üyeliği sıfatına sahip kişilere yönelik olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle yönetim kurulu üyelerinin görevinin istifa, ölüm, görev süresinin dolması gibi herhangi bir nedenle sona ermesi halinde yeni üye bu izinden, bu izin ana sözleşmede genel bir hüküm şeklinde yer almadıkça yararlanamaz^[115]. Aynı şekilde yönetim kurulu üyesi iken kendisine izin verilen kişi üyelik sıfatı sona erdikten sonra aynı şirkete başka bir sıfatla (ör. murahhas müdür) görev yapsa bile, daha önce verilen iznin artık geçerliliği olmayacaktır^[116].

Farklı kişisel yetenekleri nedeniyle yönetim kurulu üyelerinden birine ve birkaçına genel kurul tarafından rekabet izni verilmesi, diğer yönetim kurulu üyelerine de izin verildiği şeklinde yorumlanamaz^[117].

Genel kurulun rekabet etmeye ilişkin izin kararında, aynı zamanda şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi bakımından oy yoksunluğu halinin uygulanması gerekir^[118]. (TTK m. 436(1)).

Şirkette her biri pay sahibi olan birden fazla üyeye yönelik rekabet etme izni için uygulamada genel kurulda genellikle yönetim kurulu üyelerinin tamamı için topluca oylama yapılmaktadır. Bununla birlikte pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi kendisiyle ilgili kararda oy hakkından yoksun olmakla birlikte diğer yönetim kurulu üyeleriyle ilgili kararlarda oy kullanabilir. Bu nedenle

[113] **Domaniç**, s. 632; **Franko**, s. 42; **Aydoğan**, s. 105; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324.

[114] **Kalpsüz**, s. 362; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 320; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694;

[115] **Franko**, s. 42; **Domaniç**, s. 632; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324.

[116] Bu konu ile ilgili örnek olay için bkz. **Teoman**, s. 45, 46.

[117] **Ayan**, s. 156; sadece bazı yönetim kurulu üyeleri açısından yasağı kaldırmanın eşitlik ilkesine aykırı olacağı yönünde bkz. **Akdağ Güney**, s. 146.

[118] **Altaş**, s. 149; **Ayan**, s. 155.

topluca oylama yapılırsa da her bir yönetim kurulu üyesi yönünden yasağın yeterli nisapla alınıp alınmadığının belirlenmesi gerekir^[119].

Yasağı kaldırmaya yetkili olan genel kurulun onu daraltmaya da evleviyetle yetkili olduğu kabul edilmektedir^[120]. Daraltma genel kurulun rekabet sayılan davranışlardan birine izin vermesi şeklinde olabilir. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin aynı konu ile uğraşan bir limited şirkete girebileceği ancak şirket konusuna giren işlemleri yapamayacağı kararlaştırılabilir^[121].

Genel kurulun rekabet yasağını genişletmeye yetkili olup olmadığı da irdelenmelidir. Acaba genel kurul yasağı süre, yer, kişi ve içerik itibarıyla genişletebilir mi? Başka bir deyişle yasağı tabi olduğu sonucuna vardığımız kişiler dışındaki kişilerin yasağı tabi olacağı, yasağın şirketin faaliyet alanı dışındaki yerlerde geçerli olacağı veya üyelik sıfatının sona ermesinden sonra devam edeceği ya da üyelerin hiçbir şekilde başka bir şirkette görev alamayacağı kararlaştırılabilir mi?

Literatürde bunun tespitinde yasağı tabi kişilerin menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre genel kurulun yasağı genişleten kararı, yasağı tabi kişilerin durumlarını onların onayı olmaksızın ağırlaştırarak niteliktedir. Zira yasağı tabi kişiler böyle bir yükümlülüğü öngörebilecek durumda değildir. Bu nedenle genel kurulun rekabet yasağını ancak yasağı tabi kişilerin onayı alınmak suretiyle genişletebileceği ifade edilmektedir. Ancak genel kurulun bu yönde aldığı bir karara uyarak hizmet sözleşmesine böyle bir kayıt konulmasına rıza gösteren veya bu kararın ardından kararda öngörülen şartlar dahilinde görev yapan kişilerin genişletilmiş yasağı tabi olmayı kabul etmiş sayıldıkları ileri sürülmektedir^[122].

Buna karşılık bizce de isabetli görülen diğer bir görüşe göre yasağı tabi kişilerin onayı olsa bile kişilik haklarına zarar veren, çalışma ve ticaret özgürlüğünü aşırı şekilde sınırlayan bir karar geçerli olmamalıdır (AY m. 17, 48, TMK m. 23, BK 27)^[123]. Bu görüş yasağın dar yorumlanması gerektiği yönündeki genel eğilime de uygundur.

Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyelerine verilen izin, haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasını engellemez. Şirket verilen iznin

[119] **Altaş**, s. 150; bu yönde bkz. Y. 11. HD. 12.05.2014, E. 2014/685, K. 2014/8941; 27.06.2014, E. 2014/4613, K. 2014/12296

[120] **Kalpsüz**, s. 360.

[121] **Kalpsüz**, s. 360.

[122] **Kalpsüz**, s. 361.

[123] **Franko**, s. 27.

kötüye kullanıldığı durumlarda şartları varsa haksız rekabete ilişkin haklarını kullanabilir^[124].

Genel kurul tarafından verilen izin açık ya da örtülü olabilir^{[125] [126]}. Örneğin, yönetim kurulu üyesi rekabet yasağına giren bir işlemi şirketle yapmak istemiş olup genel kurul buna izin vermişse genel kurul rekabete örtülü olarak izin vermiş olur^[127].

Rekabet yasağına aykırı hareket eden üyenin yasak kapsamında yapmış olduğu işleme sonradan icazet de verilebilir^[128].

Genel kurulun izin veya icazet kararına karşı iptal davası açılabilir^[129] (TTK m. 445 vd.).

TTK m. 396'da yasağın genel kurul kararıyla kaldırılabileceğinden söz edilmiş fakat ana sözleşme ile kaldırılmasının mümkün olup olmayacağı belirtilmemiştir. Ancak hakim görüş ana sözleşme ile de yasağın kaldırılabileceği yönündedir^[130]. Zira yasak ile ilgili hükümler emredici nitelikte değildir. Ayrıca kanunla genel kurula verilen yetkinin şirketlerin adeta anayasası konumundaki şirket ana sözleşmesiyle evleviyetle verilmiş olduğu kabul edilmelidir.

Uygulamada yönetim kurulu üyelerinin çoğunlukla şirketin konusuna giren işleri öteden beri yapan ve bu alanda ticari işletmeleri bulunan kişiler olması

[124] **Domaniç**, s. 634; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324; **Teoman**, s. 50; **Aydoğan**, s. 115; ayrıca bkz. **Akdağ Güney**, s. 146.

[125] **Mimaroğlu**, Sait Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara 1967, s. 94; **Arslanlı**, s. 154; **Atan**, s. 100; **Aydoğan**, s. 111; **Franko**, s. 43; **Çamoğlu**, Rekabet, s. 358 ve Sorumluluk, s. 93; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324; **Kalpsüz**, s. 363; **Hopt**, s. 538; **Schlegelberger**, s. 883.

[126] Alman hukukunda denetleme kurulunun izninin sadece belli ticari işletmeler, belli ticaret şirketleri veya belli türden işlemler için verilebileceği hükmüne bağlanmıştır (AktG§ 88). Bu nedenle Alman hukuku bakımından yasağın sadece açık olabileceği yönünde bkz. **Meyer-Landrut**, s. 686.

[127] Bu örnek için bkz. **Arslanlı**, s. 156.

[128] **Kalpsüz**, s. 363; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 103 ve Rekabet, s. 358; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324; **Akdağ Güney**, s. 146; **Atan**, s. 100; **Arslanlı**, s. 156; **Doğanay**, s. 867; **Çevik**, s. 553; **Mimaroğlu**, s. 94; **Aydoğan**, s. 111; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 695; **Schlegelberger**, s. 883; ayrıca bkz. Y. 11. HD, 07.05.1986, E. 2023, K. 2734 (**Doğanay**, s. 867, dn. 481); aksi görüş için bkz. **Domaniç**, s. 633; **Franko**, s. 45.

[129] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 695.

[130] **Çevik**, s. 553; **Doğanay**, s. 866; **Franko**, s. 42; **Kalpsüz**, s. 359, 360; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 324; **Teoman**, s. 43; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 103 ve Rekabet, s. 358; **Tekinalp**, s. 282; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 694; krş, **Aydoğan**, s. 108.

dolayısıyla şirket ana sözleşmelerine bu tür hükümler konulduğu görülmektedir^[131]. Sözleşmeye konulan bu hükümlerin “*yönetim kurulu üyeleri TTK m. 396’da öngörülen rekabet yasağına tabi değildir*” şeklinde mevcut ve müstakbel tüm yönetim kurulu üyelerini kapsayacak şekilde genel ve soyut nitelikte olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra sadece ilk yönetim kurulu üyelerini kapsayacak şekilde yasağın kaldırılmasına da rastlanmaktadır.

Literatürde rekabet yasağını bütün yönetim kurulu üyeleri için kaldıran genel ve soyut nitelikteki sözleşme hükmünün geçerli olmayacağı yönünde bir görüş mevcuttur^[132]. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ana sözleşmeyle tüm yönetim kurulu üyelerini kapsayacak nitelikte yasağın kaldırılmasına yasal olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır^[133].

Ana sözleşmeyle rekabet yasağının kapsamı daraltılabilir veya genişletilebilir^[134]. Genişletme kişinin çalışma ve rekabet etme özgürlüğünü aşırı derece sınırlandıracak ve yasağın konuluş amacını aşacak şekilde olmamalıdır^[135].

Literatürde yönetim kurulu üyelerine şirketle rekabet etme konusunda verilen iznin geri alınıp alınmayacağı da tartışılmıştır^[136]. Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre izin kararındaki şartların, izin alan üyenin buna güvenerek giriştiği işlerin gerekleri değerlendirmeli ve her somut olaya göre karar verilmelidir. Bu görüşe göre şartlar açıklanmaksızın genel nitelikte bir izin verilmişse örneğin izin verilen üye bu izne dayanarak on yıl süreli bir kolektif şirkete ortak olmuşsa veya iki yıl süre ile rakip bir işletmenin müdürlüğünü üstlenmişse iznin geri alınmaması gerekir. Bu gibi durumlarda üyenin tutumundan tedirgin olan şirketin başvurabileceği yol, görev süresinin dolmasını beklemeden onu üyelikten azletmektir (TTK m. 364). Buna karşılık izin alan üyenin bir girişimde bulunmadığı veya sonucu alınmış bazı işler yapmış olduğu veya izin verilirken iznin geri alınması hakkının saklı tutulduğu durumlarda iznin geri alınması genel kurulun doğal bir hakkıdır^[137].

[131] Kalpsüz, s. 360.

[132] Domaniç, s. 632; Helvacı, s. 93; Aydoğan, s. 108, 116.

[133] Çamoğlu, Rekabet, s. 358; Franko, s. 42; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 694.

[134] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 324; Tekinalp, s. 282; Godin/Wilhelmi, s. 434.

[135] Kalpsüz, s. 360.

[136] Konu ile ilgili olarak kaynakların hemen hepsinde “onaydan dönme” kavramı kullanılmıştır.

[137] Domaniç, s. 635, 636; meydana gelen zararın tazmini şartıyla iznin geri alınabileceği yönünde bkz. Franko, s. 47; verilen iznin geri alınmayacağı yönünde bkz. Arslanlı, s. 156, dn. 161; Schlegelberger, s. 883; geri alma hakkı saklı tutulmamışsa verilen iznin çok önemli sebepler olmadıkça geri alınmayacağı yönünde bkz. Schäfer, s. 387.

D. Rekabet Yasağına Aykırılığın Sonuçları

1. Yaptırımlar

a. TTK m. 396(1)'de Zikredilen Yaptırımlar

Şirket rekabet yasağına aykırı hareket eden üyeden tazminat talep edebilir. Şirketin bu hakkını kullanabilmesi zararın varlığına ve bunun ispatına bağlıdır^[138]. Tazmini talep edilen zarar daha çok, bu işlemin şirketin ad ve hesabına yapılmamış olmasından doğan kâr kaybıdır (*entgangener Gewinn*)^[139]. Fakat elbette ki fiili zarar da tazminat davasının konusu olabilir^[140].

Literatürde tazminat miktarının uğranılan zararlar sınırlı olmadığı ileri sürülmüştür^[141]. Ancak kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira borçlar kanunumuzun sistematüğinde tazminat uğranılan zarardan fazla olamaz. Aksi takdirde zarar gören haksız bir kazanım elde etmiş olur^[142]. Şirketin tazminat talep edebilmesi için zararını ispat etmesinin şart olduğu kabul edildiğine göre^[143] öngörülecek tazminatın da bu zararlar sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan üyenin rekabet sayılan fiili işlemle elde ettiği menfaatler zaten yoksun kalınan kâr kategorisine giren bir zarar türüdür. Zira eğer üye işlemi şirket adına ve hesabına yapmış olsaydı bu menfaatler şirkete ait olacaktı.

TTK m. 396'ya göre şirket tazminat yerine yasağı aykırı hareket eden üyenin kendi adına yaptığı işlemin şirket adına yapılmış sayılmasını da talep edebilir^[144]. Bu seçenekte şirket üyenin yerine geçerek üçüncü kişi ile üye arasındaki işlemin tarafı haline gelmez. Zira sözleşmenin devri anlamına gelecek böyle bir durum sözleşmenin üye dışındaki diğer tarafının iznini veya onayı gerektirir (TBK m. 205)^[145]. Sözleşme devredilmediğinden şirket menfaatleri (hakları) talep edebilir,

[138] **Atan**, s. 100; **Arslanlı**, s. 238; **Domanıç**, s. 636; **Aydoğın**, s. 120; **Franko**, s. 54; **Goette**, s. 1396.

[139] **Domanıç**, s. 636; **Aydoğın**, s. 120; **Hopt**; s. 540; **Schlegelberger**, s. 884.

[140] **Hopt**; s. 540; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 696.

[141] **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 325; **Aydoğın**, s. 120

[142] Ayhan, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 94. (Bu konudaki bir istisna hakimın tazminat olarak haksız rekabet sonucunda davalının elde edilmesi *mümkün görülen* menfaati karşılığına hükmedebileceğini öngören TTKm.56/(1)e hükmüdür. (**Ayhan**, s. 94)).

[143] Bkz. dn. 139.

[144] Literatürde bu hak "iştiirak hakkı (*Eintrittsrecht*)" olarak anılmaktadır. Bu yönde bkz. **Franko**, s. 53; **Doğınay**, s. 599; **Godin/Wilhelmi**, s. 436; **Goette**, s. 1393; **Hopt**; s. 540; **Hüffer**, 441; **Meyer-Landrut**, s. 687; **Schäfer**, s. 391.

[145] **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 697.

borçlara ve üyenin yapmış olduğu masraflara katlanmaz^[146]. Rekabet yasağına aykırı davranan yönetim kurulu üyesi bu ilişkiden kaynaklanan borçları yerine getirmek zorundadır^[147].

Bu seçenek ile amaçlanan üye ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiden doğan ekonomik menfaatlardan şirketin yararlanmasını sağlamaktır^[148]. Dolayısıyla hükümdeki “..şirket adına yapılmış saymakta” ifadesi yerine “şirket hesabına yapılmış saymakta” ifadesinin kullanılması gerektiği isabetle belirtilmektedir^[149].

Literatürde bu yaptırımın uygulanabilmesi için şirketin zarar görmesinin gerekli olmadığı^[150] ve üyenin, şirketin zarara uğramadığını ileri süremeyeceği ifade edilmektedir^[151]. Ancak kanaatimizce üyenin yasak işlemi kendi adına (hesabına) yapması sonucu elde ettiği menfaat, aynı zamanda şirket açısından yoksun kalınan kar anlamına gelir ki bu da zarar kavramı içinde yer alır. Bu nedenle zararın gerekli olmadığı yönündeki görüş isabetli değildir. Ancak bu durumda şirketin zararını ispat zorunluluğu olmadığı ileri sürülebilir^[152].

Yapılan iş birbirine bağlı işlemlerden oluşuyorsa, şirket bu hakkını işlemin tamamı bakımından kullanmalıdır. Birbirinden bağımsız işlerin söz konusu olması halinde ise her biri hakkında ayrı ayrı talepte bulunulmalıdır^[153].

Üye bu hakkın kullanılmasından önce üçüncü kişi ile arasındaki sözleşme ilişkisini sona erdirmişse üyenin yapılan işlemde bir menfaati söz konusu olmayacağından şirket de zarara uğramış olmayacaktır. Fakat şirketçe seçim

[146] **Ansay**, s. 176; **Aydoğan**, s. 121; **Ayan**, s. 159; **Helvacı**, s. 94; şirket ile üye arasındaki işlemin tüm ekonomik sonuçlarının (haklar ve borçların) şirkete ait olacağı yönünde bkz. **Franko**, s. 56; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 698; **Goette**, s. 1398; **Hüffer**, 441; kolektif şirketlerde ortağın bu durumda şirketten, yapmış olduğu harcamaları talep edebileceği yönünde **Schäfer**, s. 408.

[147] **Ayan**, s. 159.

[148] **Goette**, s. 1394; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 697.

[149] **Ansay**, s. 136; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 697. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda düzenleme bu yöndedir (AktG § 88). Aynı şekilde kolektif şirketlerde ortakların rekabet yasağına ilişkin Alman Ticaret Kanunu'ndaki (HGB § 113) düzenleme de bu yöndedir.

[150] Kolektif şirketler bakımından bu yönde bkz. **Arslanlı**, s. 237; **Doğanay**, s. 599; **Aydoğan**, s. 56.

[151] **Franko**, s. 55.

[152] Bkz. **Franko**, s. 55; şirketin iştirak hakkını kullandığı durumlarda zararın ispatlanmasının gerekli olmadığı yönünde **Meyer-Landrut**, s. 686.

[153] **Franko**, s. 56.

hakkının kullanılmasından sonra sözleşmenin sona ermesi halinde üye bu nedenle şirketin uğradığı zararı tazminle yükümlüdür^[154].

Bu yaptırım üyenin aynı konu ile uğraşan şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde uygulanmaz^[155]. Çünkü bu durumda üye yasak konusu işlemleri katıldığı şirket hesabına yapmaktadır. Bu yaptırımın uygulanması ise üyenin işlemi kendi adına (hesabına) yapmasına bağlıdır^[156].

TTK m. 396 (1)'deki "tazminat yerine ifadesi nedeniyle bu hakkın tazminat yaptırımı ile birlikte talep edilemeyeceği açıktır^[157].

Şirket üçüncü olarak üyenin üçüncü kişiler hesabına yapmış olduğu sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete verilmesini (temlikini) talep edebilir.

Bu yaptırımın uygulanabilmesi için, yasak konusu işlemin üye tarafından "üçüncü kişi hesabına" yapılmış olması gerekir. Bu kapsamda üyenin üçüncü kişiler adına ve hesabına (ör. rakip şirketin organı, ticari mümessili veya vekili sıfatıyla) yaptığı sözleşmeler ile kendi adına ve üçüncü kişiler hesabına (ör. komisyoncu sıfatıyla) yaptığı sözleşmelerden elde edilen menfaatlerin şirkete verilmesi talep edilebilir^[158].

Üyenin başkası hesabına yapmış olduğu sözleşmeden mutlaka bir menfaat elde etmesi gerekir. Ancak menfaat henüz elde edilmemişse, üyenin o menfaat üzerindeki talep haklarının devri de istenebilir^[159].

Üyelerin elde ettiği menfaatler genellikle ücret, pirim, komisyon, kâra katılma payı gibi ödemelerden oluşur. Şirketin üyelere isteyebileceği seyahat, haberleşme ve benzeri masraflar düşüldükten sonra üyelere kalan net para veya ayın değerlerdir^[160].

[154] **Aydoğan**, s. 57.

[155] **Franko**, s. 57; **Aydoğan**, s. 57.

[156] **Aydoğan**, s. 121; **Franko**, s. 57. AktG § 88'de şirketin yasağa aykırı hareket eden üyenin *kendi hesabına* yapmış olduğu işlemin *şirket hesabına* yapılmış sayılmasını talep edilebileceği ifade edilmektedir. HGB § 113'teki düzenleme de bu açıdan paraleldir.

[157] **Aydoğan**, s. 63; Alman hukukunda bu yönde **Meyer-Landrut**, s 687.

[158] Kollektif şirketler bakımından bu yönde bkz. **Franko**, s. 58; **Aydoğan**, s. 58; anonim şirketler bakımından bu yönde bkz. **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 698; **Ayan**, s. 159; aksi yönde bkz. **Domanıç**, s. 638.

[159] **Franko**, s. 58; **Aydoğan**, s. 59.

[160] **Domanıç**, s. 638.

Üyenin aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde de bu yaptırım uygulanabilir^[161].

Üyenin temsil ettiği üçüncü kişinin şirkete karşı TTK m. 396 anlamında bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak şartları varsa haksız rekabet hükümleri çerçevesinde (TTK m. 55(1) b. 2, 3) üçüncü kişinin sorumlu tutulması mümkündür^[162].

b. Diğer Yaptırımlar

TTK m. 396(1)'de sayılanlar dışında aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sınırsız sorumlu ortak veya yönetici olarak katılması durumunda üyenin katıldığı şirketten ayrılmasının istenebileceği kabul edilmektedir^[163].

Yönetim kurulu üyeleri ana sözleşmeyle atanmış olsalar bile gündemde ilgili maddenin bulunması halinde veya gündemde bulunmasa bile haklı bir nedenin^[164] varlığı halinde genel kurul kararıyla her zaman azledilebilir (TTK m. 364(1))^[165].

Şirket sözleşmesinde rekabet yasağına aykırılık halinde cezai şart (*Konvensionalstrafe*) ödeneceği kararlaştırılabilir (TBK m. 179 vd.)^[166].

2. Yaptırımların Uygulanmasında Usul

Anonim şirkette yasağa aykırı hareket eden üyeye karşı hangi hakkın kullanılacağına yönetim kurulu üyeleri karar verir. Bu, TTK m. 396(2)'de "bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan

[161] Goette, s. 1397; Helvacı, s. 94; Çevik, s. 552; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104, dn. 36 ve Rekabet, s. 359, dn. 7; Aydoğan, s. 123; aksi yönde bkz. Mimaroglu, s. 95.

[162] Domaniç, s. 638; Aydoğan, s. 123.

[163] Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 325; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 104 ve Rekabet, s. 359; Ansay, s. 136; Arslanlı, s. 157, dn. 163; Çevik, s. 552; Mimaroglu, s. 95; Aydoğan, s. 119; Schäfer, s. 391.

[164] Rekabet yasağının ihlali haklı bir neden olarak kabul edilmelidir. Zira rekabet yasağına aykırı hareket eden üye aynı zamanda sadakat yükümlülüğüne de aykırı hareket etmiş olur. Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 698; Ayrıca bkz. TTK m. 245.

[165] Aydoğan, s. 119; Çamoğlu, Rekabet, s. 359; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 698; Alman hukukunda bu yönde Meyer-Landrut, s. 688.

[166] Aydoğan, s. 56; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 698; Goette, s. 1400; Handschin, s. 107; Meyer-Landrut, s. 687; Schäfer, s. 409.

üyenin dışındaki diğer üyelere aittir” hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Aynı sonuca 3. fıkradan yola çıkılarak da ulaşılabilir.

Yönetim kurulu hükümdeki haklardan yalnızca birini seçerek kullanabilir (*elektive Konkurrenz*), bu hakları birlikte talep edemez^[167].

Yönetim kurulunun seçim hakkını kullanması yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Bu nedenle hangi hakkın kullanıldığı üyeye beyan edildikten sonra bu beyandan dönmek mümkün değildir^[168].

Literatürdeki hakim görüş uyarınca hangi hakkın kullanılacağına ilişkin yönetim kurulu kararının TTK m. 390’a uygun olarak çoğunlukla alınması gerekir^[169]. Buna karşılık TTK m. 396’nın özel hüküm olmasından hareketle, öncelikle uygulanması gerektiği ve bu maddede özel bir nisap öngörülmüş olduğu^[170], seçimlik hakları kullanma yetkisinin, TTK m. 390’daki nisaplara uyulmasına gerek olmaksızın yasağa aykırı hareket eden üye dışındaki diğer üyelere ait olduğu yönünde bizim de katıldığımız bir görüş mevcuttur^[171]. Bunun yanı sıra haklardan birinin seçimine ilişkin müzakere ve karara, yasağı ihlal eden üyenin katılamamasından (TTK m. 393) hareketle TTK m. 390’da ifade edilen nisapların, üye tamsayısına göre değil, bu tamsayıdan yasağı ihlal eden üye sayısının çıkarılması sonucu kalan rakama göre hesap edileceği görüşü de ileri sürülmüştür^[172].

Yasağı ihlal eden üyenin müzakereye katılamaması nedeniyle çoğunluğun sağlanamaması durumunda şirket adına seçimlik hakkı kimin kullanacağı konusu tartışmalıdır.

Hakim görüş bütün üyelerin veya tek kişiden oluşan yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal etmesi gibi sebeplerle çoğunluğun sağlanamaması

[167] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 696; **Hopt**, s. 541; **Goette**, s. 1395; **Meyer-Landrut**, s. 687; **Schäfer**, s. 403.

[168] **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 325; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 105; **Aydoğan**, s. 126; **Ayan**, s. 158; Alman hukukunda **Godin/Wilhelmi**, s. 436; aksi görüş için bkz. Türk hukukunda **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 696; **Tekinalp**, s. 283; Alman hukukunda HGB § 113 bakımından **Schäfer**, s. 404.

[169] **Atan**, s. 100; **Arslanlı**, s. 157; **Mimaroğlu**, s. 95; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 325; **Çamoğlu**, Sorumluluk, s. 105.

[170] **Helvacı**, s. 94; **Aydoğan**, s. 125

[171] **Helvacı**, s. 95; **Tekinalp**, s. 283.

[172] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 699.

durumunda seçme yetkisinin genel kurula ait olduğu yönündedir^[173]. Bu görüşün kabulü halinde rekabet yasağını ihlal eden üyelerin genel kurulu toplantıya çağdırmaktan kaçınmaları olasıdır. Bu durumda TTK m. 411 ve 412 gereğince azınlığın genel kurulun toplantıya çağdırılması konusundaki haklarını kullanması mümkündür^[174].

Hakim görüşün yanı sıra çoğunluğun sağlanamaması örneğın yasağı aykırı hareket etmemiş tek bir üyenin kalması durumunda bu tek üyenin bile diğer üyelere talepte bulunabileceğı, genel kurulun toplanması için geçecek sürede zamanasını süresinin dolması ihtimaline karşılık şirketin haklarını bir an önce kullanmasının sağlanması gerektiğı ve tek üyeye böyle bir durumda seçme hakkı verilebileceğı de ifade edilmiştir^[175]. Öte yandan tek üyeli yönetim kurulunda bu üyenin yasağı aykırı hareket etmesi halinde bu durumda genel kurulun üyeyi azledip yerine yeni bir üye seçebileceğı ve yeni seçilen yönetim kurulu üyesinin TTK m. 396'daki haklardan birisini kullanabileceğı isabetle belirtilmiştir^[176].

Hakkın kullanılmasında yasal yollar zamanasını kesecek nitelikte olmalıdır (TBK m. 154). Bu nedenle yönetim kurulu, hakkını dava yoluyla kullanmalıdır. Yönetim kurulunun yasağı aykırı hareket eden üyeden mektup veya ihtar ile hak talep etmeleri şirket adına TTK m. 396 anlamında bir hak arama sayılmaz^[177].

TTK m. 396 açısından dava açma yetkisinin yasağı aykırı hareket eden üye dışındaki yönetim kurulu üyelerine ait olduğu konusunda hem 6762 sayılı TTK açısından hem de 6102 sayılı TTK açısından bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte 6762 sayılı TTK döneminde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının konu ile ilgili dava açma yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu hayli tartışmalıydı^[178].

Anonim şirketlerde rekabet yasağına ilişkin eski hüküm (ETK m. 335) açısından tek yenilik 6102 TTK'da "yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğuna" ilişkin TTK m. 396 (4)'tür. Kanaatimizce bu yenilikle birlikte artık yönetim kurulu üyeleri dışında pay sahiplerinin ve şirket

[173] **Atan**, s. 100; **Arslanlı**, s. 157; **Ayan**, s. 158; **Mimaroglu**, s. 95; **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 325; **Kırca** (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 699; **Altaş**, s. 148; aksi yönde bkz. **Akdağ Güney**, s. 147.

[174] **Akdağ Güney**, s. 146.

[175] **Domaniç**, s. 641; **Aydoğan**, s. 125.

[176] **Akdağ Güney**, s. 147, yazar ayrıca böyle bir durumda üç aylık zamanasını süresinin yeni üyenin göreve başlamasından itibaren başlayacağı görüşünü savunmuştur.

[177] **Domaniç**, s. 640.

[178] Bu konuda bkz. **Domaniç**, s. 646; **Helvacı**, s. 93; **Aydoğan**, s. 128 vd.

alacaklılarının bu konuda dava açma yetkileri olduğu konusunda bir şüphe yoktur (TTK m. 553). Öte yandan rekabet yasağı konusunda TTK m. 396 özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanmalı, yönetim kurulu üyelerinin *dava açmadığı veya açamadığı* durumlarda rekabet yasağının ihlali nedeniyle dolaylı olarak zarar gören pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının TTK m. 553'e göre dava açabilmelerinin mümkün olduğu kabul edilmelidir^[179]. Ancak bu durumda pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının yalnızca tazminat talep etme hakları bulunmaktadır^[180]. Pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının dava açtığı böyle bir durumda zamanaşımı açısından TTK m. 560'ın değil, özel hüküm olması dolayısıyla TTK m. 396 (3)'teki zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekir. Bu durumda üç aylık zamanaşımı süresinin başlangıcı davacı pay sahibi veya alacaklının öğrenme anıdır^[181].

3. Zamanaşımı

TTK m. 396 (4)'e göre rekabet yasağını ihlal eden üyeye karşı sahip olunan haklar söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar^[182].

Maddedeki “*..diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren...*” ifadesi nedeni ile üç aylık sürenin başlangıcının diğer bütün üyelerin öğrenmesinden itibaren hesaplanacağı görüşü hakimdir^[183]. Bu görüşe göre yasak ile kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin değil şirketin menfaatini ön planda tutmuştur. Şirketin menfaati de zamanaşımın bütün üyelerin durumu öğrenmesinden itibaren hesaplanmasıyla korunmuş olur. Her yönetim kurulu üyesi için öğrenmeden itibaren hesaplanacak ayrı zamanaşımının varlığı hukuki güvenliği ortadan

[179] TTK m. 396 (4) ile ilgili olarak bkz. **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 700, 701.

[180] **Akdağ Güney**, s. 147; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 791.

[181] **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 791.

[182] Alman hukukunda sahip olunan haklar diğer yönetim kurulu üyelerinin ve denetim kurulu üyelerinin (*Aufsichtsratsmitglieder*) ihlali öğrendiği tarihten itibaren 3 ay ve herhalde ihlalin meydana gelmesinden itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrar (AktG § 88).

[183] **Akdağ Güney**, s. 146; **Arslanlı**, s. 157 ve Kollektif, Komandit, s. 241; **Ansay**, s. 136; **Domaniç**, s. 640, 641; **Mimaroğlu**, s. 127; **Helvacı**, s. 96; **Karaca**, s. 114; **Schlegelberger**, s. 887; **Hüffer**, s. 441.

kaldırarak ve karışıklık yaratacaktır^[184]. Bu görüşün kabulü halinde zamanaşımı, ihlali en son öğrenen üyenin öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır^[185].

Yönetim kurulu üyelerinden birinin yasağa aykırılığı öğrenmesinin yeterli olduğu ve bu üyenin öğrenmesinden itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır^[186]. Bu görüşe göre nasıl bir durumun şirket tarafından öğrenilmiş sayılması için yönetim kurulu üyelerinden birisinin öğrenmesi yeterliyse (ihtar, ihbar, tebligat vs.) zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için de üyelerden birinin durumu öğrenmesi yeterlidir. Bütün yönetim kurulu üyelerinin öğrenmesi şartını aramak her ne kadar şirket menfaatleri açısından daha uygun olsa da, üyelerin hepsi tarafından öğrenildiğinin ispatı, yasağı ihlal eden üyeye düşeceğinden bu üye bakımından büyük bir ispat güçlüğü oluşacaktır. Ayrıca aksi görüşün kabulü, kanun koyucunun kısa zamanaşımı süresi öngörerek uyumsuzluğun bir an önce çözüme kavuşturulması yönündeki iradesine ters düşer^[187].

Kanaatimizce TTK'nın 396. maddesinin özel hüküm olmasından hareketle üç aylık sürenin, maddenin lafzına da uygun olarak bütün üyelerin öğrenmesinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir. Bu görüşün kabulü kanun koyucunun şirket menfaatlerini ön planda tutan iradesine daha uygundur. Bu görüşün kanun koyucunun kısa zamanaşımı süreleri öngören iradesine aykırı olduğunu ileri süren karşıt görüş bu açıdan isabetli değildir. Zira şirkete ait haklar her halükarda yasağa aykırı hareketten itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Yönetim kurulu üyeleri yasağa aykırı birden fazla işlem yapmışsa zamanaşımı her bir ticari işlem hakkında ayrı ayrı işler^[188].

Zamanaşımının geçmesi aksi yönde bir genel kurul kararı veya ana sözleşme hükmü olmadıkça yönetim kurulu üyesine TTK m. 553 gereğince sorumluluk davası açılmasına engel teşkil etmez^[189].

[184] Helvacı, s. 96.

[185] Domaniç, s. 640; Doğanay, s. 868; Aydoğan, s. 128; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 700.

[186] Ayan, s. 160; Akdağ Güney, s. 147; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106 ve Rekabet, s. 360; Çevik, s. 553; Aydoğan, s. 130, 131.

[187] Çamoğlu, Sorumluluk, s. 106, 107 ve Rekabet, s. 360.

[188] Arslanlı, s. 157; Mimaroglu, s. 95.

[189] Tekinalp, s. 283.

VI. SONUÇ

TTK'nın 396. maddesinde rekabet yasağı sadakat yükümlülüğünün gereği olarak yönetim kurulu üyeleri bakımından getirilmiştir. Bu hükmün konuluş amacı şirketin iş sırları, işleyişi, yönetim biçimi, müşteri çevresi ve iş potansiyeli hakkında bilgi sahibi olan üyelerin bu bilgileri müşterek amaca aykırı olarak şirket zararına kullanmalarını engellemektir. Bu amaçtan hareketle yalnızca yönetim kurulu üyeleri değil, yönetimle görevlendirilmiş murahhas müdürler de hükmün kapsamına girmektedir. Bunun yanı sıra hükmün lafzı gereği yasağın kapsamına dahil olan tüzel kişi yönetim kurulu üyesi dışında tüzel kişinin sicile tescili zorunlu olan temsilcisi de yasak kapsamında değerlendirilmelidir.

Yasak kapsamındaki işler ana sözleşmede yazılı işler değil şirketin fiilen uğraştığı işlerdir. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK sisteminde ultra vires ilkesinin kaldırılmış olmasından hareketle ana sözleşmede yazılı işletme konusuna girmemekle birlikte fiilen yapılan işlerin de yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Yasağa tabi kişilerin yasak kapsamındaki işleri kendisi veya başkası hesabına yapması yasaklanmıştır. Dolayısıyla yasağa tabi kişilerin yaptığı işlemin ekonomik sonuçlarından kendilerinin ve üçüncü kişilerin yararlandığı tüm ihtimaller hükmün kapsamına girmektedir.

Hüküm yasağa tabi kişilerin aynı tür işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesini de yasaklamaktadır. Bu açıdan yasağa tabi kişilerin adi ve kollektif şirketlerde ortak, komandit şirkette komandite ortak, kooperatiflerde şahsen ve sınırsız sorumlu ortak olması mümkün değildir.

Ana sözleşme ile veya genel kurul kararıyla yasak kapsamındaki işlerin yapılmasına izin verilebilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde rekabet yasağına ilişkin bu hüküm emredici nitelikte değildir.

6102 sayılı TTK'nın 396. maddesine, eski hükümden farklı olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümlerin saklı olduğuna ilişkin yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu yenilikle birlikte yönetim kurulu üyeleri dışında pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da konu ile ilgili olarak dava açma yetkilerinin bulunduğu tartışmasızdır. Ancak özel bir hüküm olmasından hareketle TTK m. 396 öncelikle uygulanmalı, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava açabilmesinin yönetim kurulu üyelerinin dava açmadığı ve açmadığı durumlarla sınırlı tutulması gerektiği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA^{[190]*}

Akdağ Güney, Necla: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.

Altaş, Soner: "Yönetim Kurulu Üyeleri Şirketle İşlem Yapma ve Rekabet Etme Kararlarında Oy Kullanabilirler mi?", Mali Çözüm, Temmuz-Ağustos 2016, s. 145-151.

Ansay, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982.

Arsanlı, Halil: Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

Atan, Turhan: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.

Ayan, Özge: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013.

Aydoğan, Fatih: Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005.

Ayhan, Rıza: Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.

Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht: darstellung für den pratiker, 2. Auflage Zürich 1996.

Çamoğlu, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010 (Kısaltma: Sorumluluk).

Çamoğlu, Ersin: "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı", İkt. Mal. 1969, C. XVI, S. 9, s.357-360 (Kısaltma: Rekabet).

Çevik, Orhan Nuri: Anonim Şirketler, 3. Bası, Ankara 1988.

Doğanay, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1990.

Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988

Fleischer, Holger: "Wettebewerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder im Aktienrecht", AG 2005, s. 336-348.

[190] * Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

Franko, Nisim: “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, Batider 1985, C. XIII, S. 1, s.13-64.

Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz Kommentar, Band I, §§1-178 (bearbeitet von Hans Wilhelmi und Sylvester Wilhelmi), Berlin 1967.

Goette, Wulf in Handelsgesetzbuch, Band 1 §§1-342 (hrsg. Carsten Thomas Ebenroth, Karlheinz Bouyong, Detlev Joost), München 2001.

Göksoy, Yaşar Can: “Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı”, DEÜHFD, C. IX, Özel Sayı, s. 633-681.

Handschin, Lukas in Basler Kommentar (hrsg. Heinrich Honsel, Nedim Peter Vogt, Rolf Water), Obligationenrecht II, 4. Auflage, Zürich 2012.

Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

Hopt, Klaus J. in Beck'sche Kurz Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch (bearbeitet von Klaus Hopt, Hanno Merkt, Adolf Baumbach), München 2006.

Hüffer, Uwe: Beck'sche Kurz Kommentare, Aktiengesetz, 6. Auflage, München 2004.

Kalpsüz, Turgut: “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 347-385.

Karaca, Bedir: Anonim Ortaklıkta Müdürler ve Hukuki Sorumlulukları, 2. Bası, İstanbul 2010.

Karasu, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2015 (Kısaltma: Emredici Hükümler).

Karasu, Rauf: “Limited Şirket Esas Sözleşmesi İle Ortakların Diğer Ortaklarla Rekabet Etme Yasağı Öngörülebilir mi?”, GÜHFD 2016, C. XX, S. 2, s. 61-71 (Kısaltma: Limited).

Kırca, İsmail: Ticari Mümessillik, Ankara 1996.

Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013.

Meyer-Landrut, Joachim in Großkommentar, Aktiengesetz, Berlin 1973 (bearbeitet von Carl Hanz Barz/Ulrich Klug/Joachim Meyer-Landrut/Herbert Wiedemann/Herbert Brönnner/Konrad Mellerowicz/Wolfgang Schilling/Hans Würdinger).

Mimaroğlu, Sait Kemal: Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mes'uliyeti, Ankara 1967.

Nomer, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2003.

Schäfer, Carsten: Staub Handlungsgesetzbuch, Großkommentar, 5. Auflage (hrsg. Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer, Dritter Band §§ 105-160), Berlin 2009.

Schlegelberger, Franz: Handlungsgesetzbuch, 3. Auflage, 2. Band (erl. Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder), Berlin und Frankfurt 1955.

Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.

Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997.

Ünal, Mustafa: "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", Batider 1982, C. XI, S. 3, s.49-89.

Yongalık, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi", AÜHFD 2011, C. 60, S. 1, s. 1-13.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNDE ÖZEL POLİTİKA GEREKTİREN GRUPLAR*

Dr. Orhan Ersun CİVAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 05.04.2017 **Kabul Tarihi:** 23.11.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.** Bu makalenin esasını, 06-07 Mayıs 2016 tarihlerinde Kocaeli’nde düzenlenen “1. Uluslararası İş Güvenliği ve Çalışan Sağlığı Kongresi”nde sunulan “Özel Risk Grupları Kapsamında Yer Alan İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği” konulu tebliğ oluşturmaktadır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

İş kazaların meydana gelmesinde ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasında çoğunlukla çalışanların birtakım kişisel özelliklerinin de etkili olduğu tespit edilmektedir. Bu nedenle iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemede daha etkin sonuçlara ulaşılmak isteniyorsa, çalışma hayatında özel politika gerektiren grupların durumu göz önüne alınmalıdır. Mevzuatımızdaki düzenlemelere bakıldığında çocuk ve genç işçiler, yaşlı işçiler, engelli işçiler, kadın işçiler (özellikle gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler) ile iş sağlığı ve güvenliği açısından benzer şekilde korunma ihtiyacının ortaya çıkacağı öngörüldüğü geçici (güvencesiz) işçiler ve göçmen işçilerin özel politika gerektiren gruplar arasında kabul edilmesi isabetli olacaktır. Bu çerçevede çalışmamızda söz konusu kişi gruplarına özgü risk faktörlerinin neler olduğu üzerinde durulmuş, mevzuatımızdaki yükümlülükler ve alınabilecek önlemler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kadın işçiler, genç işçiler, engelli işçiler, göçmen işçiler, geçici (güvencesiz) işçiler, yaşlı işçiler.

OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY OF THE MOST VULNERABLE GROUPS

ABSTRACT

It is observed that the risk factors of workers participate mostly as a component in occurrence of occupational accident or occupational disease. For this reason if we want to reach better results with respect to prevention of occupational accidents and diseases, it should be taken into account the situation of the most vulnerable groups in working life. Child and young workers, ageing workers, workers with disabilities, women (especially women who are pregnant, in puerperal period or breastfeeding mothers) are accepted as the most vulnerable workers in terms of our legislation. We should add also temporary (insecure) workers and migrant workers who are in need of protection like the other vulnerable groups. Within this scope the risk factors peculiar to these vulnerable groups, our legislation related to protection of vulnerable groups and options for further action are examined in this study.

Keywords: Women, young workers, workers with disabilities, migrant workers, temporary (insecure) workers, ageing workers.

1. GİRİŞ

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi, hayatını kaybetmemiş olsa bile çeşitli zarar ve mağduriyetlerle karşı karşıya kalmaktadır. Yapılan tedaviye rağmen işçi sakat kalabilir, tüm yaşamını çalışma gücünü belirli bir oranda yitirmiş olarak geçirebilir. Tedavi nedeniyle devamsızlığı uzunca bir süre devam ederse iş sözleşmesi haklı nedenlerle derhal feshedilebilir. Yahut işçi iş kazası veya meslek hastalığı sonucu iş göremez duruma gelmiş veya iş bulamamışsa yaşamının geri kalan kısmını ücretinin altına kalan sürekli iş göremezlik geliri ve/veya malullük aylığı ile geçirmek zorunda kalabilir. Belirtilen haller sadece işçinin kendisini değil, ailesini etkileyecek boyutta olabilir. Diğer bir ifadeyle iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesinin önemli sosyolojik boyutları bulunmaktadır. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınarak engellenen iş kazası ve/veya meslek hastalıklarının ekonomiye de katkısı büyük olmaktadır. Zira iş kazaları ulusal ekonomiye verdiği zararlar yanında maliyetleri artırmakta, yüksek tazminatların ödenmesine neden olarak işletmeler düzeyinde önemli zararlara yol açmaktadır^[1]. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre iş kazası ve meslek hastalıklarının maliyeti dünya gayri safi hasılasının %4-5'ini bulmaktadır. ILO'ya göre de her yıl 1.25 trilyon dolar iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili sorunlar nedeniyle kaybedilmektedir. Ülkemiz açısından konuyu ele aldığımızda ise sadece sosyal güvenlik sisteminde yaşanan kaybın 4 milyon Türk Lirası olduğu tahmin edilmektedir. Bununla birlikte iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik yapılan yatırımlar 2,2 oranında getiri sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle işverenler, işyerinde önleme tedbirlerine her yıl çalışan başına yapacakları 1,00-TL yatırımdan potansiyel olarak 2,20-TL ekonomik getiri bekleyebileceklerdir^[2].

Değinilen açıklamalardan da görüldüğü üzere iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi sosyal ve ekonomik açıdan ortaya çıkacak sorunların çözümüne büyük bir katkı sağlayacaktır. Bu kapsamda gerek dünyada gerek ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin kapsamlı yasal düzenlemelere yer verilmektedir. Ancak iş sağlığı ve güvenliği konusu sadece makineler ve iş ekipmanlarıyla ilgili getirilecek sınırlamalar yahut işçilerin geneline özgü işverene yüklenen yükümlülöklere indirgenemez. Zira günümüzde iş sağlığı ve güvenliği alanında dünyada görölen önemli bir gelişme olarak karşımıza psikososyal risklerin tanınması konusu çıkmaktadır. İş kazalarıyla ilgili yapılan araştırmalar, kazaların meydana gelmesinde çoğunlukla çalışanların birtakım kişisel özelliklerinin etkili olduğunu, bunun yanı sıra makine, teçhizat ve çalışma

[1] **Süzek**, 902.

[2] **Tekin**, <https://www.csgeb.gov.tr/media/2015/semihtekin.pdf>, 14.03.2017.

ortamındaki hata ve eksikliklerin de kaza nedenleri arasında olduğunu ortaya koymaktadır^[3]. Başka bir deyişle bazı işçilerin diğer işçilere kıyasla iş kazasına uğrama yahut meslek hastalığına yakalanma ihtimalinin daha yüksek olduğu ve bu durumdaki işçilerin de içinde buldukları koşulları değiştirebilecek konumda ve güçte bulunmadıkları görülmektedir^[4]. Bu itibarla çalışanların bireysel özellikleri risk faktörü niteliğini taşıdığından^[5], iş sağlığı ve güvenliği açısından daha elverişli sonuçlara ulaşmak için çalışanların bireysel özellikleri dikkate alınarak çalışma hayatında özel politika gerektiren grupların durumu üzerinde durulması isabetli olacaktır.

Özel politika gerektiren gruplar, çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Sınıflandırma yapılırken mal ve hizmetlerin günümüzde değişim gösteren üretim biçimleri, küreselleşmenin teşvik ettiği geçici istihdam ve atipik çalışma biçimlerinin istihdam edilen kişilerin niteliğine etkileri, demografik yapı, diğer bir ifadeyle ülkelerin durumuna göre insan ömrünün uzamasına bağlı olarak nüfusun yaşlanması sonucu işgücünün de yaşlanması gibi hususlar dikkate alınabilir^[6]. Bu bağlamda hangi kişi gruplarının iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektirdiği belirlenirken hukukumuzdaki ve yabancı hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerden hareket etmek isabetli olacaktır.

Anayasamızın 50. maddesi uyarınca, “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereğince de işverene risk değerlendirmesi yaparken genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu gözetme yükümlülüğü getirilmiştir (md.10/1-ç). Ayrıca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, Çalışanların İş Sağlığı ve

[3] **Camkurt**, 70. **Özdemir**, İş Sağlığı ve Güvenliği, 70.

[4] **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. ‘Better Protection for Vulnerable Workers’, <http://www.labour.gov.on.ca/english/hs/prevention/report/better.php>, 14.03.2017.

[5] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 8. **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017. **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

[6] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 8.

Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği, Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikle çeşitli risk gruplarına giren işçilere özgü özel koruyucu düzenlemeler öngörülmüştür.

Avrupa Birliği Komisyonu bünyesinde hazırlanan “Çalışma Yaşamında Kalite ve Verimliliğin Geliştirilmesi: İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin 2007-2012 Birlik Stratejisi”^[7] başlıklı raporda da bazı risk gruplarına giren kişilerin diğer işçilere göre daha fazla mesleki risklere maruz kaldığı vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa Birliğinin 89/391/EEC sayılı İşçilerin Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına ilişkin direktifinde de, özellik gösteren bazı risk gruplarına giren kişilerin, maruz kaldıkları risklere karşı korunmaları gerekliliğine işaret edilmiştir (md.15). Alman hukukunda da kısaca İşin Korunması Yasası (Arbeitsschutzgesetz) olarak adlandırabileceğimiz kanun md.4/6’da özel olarak korunmaya ihtiyaç duyan işçi gruplarına özgü risklerin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınırken dikkate alınacağı vurgulanmıştır.

Değinen düzenlemelerde özel politika gerektiren gruplarının varlığı kabul edilmekle birlikte, Avrupa Birliğinin 89/391/EEC sayılı direktifi ile Alman İşin Korunması Yasasında (Arbeitsschutzgesetz) özel risk gruplarının tanımlanmadığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle özel risk gruplarının kapsamına hangi kişi gruplarının girdiği hususu isabetli olarak zamana ve ihtiyaca göre uygulamaya bırakılmıştır. Bununla birlikte ülkemiz açısından bakıldığında bazı özel politika gerektiren grupların 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda açıkça ifade edildiği görülmekteyse de, bir sınırlama getirilmediğinden başka kişi gruplarının da ihtiyaç duyulması halinde özel politika gerektiren gruplar kapsamına alınmasına olanak tanınmıştır. Yapılan açıklamalar çerçevesinde hukukumuzda çocuk ve genç işçiler, yaşlı işçiler, engelli işçiler, kadın işçiler (özellikle gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler) iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplar kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte belirtilen kişi gruplarına, yabancı ülkelerde kabul edildiği ve ülkemizde de iş sağlığı ve güvenliği açısından benzer şekilde korunma ihtiyacının ortaya

[7] İlgili raporun tam metni için bkz.; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52007DC0062>, 14.03.2017. Söz konusu raporun çeşitli kısımlarında iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren gruplara değinilmiş de, özellikle raporun ‘4.1-Birlik Mevzuatının Uygulanmasının Güçlendirilmesi’ başlığı altında ilgili konunun ele alındığı görülmektedir.

çıkacağıının öngörüldüğü geçici (güvencesiz) işçiler ve göçmen işçileri de dahil etmek uygun olacaktır^[8].

Özel politika gerektiren gruplar arasında yer aldığını belirlediğimiz işçilere özgü risk faktörlerini tespit etmek, hukukumuzdaki mevcut düzenlemeleri değerlendirmek, ulaşabildiğimiz veriler kapsamında ne ölçüde özel olarak korunma ihtiyacı duyan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlayabildiğimizi ele almak, ilerisi için alınabilecek önlemlere yönelik önerileri tespit edebilme açısından isabetli olacaktır. Bu kapsamda iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplara girdiğini belirlediğimiz işçilerin, ayrı başlıklar altında ele alınması isabetli olacaktır. Ancak yapılacak değerlendirmelerde özel politika gerektiren grupların tümüyle birbirinden ayrılmadığı, bazı durumlarda aynı işçide korunma ihtiyacını artıran birden fazla durumun birleştiği göz ardı edilmemelidir. Örneğin, çoğu göçmen işçi geçici işlerde istihdam edilmektedir. Diğer bir ifadeyle işçiler sadece tek bir özellikleri nedeniyle özel politika gerektiren gruplar kapsamında değerlendirilmemekte, özel politika gerektiren gruplara dahil edilmelerine neden olan özellikleri diğer risk gruplarıyla da ilişkilendirilme ihtimallerini artırmaktadır^[9].

2. KADIN İŞÇİLER

Kadın işçilerin istihdam oranı erkek işçilere kıyasla daha düşük düzeydedir. Avrupada örneğin 2015 yılı verilerine göre kadınların %64,3'ü işgücü piyasasında yer almaktadır. Buna karşılık erkeklerde istihdam oranı %75,9 düzeyindedir^[10]. Ülkemizde ise ulaşabildiğimiz en güncel verilere göre Kasım 2016 döneminde 15 yaş ve yukarı toplam nüfus 59 milyon 069 bindir. Aynı dönemde toplam kadın sayısı 29 milyon 866 bindir. Söz konusu dönemde çalışma hayatına katılan kadın sayısı ise 8 milyon 211 bine denk gelmektedir. Diğer bir deyişler kadınlar arasında istidam oranı Avrupa'nın çok gerisinde kalmakta olup, %27,5'dir. Bu durum ülkemizde kadın istihdamının istenilen seviyelerde olmadığına da işaret etmektedir. Halbuki erkeklerde aynı dönem için istihdam

[8] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 8. **Lamm**, 163. **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. 'Better Protection for Vulnerable Workers', <http://www.labour.gov.on.ca/english/hs/prevention/report/better.php>, 14.03.2017. **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

[9] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 8.

[10] http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics, 14.03.2017.

oranı %64,6 düzeyinde gerçekleşmektedir^[11]. Belirtilen veriler kayıtlı istihdama ilişkindir. Aynı zamanda Türkiye İstatistik Kurumunun kayıtdışı istihdama ilişkin verilerine göre de 2016 yılı Kasım ayında kadınların %43,5'inin kayıt dışı istihdam edildiği, diğer bir ifadeyle değinilen dönem açısından 3 milyon 573 bin kadın işçinin kayıt dışı çalıştırıldığı tahmin edilmektedir. Erkeklerde ise kayıtdışı istihdam oranı aynı dönemde %28,9 olarak hesaplanmıştır, bu durum ise yaklaşık olarak 5 milyon 445 bin erkek işçinin kayıtdışı çalıştırıldığı anlamına gelmektedir^[12].

Kadın istihdamında, çocuk sahibi olup olmama hususu da önemli bir rol oynamaktadır. Avrupa Birliğinde 2000 yılında 6 yaşın altında çocuğu olup da çalışan kadın işçi oranı tüm kadın işçiler arasında %59 iken, erkek işçiler arasında çocuğu olup da çalışan erkek işçi oranı %89'a denk gelmektedir. Bu durum çalışma ilişkilerini etkilemekte olup kadın işçilerin büyük bir kısmının part-time iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi sonucunu doğurmaktadır^[13]. 2015 yılı verileri uyarınca 28 Avrupa ülkesinde part-time çalışan kadın işçi oranı %31,5 olup, erkeklerde part-time çalışma oranı %8,2'dir. Avrupada kadınlar arasında part-time çalışma oranının en yüksek olduğu ülke, %75,3 ile Hollanda'dır^[14].

İş kazası ve meslek hastalığına dair Sosyal Güvenlik Kurumu verileri incelendiğinde ise 2015 yılında toplam 241.547 iş kazası, 510 meslek hastalığı vakasına rastlanmaktadır. Aynı dönem için kadın işçilerin geçirdiği iş kazası sayısı 34.625 (%14,33) iken, meslek hastalığı sayısı 40 (%7,8)'dir. Toplam ölümlü iş kazası sayısı ise 1.252'dir. Ölümlü iş kazası geçiren kadın sayısı 33 (%2,6) olarak belirlenmektedir^[15]. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından henüz 2016 yılı verileri yayınlanmamakla birlikte, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisinin verileri 2016 yılı içerisinde gerçekleşen ölümlü iş kazalarıyla ilgili fikir vermektedir. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisinin araştırması uyarınca 2016 yılında 1970 işçi iş kazalarından dolayı hayatını kaybetmişken, yaşamını yitiren kadın çalışan sayısı 110 (%5,5) olarak belirlenmiştir^[16].

[11] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[12] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[13] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 33-34.

[14] http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics, 14.03.2017.

[15] http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari/, 14.03.2017.

[16] http://www.guvenlicalisma.org/index.php?option=com_content&view=article&id=18379:2016-yilinda-en-az-1970-isci-yasamini-yitirdi&catid=149:is-cinayetleri-raporlari&Itemid=236, 14.03.2017.

İş kazası ve meslek hastalıkları verileri incelendiğinde erkek sigortalıların kadın sigortalılardan daha fazla iş kazasına uğradıkları görülmektedir. Ancak sadece söz konusu veriler çerçevesinde değerlendirme yapmak yanlış sonuçlara yol açabilir. Zira sigortalı nüfus içinde kadın ve erkeklerin dağılımı eşit değildir. Bu nedenle kaza sayısına göre değil, kaza oranına göre bir değerlendirme yapılması daha isabetli olacaktır. Metal iş kolu istatistiklerine göre erkek çalışanların kaza oranı 2000 yılında %8,4'den 2011 yılında %4,8'e, 2015 yılında ise %4,3'e düşmüştür, ancak kadın çalışanların kaza oranı 2000 yılında %1,5, 2011 yılında %1,1, 2015 yılında ise tekrar %1,5 düzeyinde gerçekleşmiştir. 2000 yılında söz konusu işkolunda çalışan kadın sayısı 7.886 iken, erkek sayısı 72.739 düzeyindedir, 2011 yılında kadın sayısı 12.196'ya, erkek çalışan sayısı ise 122.516'ya yükselmiştir^[17]. 2015 yılında ise sendikaya üye kadın sayısı 18.398, erkek sayısı 212.905, işkolunda çalışan toplam işçi sayısı 1.468.064 olarak belirlenmiştir^[18]. Aktarılan istatistiklerden hareketle yıllar itibariyle kadın ve erkek sigortalıların sayısı artmaktayken, kazaya uğrayan kadın ve erkek sigortalıların sayısının aynı hızda artmadığı söylenebilir. Kadın sigortalıların sayısındaki artışa bağlı kazaya uğrayan sayısı da artarken, erkek sigortalıların sayısının artmasına rağmen kaza oranı azalmaktadır^[19].

Yapılan açıklamalar dikkate alınarak kadınların neden özel risk grupları içerisinde buldukları ve kadın işçilerin uğradıkları iş kazalarının ve yakalandıkları meslek hastalıklarının nasıl önleneceği hususu bireysel risk faktörleriyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir.

a) Kadın işçilere özgü risk faktörleri

Kadın işçiler açısından, özellikle hamilelik ile yeni doğum yapılan dönem risk faktörleri arasında yer almaktadır. Zira hamilelik ve yeni doğum yaptıkları dönemde çalışmaya zorlanan kadın işçilerin, yorgunluk, tükenmişlik, sırt ağrıları, duruş bozuklukları, bulantı, kan basıncının değişmesi, stres gibi çalışma

[17] **Camkurt**, 81. Metal işkolunda 2015 yılında meydana gelen iş kazası istatistikleri için bkz.; 'İş Kazaları 2015'te yüzde 11 azaldı', İşveren Dergisi, Yıl:54, Sayı:890, Basım Tarihi: Şubat 2017, 6.

[18] '6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Gereğince; İş Kollarındaki İşçi Sayıları ve Sendikaların Üye Sayılarına İlişkin 2015 Temmuz Ayı İstatistikleri', https://www.csgeb.gov.tr/media/1720/2015_temmuz_cd.pdf, 20.03.2017.

[19] **Camkurt**, 80-81.

koşullarını olumsuz etkileyebilecek durumlarla daha sık karşılaşma ihtimalleri söz konusu olabilmektedir^[20].

Yukarıda belirtilen risk faktörünün dışında ayrıca kadınların erkeklere kıyasla genellikle daha kuvvetsiz olduğu, vücut yapıları bakımından da daha narin oldukları algısı hakimdir. Bu durum ise kadın işçilerin, fiziksel güç gerektirmeyen işlerde istihdam edilmeleri eğilimini artırmaktadır. Örneğin inşaat sektöründe işçilerin sadece %9'unun kadın olduğu tahmin edilmektedir. Bu durum iş sağlığı ve güvenliği bağlamında kadın işçilerin, titreşim, ses gibi bazı sektörlere özgü mesleki risklerle karşılaşmaları ihtimalini azaltmaktadır. Buna karşılık her ne kadar kadın işçilerin daha hafif işlerde çalıştırıldığı düşünülse dahi, hafif işler olarak nitelendirilen işler sürekli tekrarlanan hareketler, devamlı sürdürülen duruş bozuklukları gibi yoğun fiziksel aktiviteleri içerebilmektedir. Hemşireler hastaları taşıma, temizlikçiler ve tarım işçileri sürekli rahatsız edici vücut pozisyonlarında çalışma, seri üretim hattında çalışan işçiler tekrar eden kol ve el

- [20] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 34. Kadın işçiler açısından risk faktörleri arasında hamilelik yahut yeni doğum yapmanın, emziren anne olmanın yanı sıra adet bozuklukları, adet döngüsü ile menopoz dönemlerinin de dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Söz konusu hususların, kadın işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini ne ölçüde etkilediğiyle ilgili yeterli araştırmanın var olmadığı, yasa koyucular tarafından da göz ardı edildiği dile getirilmektedir. Bununla birlikte işyerindeki çalışmanın, menopoz, adet bozuklukları yahut adet döngüsünün yol açtığı yorgunluk, sinirlilik, baş ağrısı gibi sorunları artırdığının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir (**Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 35). Yapılan bir araştırmaya göre kadınlarda adet dönemi sırasında, dayanıklılık ve iş kapasitesinde %10 oranında bir düşüş yaşanmaktadır (**Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017). Çalışmamız esnasında tespit ettiğimiz bir habere göre Çin'in bazı eyaletlerinde ayda birkaç gün kadın çalışanlara regl izni verilmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır. İlgili düzenlemeler uyarınca regl izni kullanmak isteyen kadın çalışanlar ilk önce doktorlarına gidip rapor alacak, aldığı raporu da işverene teslim edileceklerdir. Ancak Çin'de bu uygulama daha önce de gerçekleştirilmiş olup yoğun ilgi görmemiştir. Zira kadın çalışanlar özel hayatlarını işyerinde afişe etmek istemedikleri için regl iznine sıcak bakmamaktadır. Aynı zamanda kadınlar, bu tür uygulamaların kadınların iş bulma şansını azaltabileceğinden endişe etmektedir (<http://www.hurriyet.com.tr/cinde-kadin-calisanlara-regl-izni-geliyor-40056714>, 14.03.2017). Ülkemizde de regl izni sınırlı bir şekilde kabul edilmişti. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği (16 Haziran 2004 tarih ve 25494 sayılı Resmî Gazete) md.6'da "Kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu günlerin sayısı 5 gün olarak hesap edilir. Daha fazlası için hekim raporuna göre hareket edilir. Ay halinin başlangıcı işçinin ihbar tarihidir" ifadesi geçmekteydi. Ancak söz konusu yönetmelik, 8 Şubat 2013 tarihli ve 28553 sayılı Resmî Gazete yayımlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ulaşabildiğimiz bir veri bulunmadığından ötürü Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği yürürlükteyken regl izninden kadın işçilerin ne ölçüde yararlandığına dair bir değerlendirme yapılamamaktadır.

hareketlerini gerçekleştirme, satış temsilcileri uzun süre yürüme ve ayakta durma gibi zorluklarla karşılaşabilmektedir. Türkiye İstatistik Kurumunun 2016 yılı Kasım ayı verilerine göre de Türkiye’de istihdam edilen toplam 8 milyon 211 bin kadın işçi arasında kadınların en çok istihdam edildiği alanlar olarak karşımıza tarım (%27,30 – 2 milyon 242 bin kadın işçi), imalat (%14,72 – 1 milyon 209 bin kadın işçi), toptan ve perakende ticaret (%11,02–905 bin kadın işçi), eğitim (%10,97–901 bin kadın işçi) ve insan sağlığı ve sosyal hizmet faaliyetleri (%9,4 – 772 bin kadın işçi) çıkmaktadır^[21]. Kadın işçilerin en çok istihdam edildiği söz konusu sektörlerde gösterdikleri fiziksel efor, kas iskelet sistemi hastalıkları gibi sağlık sorunlarının ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Kadın işçilerin yoğun olduğu çağrı merkezi çalışmalarında da farklı sağlık sorunlarıyla yüzleşme ihtimali yüksektir. Bu sektörde kadın işçilerin kendi işleri üzerinde çok fazla söz hakkı olmayıp, kızgın, yüksek sesle konuşan müşterilerle yüzleşme ihtimalleri yüksektir. Bu durum kadın işçilerde ezilmişlik duygusu, tükenmişlik veya hayal kırıklığı gibi ruhsal açıdan kendilerini etkileyebilecek sorunlarla karşılaşmalarına yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca kadın işçiler açısından iki vardiyanın var olduğu ifade edilebilir. Birincisi işveren tarafından istihdam edildiği işte gerçekleşmekteyken, ikincisi ev işleri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise kadın işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine etkide bulunmaktadır. Zira evdeki çalışmaları, işyeri kaynaklı yaralanma ve hastalıklarının alevlenmesine yahut artmasına neden olabilmektedir. Özellikle üst kol ağrıları (ev işleriyle ilişkili olarak), sırt ağrıları (çocuk bakımı bağlamında), ruhsal durumla bağlantılı rahatsızlıklar bu kapsamda ele alınabilir^[22].

Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre de ülkemizde kadın işçilerin yaşadıkları işe bağlı başlıca sağlık sorunları arasında; kalça, bacaklar veya ayakları etkileyen kemik, eklem veya kas sorunları (2007 yılında %17,7 düzeyindeyken, 2013 yılında %22’ye çıkmıştır), sırtı veya beli etkileyen kemik, eklem veya kas sorunları (2007 yılında %17,7 civarındayken, 2013 yılında %22 olarak gerçekleşmiştir), stres, depresyon veya anksiyete sorunları (2007 yılında %14,5 düzeyindeyken, 2013 yılında %17,2 olarak belirlenmiştir), boyun, omuzlar, kollar veya elleri etkileyen kemik, eklem veya kas sorunları (2007 yılında %14,8 iken, 2013 yılında oran %16,8’e yükselmiştir) yer almaktadır^[23].

[21] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[22] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 35-39.

[23] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

b) Kadın işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve değerlendirilmesi

Kadın işçilere özgü risk faktörleri nedeniyle kadınların korunmasına yönelik olarak farklı yasal düzenlemeler gerek mevzuatımızda gerek yabancı hukuk düzenlerinde yer almaktadır. Bu kapsamda özellikle kadınların gece döneminde, sanayiye ait ağır işlerde, yer altı işlerinde, doğum sırasında ve sonrasında çalıştırılmaları sınırlandırılmış veya tamamen yasaklanmıştır^[24].

Kadın işçilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin temelini 1982 Anayasasının “Kanun Önünde Eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesi ile “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı” başlığını taşıyan 50. maddesi oluşturmaktadır.

Anayasa hükmü gereği 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.10/1-ç’de işverenin risk değerlendirmesi yaparken “...gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu(nu)” gözetmeceği düzenlenmiştir. Aynı husus İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği^[25] md.8/1-ı. bendinde de vurgulanmıştır.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik^[26] md.7/1 gereğince ise iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimler verilecektir.

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik^[27] kapsamında da işyeri hekiminin gebe çalışanların sağlık gözetimini en geç altı ayda bir defa olmak üzere periyodik olarak tekrarlaması, özel politika gerektiren gruplara giren çalışanların, uygun işe yerleştirilmeleri için gerekli sağlık muayenelerini yaparak rapor düzenlemesi görevleri arasında sayılmıştır (md.9/2/c-3. ve 5. alt bentler).

İş sağlığı ve güvenliği kapsamında yukarıda değinilen kadın işçilere özgü özel yükümlülüklerin dışında ayrıca kadın işçilerle iş ilişkisinin kurulmasına yönelik getirilen sınırlamalar, gebelik, yeni doğum yapılan ve emzirme dönemlerine ilişkin getirilen düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Bu düzenlemeler risk değerlendirmesinin yapılması ve sağlık gözetiminin yerine getirilmesinde de dikkate alınabilecektir.

4857 sayılı İş Kanununun “Gece Çalıştırma Yasağı” başlığını taşıyan 73. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece

[24] Taşkent-Kurt, 30.

[25] 29 Aralık 2012 tarih ve 28512 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[26] 15 Mayıs 2013 tarih ve 28648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[27] 20 Temmuz 2013 tarih ve 28713 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilecektir. Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik^[28] onsekiz yaşını doldurmuş kadınların sanayie ait işlerde gece çalıştırılmalarına herhangi bir yasak getirmemektedir. İş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin 4857 sayılı kanunda düzenlendiği dönemde Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği^[29] EK-1’de hangi ağır ve tehlikeli işlerde kadınların çalıştırılıp çalıştırılmayacağına ilişkin düzenleme getirilmişti. EK-1’deki çizelgede karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınlar çalıştırılmayacaktı. Bu itibarla çizelgede karşısında (K) harfi bulunmayan işlerde kadınların çalıştırılması yasaklanmıştı. Ancak Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği 8 Şubat 2013 tarihli ve 28553 sayılı Resmi Gazete yayımlanan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla şu an için mevzuatımızda kadın işçilerin gece çalıştırılmasına yahut istisnai nitelikteki sınırlamalar dışında tehlikeli veya çok tehlikeli işlerde istihdam edilmesine ilişkin bir yasak mevcut bulunmamaktadır. Günümüzde kadınların gece çalıştırılması, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde istihdam edilmesi bakımından belirleyici olacak olan husus, işyeri hekimlerinin raporu olacaktır^[30]. Bu yöndeki yasakların kaldırılması, Avrupa hukukundaki eğilimler ve devletin hızla gelişen teknoloji ve bilimin gerisinde kalan sınırlamalar getirmeyerek konuyu gerçek anlamda uzmanlarına bırakması bakımından uygun olmuştur^[31].

İş Kanunu md.72 uyarınca, yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır. İş Kanunu md.74 ile ‘Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik’te^[32] ise kadın işçilerin analık durumunda korunmasıyla ilgili ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bu yöndeki sınırlamalar ve düzenlemeler İngiltere’de İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliğinin Yönetimine dair Düzenlemenin (Management of Health and Safety at Work Regulations 1999–MHSW) 16.-18. maddelerinde yer almaktadır. Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren anneler açısından kimyasal, biyolojik ve fiziki etkenlerin değerlendirilmeye tabi tutulacağı hususu, Gebe, Yeni Doğum Yapmış, Emziren İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğinin Geliştirilmesine Yönelik Alınacak Önlemlere dair

[28] 24 Temmuz 2013 tarih ve 28717 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[29] 16 Haziran 2004 tarih ve 25494 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[30] **Özdemir**, İş Sağlığı ve Güvenliği, 267. Gece çalışma yasağının korunması gerektiği yönünde bkz.; **Seratlı**, 239.

[31] **Taşkent-Kurt**, 36. **Özdemir**, İş Sağlığı ve Güvenliği, 267.

[32] 16 Ağustos 2013 tarih ve 28737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

92/85/EEC sayılı Avrupa Topluluğu Direktifinde de düzenlenmiştir (md.3). Hukukumuzdakine benzer yönde hükümler yer aldığından ötürü farklılaşan hususlarda ilgili düzenlemeler ele alınacak, burada ayrıca yer verilmeyecektir. Kadın işçilerin çalıştırılması ve korunmasına yönelik mevzuatımızdaki düzenlemeler genel olarak kadın işçinin doğumdan önce ve sonra korunmasını, süt izni, emzirme odaları ve kreş kurulması gibi diğer hakları içermektedir.

İş Kanununa göre kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir. Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz. İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir^[33]. Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir^[34]. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (md.74/1,4,5,6,7). İş Kanunu md.74 ve md.13'de 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucu kadın işçilere ve belirli koşullar altında erkek işçilere yeni haklar sağlanmıştır^[35]. Bu çerçevede doğum sonrası kullanılan analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin

[33] Kanun maddesinde kadın işçinin talebi üzerine ücretsiz iznin verileceği açıkça belirtildiğinden ötürü, kadın işçinin talebi halinde bu izni işveren vermek zorundadır (Süzek, 884). Nitekim Yargıtay da bir kararında bu hususu kabul etmiş olup (Y9HD, 13.07.2009, 36349/20734, www.kazanci.com, 14.03.2017), başka bir kararında da işverenin ücretsiz doğum izni vermemesi halinde kadın işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceğine hükmetmiştir (Y9HD, 26.09.2008, 27521/25157, www.kazanci.com, 14.03.2017).

[34] Süt izninin kullanımı da kadın işçinin altı aya kadar ücretsiz izin talebinde olduğu gibi işverenin kabulüne bağlı değildir. Nitekim Yargıtay bir kararında yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat süt izni verilmesi hususunun işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmadığını, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullanılmaması durumunda işçinin işverenden fazla çalışma ücreti talep edebileceğini kabul etmiştir (Y22HD, 13.06.2016, 12878/17527, www.kazanci.com, 14.03.2017).

[35] 6663 sayılı yasa ile getirilen düzenlemenin özellikle kadın işçilerin istihdamı bakımından ne yönde etkisi olacağı, uygulamada hangi sorunları doğuracağı soruları ise tartışmalı bir nitelik taşımaktadır. Bu yöndeki sorular ayrı bir araştırma konusunu oluşturmakta olup, ayrıntılı bilgi için bkz.; Şahin, Analık Hali, 45-46.

yarısı kadar ücretsiz izin verilecektir (md.74/2). İş Kanunu 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecek, bu talep işveren tarafından karşılanacak ve geçerli fesih nedeni sayılamayacaktır (md.13/5)^[36].

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte ise çalışanın, gebelik durumu veya emzirmeye başlaması halinde bu durum hakkında işverenini bilgilendireceği hususu düzenlenmiştir (md.6/1). Bilgilendirme üzerine işveren, kadın işçinin çalışma saatlerini ve süresini düzenlemek, mevcut işini değiştirmek gibi iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kapsamlı önlemleri almak zorundadır. İşveren, gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirecektir. Değerlendirme sonucuna göre yönetmelik EK-I'de belirtilen genel ve özel önlemleri alacaktır. EK-I kapsamında alınabilecek genel önlemler arasında, fiziksel ve zihinsel yorgunlukla ilgili olarak; gebe veya emziren çalışanın çalışma saatleri ve ara dinlenmelerinin geçici olarak yeniden düzenlenmesi, duruş problemleriyle ilgili olarak; çalışma yerinin ve çalışma düzeninin, gebe veya emziren çalışanların duruş problemlerini ve kaza riskini azaltacak şekilde yeniden düzenlenmesi, çalışma saatleri ve çalışma hızıyla ilgili olarak; çalışma hızının, saatlerinin ve işteki yoğunluğun çalışanın önerileri dikkate alınarak mümkün olduğunca uygun hale getirilmesi için gerekli şartların sağlanması, gebe çalışanın ayakta çalışması gereken işlerde, mümkün olan durumlarda oturmalarının sağlanması, sürekli oturarak veya sürekli ayakta çalışmasının engellenmesi sayılabilir. Alınabilecek özel önlemler olarak gebe, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanın, Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik'te tanımlanan grup 2, grup 3 ve grup 4 biyolojik etkenlerin risk teşkil ettiği yerlerde ve işlerde çalıştırılmalarının önüne geçilmesi, kanserojen, mutajen, çok toksik, toksik, zararlı, alerjik, üreme için toksik ve emziren çocuğa zararlı olabilen kimyasalların üretildiği, işlendiği, kullanıldığı işlerde gebe, yeni doğum yapmış ve emziren çalışanın çalıştırılmasının engellenmesi hususları karşımıza çıkmaktadır. Alınan önlemlerle ilgili olarak gebe veya emziren çalışan, işveren tarafından bilgilendirilir (Yönetmelik md.6/1-2-4, md.7/1). Çalışma koşullarının ve/veya çalışma saatlerinin uyarlanması mümkün değilse, işveren ilgili çalışana başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri alacaktır. Sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe çalışan, sağlığına

[36] 6663 sayılı yasayla getirilen değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Süzek**, 285-286, 882-883. **Çelik-Caniklioğlu-Canbolat**, 152 vd., 598-602. **Şahin**, Analık Hali, 36 vd.

uygun daha hafif işlerde çalıştırılacaktır. Bu halde çalışanın ücretinde bir kesinti yapılmaz. Başka bir işe aktarılması mümkün değilse, çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, isteği halinde ve çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak üzere ücretsiz izinli sayılması sağlanmalıdır (Yönetmelik md.7/2-3).

Yukarıdaki düzenlemelere ilaveten kadın çalışanlar, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacak ve yeni doğum yapmış çalışanlar da doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılmayacaktır. Gebe veya emziren çalışan günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacaktır. Emziren çalışanların, doğum izninin bitiminde ve işe başlamalarından önce, çalışmalarına engel durumları olmadığı raporla belirlenmesi de gerekmektedir. Çalışmasının sakıncalı olduğu hekim raporuyla belirlenen çalışan, raporda belirtilen süre ve işlerde çalıştırılmayacaktır (Yönetmelik md.8, md.9, md.12).

100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odası kurulacaktır. 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurt kurulmalıdır. Yurt (kreş) 250 metre mesafeden uzak olacak olursa işveren tarafından taşıt sağlanacaktır (Yönetmelik md.13). Emzirme odası ve kreş kurma zorunluluğu bakımından ilgili yerlerin kadın işçiler tarafından kolay ulaşılabilecek konumda kurulmaları değinilen düzenlemelerin amacı gereğidir. Bu itibarla örneğin emzirme odalarının tuvaletlerin yanında kurulması gibi, kadın işçilerin daha kolay ulaşımına müsait mekanlar öncelikle tercih edilmelidir^[37]. Oda ve yurtların bina, kuruluş, döşeme, araç, gereç, taşıt, beslenme gibi giderlerinin tamamı işverence karşılanacaktır (Yönetmelik md.21).

[37] 'New and expectant mothers', <http://www.hse.gov.uk/mothers/index.htm>, 15.03.2017. İşverenin her ne kadar belirli hallerde kreş ve emzirme odası kurma yükümlülüğü bulunmaktaysa da, ilgili yükümlülüğe uymamanın yaptırımını idari para cezasıdır. İdari para cezası, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.26/1-n. bendi uyarınca, aynı kanunun 30. maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine aykırılık nedeniyle verilmektedir. Kanunun ilk şeklinde tüm işyerleri için geçerli aynı düzeyde idari para cezası uygulanmaktayken daha sonra kanunda 2015 yılında 6645 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucu işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve işyerinde çalışan sayısına göre idari para cezası kademeli olarak belirlenmeye başlanmıştır (6331 sayılı kanun md.26/3). Yapılan değişikliklerle birlikte kreş kurma yükümlülüğüne uymayan işverenlere uygulanacak idari para cezası, işyerinin girdiği tehlike sınıfına göre değişecekse de, 2017 yılı için 2.025,00-TL'den başlamakta olup, 4.050,00-TL'ye kadar çıkmaktadır. Söz konusu değişiklik yapılmadan önce asgari standartları sağlamak bile çok yüksek maliyet öngördüğü için işverenlerin

İş Kanununun 74. maddesi ile Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler açısından önemli olanaklar sağlamaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda öngörülen ve işverenlere yüklenen kadın işçilere özgü risk değerlendirilmesi, eğitim verme yükümlülüğü ve sağlık gözetimi yükümlülüğü ile kapsamlı bir korumanın hedeflendiği söylenebilir. Söz konusu önlemler ve işverene yüklenen yükümlülükler riskleri tümüyle ortadan kaldırmayabilecektir, bununla birlikte önemli ölçüde azaltacaktır^[38].

Değinen düzenlemeler kapsamında işverenin risk değerlendirme yükümlülüğü tekrar ele alınacak olursa, işveren doğurganlık yaşında olan kadınları, gebe kalan veya yeni doğum yapan kadınları dikkate alarak çalışma koşulları, fiziki, biyolojik veya kimyasal maddeler bakımından risk değerlendirmesini gerçekleştirmelidir. Gebe kadın işçinin bebeğine zarar verebilecek maddelerle çalışmasına veya sigara içilebilecek ortamlarda pasif içiciliğe karşı korunmasına yönelik gerekli tedbirler alınmalıdır^[39]. Kadın işçinin işvereni gebe olduğu, doğum yaptığı yahut emzirme döneminde olduğu konusunda bilgilendirmesi halinde, işveren derhal risk değerlendirmesini gözden geçirmeli, risklerin mevcut önleyici veya koruyucu önlemlerle ortadan kaldırılamayacağı durumlarda, riskin azaltılması yahut kontrol altına alınması için gereken tedbirleri almalıdır. İş Kanunu md.74'deki sınırlamalar hariç çalışmayı isteyen gebe, yeni doğum yapmış veya emziren kadın işçi yahut bebeği açısından risk değerlendirmesi sonucu ortadan kaldırılamayacağı yahut kontrol altına alınamayacağı tespit edilen risklerin belirlenmesi halinde ise geçici olarak kadın işçinin çalışma koşulları ve çalışma saatlerinin ayarlanması, bu yolla sorunun çözülmemesi durumunda işçiye yapmakta olduğu işe benzer başka bir bölümdeki veya işyerindeki işin teklif edilmesi, bu durumun olanaklı olmaması halinde ise mevzuatımıza göre

kreş kurmaktansa bu konudaki idari para cezasına katlanmayı tercih ettikleri ifade edilmekteydi (<http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/cem-kilic/kres-kurmak-yalnizca-isverene-birakilmasin-1977041/>, 15.03.2017). İdari para cezası miktarının artırılması kısmen söz konusu çekinceyi giderebilecekse de, özellikle az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri bakımından uygulanacak idari para cezası miktarının düşük kaldığı, işverenlerin kreş kurma yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilecekleri halen ileri sürülebilir. Burada belirtilmesi gereken bir husus da işverenin kreş kurma yükümlülüğüne uymaması karşısında işçilerin haklarıdır. İşverenin bu yöndeki yükümlülüklerine uymaması çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına gelecektir. Bu itibarla kadın işçi İş Kanunu md.24/II-f. bendine dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. Yargıtayın bir kararı da bu yöndedir (Y9HD, 14.11.2016, 5175/19971, Çimento İşveren, Cilt:31, Sayı:2, Mart 2017, 28-29).

[38] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 34.

[39] **Wiebauer**, Landmann/Rohmer-GewO I ArbSchG § 4, Rn. 53.

işçiye ücretsiz izin verilerek iş sözleşmesinin askıya alınması gerekmektedir. Bununla birlikte ücretsiz izin verilmesi kadın işçinin ücretinden yoksun kalmasına^[40] yol açacağından, İngiltere'deki yasal düzenlemelerde olduğu gibi iş sözleşmesinin analık hali nedeniyle askıya alınmasına özgü olarak ücretin işveren tarafından ödenmeye devam edeceği öngörülmek suretiyle askıya alınacağına İş Kanunumuzda düzenlenmesi düşünülebilir (İş Sağlığı ve Güvenliğinin Yönetimine dair Düzenleme^[41] md.16/3 – İstihdam Sürecindeki Haklar Kanunu^[42] md.68/1)^[43]. Ayrıca mevzuatımızda açık bir düzenleme olmamakla birlikte askı

[40] Gerçi analık nedeniyle ücretsiz izne ayrılan kadın işçi koşulların varlığı halinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun analık sigortası hükümlerinden yararlanabilecektir (md.15 vd.). Analık sigortasından sağlanan başlıca yardımlar ise geçici iş göremezlik ödeneği ile emzirme ödeneği verilmesidir (md.16). Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı yatarak tedavilerde günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise günlük kazancın üçte ikisi kadardır (md.18/3). Emzirme ödeneğinin miktarı ise yıldan yıla değişmekle birlikte 2017 yılı için 132,00-TL 'dir (<http://www.calismadunyasi.com/emzirme-odeneği>, 22.03.2017). Analık sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Tuncay-Ekmekçi**, 433-441. **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 424-432. **Sözer**, 216 vd. **Alper**, 225-228. **Mutlay**, 317 vd. Görüldüğü üzere analık hali nedeniyle ücretsiz izne ayrılan kadın işçinin gelir kaybı bir ölçüde karşılanabilmekteyse de, yeterli düzeyde değildir. Bu itibarla en azından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.409 hükmünün uygulanması ve işverenin işçinin yoksun kaldığı ücret kaybını hakkaniyete uygun bir şekilde karşılaması gerektiği ileri sürülebilir. Zira ilgili hüküm uyarınca, "Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür". Hükümde işverenin işçinin ücret kaybını karşılaması gereken durumlar sınırlı olarak sayılmamış benzeri hallerde de işverenin söz konusu yükümlülüğünün devam ettiği belirtilmiştir. Dolayısıyla işçinin gebeliği nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alındığı durumlarda işverenin işçinin gelir kaybını hakkaniyete uygun bir şekilde karşılaması gerektiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte öğretide, Türk Borçlar Kanunu md.409'un sadece Borçlar Kanununun kapsamına giren işçiler açısından uygulanabileceği, İş Kanununda gebelik hali dahil TBK md.409'da sayılan durumlarda ücret ödenmeyeceğinin açıkça düzenlenmesinden ötürü, İş Kanununun kapsamına giren işçilerin TBK md.409'dan yararlanamayacağı belirtilmektedir (**Süzek**, 542). Yapılan açıklamalar çerçevesinde iş sözleşmesinin analık hali nedeniyle askıya alınmasına özgü olarak ücretin işveren tarafından ödenmeye devam edeceğinin yasal olarak düzenlenmesi yahut TBK md.409'un kapsamına tartışmaya yol açmayacak şekilde açıkça diğer İş Kanunlarına tabi işçilerin de alınması, kadın işçilerin korunması ve analık halindeki kaygılarının en aza indirilmesi bakımından düşünülmeli gereken bir seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

[41] Management of Health and Safety at Work Regulations 1999.

[42] Employment Rights Act 1996.

[43] 'New and expectant mothers', <http://www.hse.gov.uk/mothers/index.htm>, 15.03.2017.

halinin ortadan kalkması durumunda öğretide^[44] isabetli olarak ifade edildiği üzere iş sözleşmesi kaldığı yerden hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam edecektir. Başka bir deyişle analık hali nedeniyle iş sözleşmesinin İş Kanunu md.74'de öngörülen sürelerle askıya alınmasını gerektiren durumun sona ermesi durumunda da iş sözleşmesi kaldığı yerden aynı koşullarla devam edecektir. Analık hali sona erdiğinde işçinin eski işine veya eski işine denk, aynı düzeyde çalışma koşullarına sahip başka bir işe döneceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte işçinin eski işine yahut eski işine denk, aynı düzeyde çalışma koşullarıyla işine döneceği hususunun İş Kanununda özel olarak düzenlenmesi daha isabetli olacaktır. Nitekim İstihdam, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Koşulları Bakımından Kadın ve Erkeklerle Eşit İşlemede Bulunma İlkesinin Uygulanmasına dair 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 2002/73/EC sayılı Direktifte bu yönde bir düzenlemeye açıkça yer verilmiştir (md.1/2).

c) Kadın işçilere yönelik alınabilecek diğer önlemler

Çoğunlukla kadın işçilerin istihdam edildiği mesleklerde örneğin hemşirelik, temizlikçilik gibi alanlarda kas iskelet sistemi hastalılarının yoğun olduğuna değinilmişti. Her ne kadar araştırmalarda kadın işçiler arasında kas iskelet sistemi hastalıklarının yoğunluğu belirtilse de, genellikle bu hastalıklar meslek hastalıkları arasında yer almamakta, bu hastalıklara yakalanan kadın işçiler soysal güvenlik sistemleri tarafından sağlanan parasal yardımlardan yararlanamamaktadır^[45].

Ülkemizdeki meslek hastalıklarıyla ilgili istatistikler incelendiğinde de, çok sayıda kadın işçinin yakalandığı ancak meslek hastalığı olarak kabul edilmeyen hastalıklardan etkilendiği ve yaşamlarını bu şekilde sürdürmek zorunda kaldıkları sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Ülkemizde bir hastalığın meslek hastalığı olarak tespit edilebilmesi için gerekli olan diğer koşulların yanında ya sigortalıda Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kayıp Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği^[46] EK-2'de yer alan hastalıklardan birine rastlanması, bu hastalığında işçinin gördüğü işin niteliğinden veya yürütüm şartlarından ileri gelmesi gerekmektedir ya da sigortalıda tespit edilen hastalık yönetmelikte yer almasa da meslek hastalığı sayılabilecektir ancak bu durumda yakalanan hastalığının meslek hastalığı olduğunu ispat yükü sigortalıya ait olacaktır. Bu yöndeki teşhisin doktor raporları ve laboratuvar deneyleriyle de doğrulanması

[44] **Süzek**, Askı, 116-117. **Süzek**, 545-546. **Eyrenci-Taşkent-Ulucan**, 162.

[45] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 42.

[46] 11 Ekim 2008 tarih ve 27021 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

gerekmektedir. Yönetmelikte yer almayan herhangi bir hastalığın meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağı hususunda çıkabilecek uyuşmazlıklar ise Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanacaktır^[47]. İlgili yönetmelik EK-2’de titreşim sonucu kemik–eklem zararları vb. bazı hastalıklar, fiziki etkenlerle olan hastalıklar arasında yer almaktadır. Ancak yönetmelik EK-2 listesinde yer alan bu hastalıklar sınırlı sayıdaki bazı çalışma ortamlarıyla alakalı olup, özellikle de erkek işçilerin egemen olduğu sektörlerde ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise tekrar eden hareketler, duruş bozuklukları gibi kas iskelet sistemi hatalıklarının gelişimine neden olabilecek çalışma ortamlarının, yönetmelik EK-2 anlamında meslek hastalığı olarak kabul edilmediği anlamına gelmektedir^[48]. Diğer bir ifadeyle kadın işçi örneğinin satış temsilciliği görevinden dolayı kas iskelet sistemi hastalığına yakalandığı takdirde, bu hastalığın meslek hastalığı olduğunu ispat yükü işçiye ait olacaktır.

Her ne kadar ortaya çıkan hastalığın işçinin yürüttüğü işin sonucu olduğunun ispatı suretiyle bir hastalık meslek hastalığı olarak kabul edilebilecekse de, ülkemizde 2015 yılına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu verilerine göre sadece 510 meslek hastalığı vakasına rastlanmıştır^[49]. Ayrıca incelediğimiz istatistiklerde 2011 yılı ve sonraki yıllarda meslek hastalığından ötürü ölen herhangi bir sigortalının bulunmadığı da tespit edilmektedir^[50]. Diğer bir deyişle Türkiye’de meslek hastalığına yakalanma oranı milyonda 28 ile milyonda 60 arasında seyretmektedir. Halbuki bir ülkedeki meslek hastalığına yakalanma oranının, o ülkenin iş sağlığı alanındaki gelişmişlik düzeyine göre binde 4 ile binde 12 arasında olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu itibarla ülkemizde meslek hastalığına yakalanan çalışan sayısının en az 32 bin ile 96 bin arasında olması gerekmektedir^[51]. Hatta öğretilerde bir görüşe göre Türkiye’deki ortalama çalışma süresi ve esnek çalışmanın yaygınlığı göz önüne alındığında beklenen yıllık meslek hastalığı sayısının 300 bin ve daha fazlasına denk geldiği ileri sürülmektedir. Zira bu görüşe göre dünyada iş kazalarının oranı %44, meslek hastalıklarının oranı ise %56 civarındadır, ancak ülkemizdeki istatistiklere göre iş kazalarının oranı %99,99 iken, meslek hastalıklarının oranı %0,002

[47] **Tuncay-Ekmekçi**, 386-393. **Güzel-Okur-Caniklioğlu**, 352-359. **Sözer**, 315-317. **Alper**, 219-221. **Akdeniz**, 77-81.

[48] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 46.

[49] http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari/, 14.03.2017.

[50] http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari/, 14.03.2017.

[51] **Akdeniz**, 89-90.

(on binde 2) düzeyindedir^[52]. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, dünyadaki meslek hastalıklarıyla ilgili istatistiki verilerle ülkemizdeki veriler uyuşmamaktadır. Bu itibarla meslek hastalıklarının tespiti ve ortaya çıkan parasal kayıpların sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde tazmini açısından yetersiz kaldığımız söylenebilir. Bu çerçevede yapılması gereken temel hususlardan birisi meslek hastalıklarının gerçek oranda tespitini sağlayacak bir sistemin ülke genelinde benimsenmesidir. Bu sayede meslek hastalıklarına yakalanan tüm işçiler açısından uğradıkları zarar bir ölçüde de olsa hafifletilebileceği gibi, meslek hastalıklarına karşı hangi önlemlerin alınabileceği de elde edilecek gerçek düzeydeki veriler sonucu kolaylaşabilecektir. Hiç kuşkusuz ki meslek hastalıklarının gerçek düzeyde belirlenmesi başta kadın işçiler olmak üzere tüm işçilerin korunması açısından önemli bir katkı sağlayacaktır.

Kadın işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin daha etkili bir şekilde sağlanması açısından dikkate alınabilecek diğer bir husus 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamıyla ilgilidir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı oldukça geniş olup, özel sektör ve kamu sektöründeki tüm işlere ve işyerlerine, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere tüm çalışanlara faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanmaktadır. Ancak ev hizmetleri, 6331 sayılı kanunun kapsamı dışında tutulmuştur (md.2/2-c). Ev hizmetlerinin neden kapsam dışında bırakıldığıyla ilgili olarak 6331 sayılı kanunun gerekçesine baktığımızda ise 89/391/EEC sayılı Çerçeve Direktifi ile ulusal ihtiyaçların dikkate alındığı, AB Direktifinin yalnızca silahlı kuvvetler veya mahalli kolluk kuvvetleri (polis, jandarma vb.) gibi belirli özel kamu hizmetlerinde veya direktifin hükümleri ile kaçınılmaz bir şekilde çatışan koruma ve önleme faaliyetleri alanlarında uygulanmadığı ifadeleri karşımıza çıkmaktadır. İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliğinin Geliştirilmesine Yönelik Alınacak Önlemlere ilişkin 89/391/EEC sayılı Direktifte kapsama ilişkin açıklamalar 2. maddede yer almaktadır. İlgili maddede ev hizmetlerinin kapsam dışında bırakılmasıyla ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte direktifin 3. maddesinde işçi, ev hizmetlerinde çalışanlar hariç stajyer ve çıraklar dahil, işveren tarafından istihdam edilen her kişi şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ne 89/391/EEC sayılı direktiften ne de 6331 sayılı kanunun gerekçesinden neden ev hizmetlerinde çalışanların kanun kapsamı dışında tutulduğuyla ilgili net bir açıklamaya ulaşılamamaktadır.

[52] **Özveri**, 87-88, 168-170. Ülkemizde meslek hastalığının gerçek boyutuyla ilgili çok çeşitli tahminlerde bulunulabilmektedir. Yapılan bir hesaplamada da ülkemizde sigortalı olan kişi sayısı temel alındığında tespit edilmesi gereken meslek hastalığı sayısının 72.000 ile 216.000 arasında değişmesi gerektiği, kayıtlı olan kişilere kayıt dışı istihdamda çalışanlarda eklendiğinde tespit edilmesi gereken meslek hastalığı sayısının 110.000 ile 331.000 arasında olması gerektiği ileri sürülmektedir (**Dursun**, 31-32).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulanması bakımından güçlüklerle karşılaşılabilceği düşüncesiyle, ev hizmetlerinde çalışanlar kapsam dışında tutulmuş olabilir. Örneğin ev ortamı nedeniyle risk değerlendirmesinin gerçekleştirilmesinde zorluklarla karşılaşılacaktır, evin risklere göre yeniden düzenlenmesi işveren konumunda bulunan ev sahibinden yahut kiracıdan istenemeyebilecektir^[53]. Halbuki ev hizmetleri kadın işçilerinin yoğun olarak istihdam edildiği işler olup, göçmen kadın işçilerin de genellikle çalıştırıldığı işlerin başında gelmektedir^[54]. Bu itibarla 6331 sayılı kanunun kapsamının tekrar gözden geçirilmesi ve ev hizmetlerinin belki bazı yükümlülükler açısından istisna getirilerek kanun kapsamına alınması kadın işçilerin daha sağlıklı ve güvenli bir işyeri ortamında çalışmasına olanak sağlayacaktır.

Kadın işçilerin iş kazaları ve meslek hastalıkları karşısında korunması açısından dikkate alınabilecek son husus ise kimyasal maddelerle çalışma sınırının belirlenmesiyle alakalıdır. Kadın işçilerde erkek işçilere kıyasla iki kat daha fazla deri hastalıkları görülmektedir. Bu durumun nedeni ise kadınlarla erkeklerin farklı biyolojik yapılarından kaynaklanmaktadır. Zira kadınların vücudu erkek vücuduna göre daha fazla yağ tabakası içermekte olup, kimyasal maddeler genellikle yağ tabakasında çözülür ve depolanır. Bu durum özellikle çözücü maddelerle, temizlik ürünleriyle çalışan kadınların, daha fazla kimyasal maddelere maruz kalmasına sebep olmaktadır. Kimyasal maddelere maruziyet sınırı ise ortalama bir işçi göz önüne alınarak belirlenmektedir. Ortalama işçimiz ise genç, sağlıklı erkek işçidir. Bu itibarla yapılan tetkiklerde kadın işçinin değerleri kimyasal maddelere maruziyet sınırının altında tespit edilse dahi, kadın işçiler açısından tehlikeli değerlerin varlığından söz edilebilecektir^[55]. Mevzuatımıza göre her ne kadar işyeri hekimi gebe çalışanların sağlık gözetimini en geç altı ayda bir defa

[53] Ev hizmetleri, evin gündelik işleyişine ilişkin faaliyetler olarak tanımlanabilir (**Süzek**, 237). Ev hizmetlerinde çalışanlar, ev sahibi veya kiracı için iş görme edimlerini yerine getirir. Ev hizmetlerinde çalışanlar, hizmetçi, aşçı, şoför, çocuk bakıcısı gibi bedeni çalışmaya gerektiren yahut özel hastabakıcı, özel sekreter, özel ders verenler gibi fikri çalışmaya dayanan işleri yerine getirebilirler (**Karadeniz**, 178. **Civan**, 529). Ancak öğretilerde bir görüşe göre ev hizmetlerinin kapsamına evde yapılan her türlü iş girmemektedir. Bu nedenle örneğin evde hastabakıcılık faaliyeti, ev hizmetlerinden sayılmaz (**Mollamahmutoğlu**, 229). Yargıtay da çeşitli kararlarında, evde hasta bakan hemşirenin ve çocuk eğitimcisinin ev hizmeti yapmadığına işaret etmiştir (Y22HD, 02.09.2014, 17890/22670, Y9HD, 05.06.2014, 15697/18318, www.kazanci.com, 15.03.2017).

[54] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 46.

[55] 'Der Schutz Gefährdeter und Atypischer Beschäftigter sollte verstärkt werden', <http://www.bwint.org/pdfs/prioritat7.pdf>, 15.03.2017. **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

olmak üzere periyodik olarak tekrarlayacak, özel politika gerektiren gruplara giren çalışanların, uygun işe yerleştirilmeleri için gerekli sağlık muayenelerini yaparak rapor düzenleyecekse de, yaptığı incelemelerde göz önüne alacağı temel hususlardan biri mevzuatımızda belirlenen sınır değerler olabilecektir. Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik^[56] EK-1'de mesleki maruziyet sınır değerleri tespit edilmiş olup, kadın ve erkek işçiler açısından farklı değerlerin belirlenmediği görülmektedir. Bu itibarla kimyasal maddelerle çalışan kadın işçilere özgü ayrı sınır değerlerin belirlenmesi düşünülebilir. Bu sayede meslek hastalıklarının tespiti daha kolay olabileceği gibi, meslek hastalıklarının önlenmesi açısından daha etkin adımlar atılabilecektir.

3. ÇOCUK VE GENÇ İŞÇİLER

Çocuk ve gençlerin işgücü olarak kullanımı insanlık tarihinin her döneminde var olmakla birlikte özellikle sanayi devrimi sonrasında farklı bir boyuta ulaşmıştır. Sanayi devrimi döneminde büyük bir çocuk ve genç işçi topluluğu doğmuştur. Çocuk ve genç işçilerin çalışma hayatında yer alması ise yaşamları, sağlıkları ve gelişimleri açısından ciddi sorunlara yol açmaktadır^[57]. Diğer bir ifadeyle çocuk ve genç işçiler açısından iş kazalarının önlenmesi veya meslek hastalıklarına yakalanmalarının engellenmesi ayrı bir önem kazanmaktadır. Bununla birlikte ilk tespit edilmesi gereken husus, çocuk ve genç işçi kavramına kimlerin girdiğidir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, 15-24 yaş grubunu genç işçi olarak kabul ederken, 15 yaşın altında aile bütçesine katkıda bulunmak veya yaşamını kazanmak amacıyla çalışanları çocuk işçi olarak nitelendirmektedir^[58]. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesinde^[59] de çalışma yaşamı açısından asgari yaş sınırının zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve her halükarda 15 yaşın altında olmayacağı, ancak ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan üye devletlerin varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebileceği düzenlenmiştir (md.2). Buna karşılık Birleşmiş Milletler'in Çocuk Haklarına

[56] 12 Ağustos 2013 tarih ve 28733 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[57] **Tuğ-Baysal**, 1870.

[58] **İşık Erol**, 21.

[59] Uluslararası Çalışma Örgütü'nün söz konusu sözleşmesi ülkemiz tarafından 23 Ocak 1998 tarih ve 4334 sayılı kanun ile onaylanmıştır.

Dair Sözleşmesinin 1. maddesinde 18 yaşından küçük kimseler çocuk olarak ifade edilmiştir.

Çocuk ve genç işçi tanımındaki yaş kıstası, söz konusu kavramların topluma, kültürlere, sosyal çevreye bağlı olan değişken yapısı nedeniyle, tarihin değişik dönemlerinde toplumlarda farklı şekillenmesine yol açmıştır. Belli bir yaş sınırının altında kalan kişilerin çalışma hayatına katılmalarının önlenmesine yönelik olarak kabul edilen düzenlemeler, bu konudaki hassasiyeti ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle fiziki ve zihinsel gelişme aşamasında bulunan kişilerin, bu gelişimleri için gerekli olan aile, okul, oyun gibi ortamlarda bulunmak yerine, çalışma hayatının ağır koşulları altında ezilmeleri önlemeye ve ileride sağlıklı birer birey olarak toplumda yer almaları hedeflenmektedir^[60]. Bu kapsamda ülkemiz açısından konu ele alındığında dahi farklı yaş sınırlarıyla karşılaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu md.71’de ve bu hükme dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin^[61] 4. maddesinde 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi genç işçi, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi ise çocuk işçi olarak tanımlanmıştır. İş Kanununda (md.71/1) ve ilgili yönetmelikte (md.2) ayrıca 14 yaşını bitirmiş ve ilköğretimini tamamlamış çocukların hafif işlerde çalıştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da genç çalışan, onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır (md.3/1-e). Bununla birlikte Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md.173’de çalışmaya ilişkin alt sınır olarak on iki yaş belirlenmiştir. İş Kanunu kapsamında olmayan işçiler açısından Umumi Hıfzıssıhha Kanunundaki ilgili hükmün uygulanacağı akla gelebilir. Ancak değinilen düzenlemenin uluslararası ve bölgesel standartlara, ayrıca Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilere de uygulanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundaki genç işçi tanımına aykırı olduğu açıktır^[62]. Şu halde ülkemizde en az çalışma yaşının, işçinin İş Kanunu kapsamında olup olmasına bakmaksızın kural olarak 15 yaş olduğu ifade edilmelidir^[63]. Ancak bu yaş sınırına İş Kanunu md.71’de 6645 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu sanat, kültür ve reklam faaliyetleri açısından bir istisna getirilmiştir. Ondört

[60] Şahin, Çocuk İşçi, 24-25.

[61] 06 Nisan 2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[62] Tuğ-Baysal, 1871. Özkaraca-Ünal, 372.

[63] Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile İş Kanunu arasındaki çelişki ve bu çelişkinin ne şekilde çözüme kavuşturulması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; Özkaraca-Ünal, 373-375. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 513.

yaşını doldurmamış olan çocukların da söz konusu faaliyetlerde belirli koşullar altında çalıştırılabileceği düzenlenmiştir^[64].

Ülkemizdeki düzenlemelerden hareket edildiği takdirde sadece 15-18 yaş grubuna giren kişiler çocuk ve genç işçi olarak kabul edilebilecektir. Ancak ileride üzerinde durulacağı üzere çocuk ve genç işçilerin, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren gruplar arasında sayılmasının temel nedenlerinden biri olarak karşımıza çalışma hayatındaki tecrübesizlikleri çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda 15 yaşındaki kişiler çocuk işçi, 16-24 yaş grubunda yer alan çalışanlar ise genç işçi olarak kabul edilmiştir. Bu yöndeki kabul, yukarıda da değindiğimiz üzere Uluslararası Çalışma Örgütü ve ayrıca uluslararası alanda verilen diğer tanımlamalara^[65] da daha uygundur. Diğer bir ifadeyle 15-24 yaş grubunu oluşturan genç nüfus temel olarak ele alınmıştır.

Eurostat 2015 yılı verilerine göre 15-24 yaş grubunun %33'ü, 25-54 yaş grubunun ise %68,2'si çalışma hayatında yer almaktadır^[66]. Dolayısıyla özellikle genç işçiler arasında işsizlik daha yaygın olup, bu durum 15-24 yaş grubu arasında iş bulma baskısının da daha fazla hissedildiğini göstermektedir. Bu nedenle 15-24 yaş grubu arasındaki kişiler, iş bulma kaygısıyla fiziksel açıdan kendi kapasitelerini aşan veya niteliklerine uygun olmayan, hayal kırıklığı yaratabilecek nitelikteki işlerde çalışma eğilimindedirler. 2005 yılında yapılan bir çalışmada genç işçilerin çoğunun otel ve/veya restoranlarda (%22,7) yahut alım-satım işlerinde (%16,3) istihdam edildiği tespit edilmiştir. Değinen sektörlerde de genellikle mevsimlik iş sözleşmeleriyle düşük ücretlerle çalıştırılmışlardır. Bu itibarla 15-24 yaş grubu arasındaki kişilerin çoğunun geçici iş ilişkisi kapsamında veya part-time çalıştırıldığı sonucuna ulaşmak da mümkündür. 2010

[64] Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılan çocuklara çalışma izni verilmesi, yaş grupları ve faaliyet türlerine göre çalışma ve dinlenme süreleri ile çalışma ortamı ve şartlarının, ücretin ödenmesine ilişkin usul ve esasların ayrıca diğer hususların çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır (İş Kanunu md.71/son). Ancak söz konusu yönetmelik henüz çıkarılmamış olup, 'Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik' taslağına erişilebilmektedir (yönetmelik taslağı için bkz.; <http://kastder.org.tr/download/14yas.pdf>, 15.03.2017). İlgili yönetmelik taslağından 12 aylıktan küçük çocukların hiçbir surette çalıştırılmayacağı hususunun kabul edildiği görülmektedir. Ancak daha sonra basında çıkan haberlerden yenidoğan ve 3 aydan küçük bebeklerin hiçbir şekilde çalıştırılmayacağı şeklinde taslak hükmünde değişiklik gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır (<http://www.hurriyet.com.tr/cocuk-oyuncular-icin-bakanliktan-onemli-duzenleme-40217217>, 15.03.2017).

[65] Bu konudaki açıklamalar için bkz.; **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 70. **Sanal**, 6.

[66] <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, 23.03.2017.

yılında yapılan bir araştırmaya göre 15-24 yaş grubu arasında geçici (güvencesiz) istihdam oranının %40 olduğu belirlenmiştir^[67].

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) 2012 yılı verilerine göre ülkemizde 15-17 yaş grubunda yer alan ve iş gücü piyasasında yer alan kişilerin %32,94'ü tarım, %29,61'i sanayi, %37,43'ü ise hizmet sektöründe çalıştırılmaktadır. 15-24 yaş arasındaki genç nüfus ise 2015 yılında 11 milyon 800 bin iken, 2016 yılı Aralık ayında 11 milyon 892 bine çıkmıştır. İstihdam oranı 2015 yılında %34,2, 2016 yılı Aralık ayında %31,6 düzeyinde gerçekleşmiştir. Bununla birlikte diğer yaş gruplarında istihdam oranları çok daha yüksek düzeydedir. TÜİK 2012 yılı istatistiklerine göre 25-34 yaş grubunda yer alan kişilerin %60,6'sı, 35-54 yaş grubundaki kişilerin ise %58,2'si istihdam edilmektedir^[68]. Sosyal Güvenlik Kurumu istatistikleri uyarınca ise 2015 yılında toplam 241.547 iş kazası meydana gelmiş olup, 15-24 yaş grubunda yer alan çalışanların geçirdiği iş kazası sayısı 54.632'ye (%22,61'e) denk gelmektedir^[69]. İş kazası sayısının diğer yaş gruplarıyla kıyaslandığında aynı düzeyde olduğu düşünülebilir, bununla birlikte 15-24 yaş grubundaki kişilerin istihdam oranları, değindiğimiz diğer yaş gruplarına kıyasla çok daha düşüktür. Daha düşük istihdam oranına rağmen geçirilen tüm iş kazalarının %22,61'inden 15-24 yaş grubunda yer alan çalışanlar muzdarip olmuştur. Bu itibarla çocukların ve gençlerin çalışma hayatında kazaya uğrama ihtimallerinin daha yüksek olduğu söylenebilir^[70]. Bu bağlamda çocuklarda ve gençlerde iş kazası ve meslek hastalığına yol açan veya açabilecek risk faktörlerini tespit etmek önem kazanmaktadır.

a) Çocuk ve genç işçilere özgü risk faktörleri

Çocuk ve genç işçiler açısından risk faktörleri benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte fiziksel ve ruhsal olarak gelişme sürecinde olduklarından ötürü risk algıları ve bilinç düzeylerinin erişkinlerinki kadar gelişmemesi, işyerindeki araç-gereç ile işyerine özgü kişisel koruyucu donanımların çocukların boyutlarına uygun olmaması gibi hususlar sadece çocuk işçilere özgü risk faktörleri

[67] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 70-71.

[68] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[69] http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/tr/kurumsal/istatistikler/sgk_istatistik_yilliklari/, 14.03.2017.

[70] **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

olarak nitelendirilebilir^[71]. Değınilen durumlar dışındaki etkenler, hem çocuk işçiler hem de genç işçiler bakımından ortak risk faktörü olarak ele alınacaktır.

15-24 yaş grubu açısından diğer risk faktörlerinin başında genç yaşta birikim özelliği olan kimyasal maddelerle çalışmaya başlamanın yol açacağı sağlık sorunları gelmektedir. Kimyasal maddelerin birikimi nedeniyle ortaya çıkabilecek olan kanser gibi hastalıklar hemen etkisini göstermeyeceğinden ilerideki yaşlarda zararlı sonuçlarını doğurmaktadır. Sadece kimyasal maddeler değil, işyerinde zor vücut pozisyonlarında çalışılması kişilerin ileriki yıllarda kas-iskelet sistemi hastalıkları gibi işle bağlantılı rahatsızlıklara yakalanma ihtimallerini de artırmaktadır. Meslek hastalıkları açısından genç işçilerin geçici sözleşmelerle istihdam edilmelerinin de etkileri olabilmektedir. Genç işçilerin büyük bir kısmı kısa süren dönemler için istihdam edildiğinden, gittikleri işyerine özgü risklere de kısa bir dönem için maruz kalmaktadır. Ancak bazı durumlarda bir hastalığın gelişimi açısından risklere maruz kalınan kısa dönem dahi yeterli olabilmektedir. Hatta çeşitli işyerlerine özgü risklerin birleşimi olarak dahi hastalığın gelişmesi ihtimal dahilindedir. Ancak ortaya çıkma ihtimali olan hastalık birden fazla işyerinde kısa sürelerle çalışmanın bir sonucu olacağından, meslek hastalığı olarak nitelendirilemeyecek, uğranılan zarar istenilen düzeyde karşılanamayacaktır^[72].

Yapılan araştırmalarda ayrıca deneyimli işçilere göre çocuk ve genç işçilerin %40 oranında daha fazla iş kazası geçirme riski altında olduğu belirlenmiştir. Başka bir istatistikte de Avrupa genelinde 18-24 yaş arasındaki çalışanların iş kazası geçirme ihtimalinin diğer yaş gruplarındaki çalışanlara kıyasla %50 daha fazla olduğu saptanmıştır. Zira hem işyerini çok iyi bilmemektedirler hem de işyerine özgü riskleri tanımamaktadırlar. Bir çalışmada da 15-24 yaş grubuna giren işçilerin, uğradıkları iş kazalarının %50'sinin işe başlamalarının ilk 5 ayına denk geldiği tespit edilmiştir. Bu durum genç nüfus bakımından tecrübe eksikliğinin iş kazaları üzerindeki etkisini ve eğitimin önemini göstermektedir. Ayrıca çocuk ve genç işçiler kendilerini kanıtlama çabasıyla riskli davranışlarda bulunmaya yönelebilmektedir. Çalışma arkadaşlarının ve kendilerini denetleyen kişilerin yardımını almaktan, aynı zamanda işyerinde karşılaştıkları zorluklarla ilgili konuşmaktan kaçınabilmektedirler. Bu durumun temelinde deneyimsiz görünmeme isteği ve işini kaybetme korkusu yatmaktadır. Ayrıca uyarı

[71] **şahin**, Çocuk İşçi, 176-177. **alışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

[72] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 73-74. **alışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

işaretleri ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini göz ardı ederek, işin kolayına kaçabilmektedirler^[73].

İstihdam edildikleri sektörler de çocuk ve genç işçilerin bazı risklere daha fazla maruz kalmasına yol açmaktadır. Örneğin çocuk ve genç işçilerin istihdam edildikleri sektörlerin başında oteller, restoranlar, çağrı merkezleri ve kuaförler gelmektedir. Otel ve restoranlarda mutfak araç ve gereçlerinin kullanımı nedeniyle yanma veya yaralanmaya, bar, disco, pub gibi mekanlarda yüksek ses nedeniyle duyma bozukluklarına, sürekli olarak yürümeleri veya ayakta kalmaları nedeniyle kas-iskelet sistemi hastalıklarına daha açık hale gelmektedirler. Kuaförlerde saç bakımı ve boyası için kimyasal karışımların kullanılmasından ötürü deri iltihabı gibi deri hastalıklarına, çağrı merkezi işyerlerinde sürekli oturmaları, uygun olmayan kulaklık kullanımı, zaman baskısı ve zihin yorgunluğu ise kas iskelet sistemi hastalıklarına, kulak-burun-boğaz rahatsızlıklarına, duyma bozukluklarına, tükenmişlik sendromundan muzdarip olmalarına yol açabilmektedir. Ayrıca genç işçilerin büyük bir kısmı da tarım ve sanayide çalıştırılmaktadır. Bu esnada ağır yükler kaldırabilmektedirler, eğitim eksikliği nedeniyle rahatsız edici vücut pozisyonlarında çalışmayı kabul edebilmektedirler. Bu durum dahi gelecekte ortaya çıkacak kas iskelet sistemi hastalıklarının zeminini hazırlamaktadır. Son olarak genç işçilerin aile sorumluluklarının daha az olması, vardiyalı çalışmaya, gece çalışmasına, hafta sonu çalışmasına veya fazla çalışmaya daha eğilimli olmaları sonucunu da beraberinde getirmektedir. Çalışma süreleri bakımından bu tür çalışmayı tercih etmelerinin bir nedeni de normal çalışma saatlerinde elde edilebilecek ücrete kıyasla daha yüksek ücret almalarıdır. Ancak özellikle gece çalışması veya gece dönemine denk gelen vardiya çalışmalarının iş sağlığı ve güvenliği üzerinde etkileri olmaktadır. Gece çalışması konsantrasyonu azalttığı gibi, fiziki ve zihinsel yoğunluğu artırmaktadır. Bu durum ise sindirim sistemi sorunları, uyku bozuklukları, kalp damar rahatsızlıkları gibi sıkıntılara neden olabilmektedir^[74].

Ülkemiz açısından ele alınması gereken bir durumda özellikle çocuk işçilerin sokaklarda çalıştırılması sorunudur. Sokakta çalışan çocukların genellikle yaptıkları işler seyyar satıcılık ve seyyar hizmetlerdir. Seyyar satıcılık kapsamında simit

[73] **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 72-73. **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017. **'Jugendarbeitsschutz / Junge Arbeitnehmer'**, <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Jugendarbeitsschutz/Jugendarbeitsschutz.html>, 16.03.2017. **'New to the job'**, <http://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/new-to-the-job.htm>, 16.03.2017. **Camkurt**, 78-79.

[74] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 74-75.

veya mendil gibi küçük yiyecek ve kullanım eşyasının satımı söz konusuysen, seyyar hizmetler açısından karşımıza ayakkabı boyacılığı, araba camlarını silme, atık madde toplama işi gibi faaliyetler çıkmaktadır. Ancak sokaklarda gerçekleştirilen işler, doğası gereği çocukların ve gençlerin sağlığı üzerinde olumsuz etkide bulunabilmektedir. İlerleyen yaşlarda bu işleri yapan kişilerde astım, bel-sırt ağrısı, iskelet sistemi rahatsızlıkları, nörolojik düzensizlikler, bronşit vb. ciddi sağlık sorunları ortaya çıkabilmektedir^[75].

b) Çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve değerlendirilmesi

Ülkemizde çocuk ve genç işçilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin temelinde kadın işçilerde olduğu gibi Anayasamızın 50. maddesi yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca, “Kimse, yaşına, ... gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ... çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Ayrıca 5982 sayılı kanun ile değiştirilen, Anayasamızın ‘Kanun Önünde Eşitlik’ başlığını taşıyan 10. maddesine göre “Çocuklar, ... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayıl(mayacaktır)”. Söz konusu düzenlemeler uyarınca çocuk ve genç işçilerin iş kazası geçirmeleri ve meslek hastalığına yakalanmalarını önlemek üzere gerekli tedbirlerin kanunlarda ayrı ve özel bir biçimde düzenlenmesi gerekmekte olup, bu yöndeki düzenlemeler eşit işlem ilkesinin ihlali olarak görülemeyecektir.

Kanunlarımıza baktığımızda 4857 sayılı İş Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda çeşitli hükümlerin yer aldığı görülmektedir^[76]. Kanunlarla getirilen koruma; çalışma sürelerinin özel olarak belirlenmesi, belirli işlerde çalışma yasağı getirilmesi, sağlık raporu alma yükümlülüğünün özel olarak düzenlenmesi, çocukların kişisel özelliklerine uygun işlere yerleştirilmesi, dinlenme sürelerinin uzun tutulması şeklinde karşımıza çıkmaktadır^[77]. Koruma getirilirken de başvuru temel yöntemlerden biri yaş sınırı öngörülmesidir. Diğer bir ifadeyle aşağıda değinilecek yasal düzenlemeler, 18 yaşın altındaki kişilere özgüdür. Bununla birlikte daha önce de belirttiğimiz üzere genç işçi kavramına 16-24 yaş arasındaki kişilerin girdiği genellikle kabul gördüğünden, 18 yaşını doldurmuş çalışanlar, mevzuatımızdaki özel düzenlemelerden yararlanamayacaktır.

[75] **İşık Erol**, 29.

[76] Ülkemizde yasal mevzuatın tarihsel gelişimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; **Demir**, 554-563.

[77] **Şahin**, Çocuk İşçi, 182. **Tuğ-Baysal**, 1874.

Çocuk ve genç işçi tanımıyla ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa değinilmişti. Tekrara kaçmamak adına sadece şunu belirtelim, İş Kanunu md.71 uyarınca on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Diğer bir deyişle çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabileceği işler sınırlandırılmıştır. Sınırlamalar hem İş Kanununda hem de yönetmelikte yer almaktadır. İş Kanunu md.72 gereğince, “Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”. İlgili maddede öngörülen yasak mutlak olup, yer altında ve su altında yapılacak tüm işleri kapsamaktadır. Belirli iş türleri için çıkarılmış bir yasak değildir^[78]. İş Kanunu md.73’e göre sanayie ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmıştır. Çocuk ve genç işçilerin hangi işlerde çalıştırılabileceği ve hangi işlerde çalıştırılmayacağı hususu, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ve ilgili yönetmelik ekinde belirtilmiştir. Yönetmelikte öncelikle, hafif iş tanımlanmıştır. Hafif işler, yapısı ve niteliği itibarıyla ve yerine getirilmesi sırasındaki özel koşullara göre, çocukların gelişmelerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali olmayan ve okula devamını, mesleki eğitimini veya yetkili merciler tarafından onaylanmış eğitim programına katılımını ve bu tür faaliyetlerden yararlanmasını engellemeyen işler olarak nitelendirilmiştir (md.4). Ayrıca yönetmelik EK-1’de çocuk işçilerin çalıştırılabilecekleri hafif işler, EK-2’de genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler, EK-3’de 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işler belirlenmiştir^[79].

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu md.173 gereğince de en az çalışma yaşı 12 olarak belirlenmiş olmakla birlikte, md.176’da bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı yasaklanmıştır.

Kanunlarımızda yaş sınırlarıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almasına rağmen ülkemizde 6-14 yaş arasında dahi istihdam edilen çocuk işçilerin varlığına resmi verilerde rastlanmaktadır. TÜİK verilerine göre ülkemizde 2006 yılında 6-14 yaş grubunda yer alan toplam kişi sayısı 11 milyon 378 iken, bu sayı 2012

[78] Tuğ-Baysal, 1876.

[79] Çalışan Genç İşçilerin Güvenliğinin Sağlanmasına İlişkin 94/33/EC sayılı Direktif md.7/2’de de 18 yaşın altındaki kişilerin, radyasyona yoğun bir şekilde maruz kalmanın söz konusu olabileceği, aşırı sıcak veya soğuktan dolayı sağlık risklerinin ortaya çıkabileceği işlerde çalıştırılmasının yasaklanması öngörülmüştür.

yılında 11 milyon 386 bine yükselmiştir. Diğer yaş gruplarına göre istihdam oranı düşük olsa da, 6-14 yaş grubundaki kişilerin istihdam oranı 2006 yılında %2,5, 2012 yılında ise %2,6 düzeyindedir. 2012 yılı istatistikleri uyarınca 6-14 yaş grubuna giren ve istihdam edilenlerin %68,49'u tarım, %13,69'u sanayi, %17,80'i hizmet sektöründe çalıştırılmaktadır^[80]. Kanunen çalıştırılabilecek yaşa ulaşan ancak çalışması yasaklanan işlerde çalıştırılan çocuk ve genç işçilerle ilgili bir istatistiğe ise tarafımızca ulaşılamamıştır. Ancak 6-14 yaş grubundaki kişilerin küçük bir bölümünün bile olsa iş gücü piyasasına girmiş olması, 15 yaşını tamamlamış ama 18 yaşını tamamlamamış olan kişilerin her ne kadar oran tespit edilememekteyse de çalışmalarının yasak olduğu işlerde çalıştırılmakta olduğu kanısını uyandırmaktadır. Dolayısıyla burada ele alınması gereken asıl husus, yaş sınırına aykırılığının yaptırımının ne olacağıdır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında^[81] davacının asgari çalışma yaşından önce işe başlaması halinde, böyle bir iş sözleşmesi yapma olanağı hukuken mümkün olmadığından ötürü iş sözleşmesini baştan itibaren geçersiz saymıştır. Kanunun emredici hükümlerine aykırı bir şekilde yapılan iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalacağı hususu da vurgulanmıştır. Öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere asgari çalışma yaşından önce kurulan iş sözleşmelerini en başından itibaren geçersiz saymak, küçüklerin çalışma sorununa gözlerimizi kapamamız anlamına gelmektedir. Dolayısıyla asgari çalışma yaşına dair öngörülen sınırlamalara aykırı hareket edilmesi halinde iş sözleşmesinin geçersizliği kabul edilmeli, ancak geçersizliğin hüküm ve sonuçlarını, geçersizlik durumunun tespit edildiği tarihten itibaren ileriye dönük olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle işçinin asgari çalışma yaşından önce yapılan sözleşme kapsamında geçen çalışmaları da kıdemine dahil edilmelidir. Aksi durum yasağa aykırı davranan işvereni ödüllendirmek anlamına gelecektir^[82].

[80] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[81] Y22HD, 21.05.2013, 16405/11851, www.kazanci.com, 16.03.2017.

[82] **Özkaraca-Ünal**, 401-403. Türk Borçlar Kanunu md.394/3'de geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri açısından geçersizliğin ileriye dönük hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme öğretide haklı olarak tartışma yaratmıştır. Zira madde metniyle sınırlı kalındığında geçersiz olduğu bilinen kurulan sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz sayılması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise maddenin uygulama alanı oldukça daraltacaktır. Özellikle çocuk ve genç işçilerin durumunda, söz konusu kişilerin çalışmalarının yasak olduğu işlerde yahut yaş sınırını tamamlamadıklarını bildikleri durumlarda kurdukları iş sözleşmelerinin en baştan itibaren geçersiz sayılması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu konudaki tartışmalar ve açıklamalar için bkz.; **Süzek**, 355-360. **Süzek**, Geçersizlik, 135-140. **Doğan Yenisey**, 362-367. **Özkaraca-Ünal**, 385 vd. **Urhanoglu Cengiz**, 223-224.

İş Kanunu md.71'de ayrıca çalışma süreleriyle ilgili kısıtlamalar da getirilmiştir. Sadece günlük veya haftalık çalışma süreleri kısıtlanmamış, her ikisini de kapsayan sınırlamalara yer verilmiştir^[83]. İş Kanunu uyarınca zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten, sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir. Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilecektir (md.71/4-5)^[84].

Yaş sınırına aykırı hareket edildiği takdirde uygulanacak yaptırıma yukarıda değinilmekle birlikte, yaş sınırına aykırılığın bulunmadığı, hukuka uygun olarak çocuk ve genç işçilerle kurulmuş olan iş sözleşmeleri kapsamında hangi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınacağına ilişkin mevzuatımızda öngörülen düzenlemeler üzerinde durmak isabetli olacaktır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda, genç çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların durumunun risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınacağı vurgulanmıştır (md.10/1-ç). Aynı husus İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği md.8/1-ı. bendinde de yinelenmiştir^[85]. Yapılan risk değerlendirmesi özellikle çocuk ve genç işçilerin kişisel özelliklerine uygun işe yerleştirilmelerinde ve genel önlemlerin yanında kanunlarda öngörülme dahi işçiyi gözetme borcu çerçevesinde alınması gereken özel önlemlerin tespitinde belirleyici olacaktır. Bu durum Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte de belirtilmiştir. Yönetmelik uyarınca, “İşverenler çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmamalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin edeceklerdir” (md.5/3). Değinilen madde hükmü, çocuk ve genç işçi çalıştıran işverenlerin risk değerlendirmesi yaparken, işçilerin içerisinde buldukları yaş dönemi itibarıyla taşıdıkları özelliklerin göz önüne

[83] **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017.

[84] Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.6-md.10'da çalışma ve dinlenme süreleriyle ilgili ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

[85] Ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılması yükümlülüğü, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı md.7/9'da öngörülmüştür. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartınının, 27/9/2006 tarihli ve 5547 sayılı kanunla ülkemiz tarafından onaylanması uygun bulunmuştur.

alınmasını gerektirmektedir^[86]. Bu kapsamda çocuk ve genç işçilerin özellikle işe başlamalarından sonra ilk 5-6 aylık dönem, iş kazası geçirme ihtimallerinin daha yüksek olduğu dönem olarak karşımıza çıktığından, risk değerlendirmesi yapıldıktan sonra işçiyle birlikte işyerinde gezilmesi, tehlikelerin kaynağının gösterilmesi (örn: düşme, kayma, vb. nerelerde sık karşılaşılabılır), yahut mümkün olduğu takdirde tehlikelerin ortaya çıkabileceği yerlerin fotoğraflarının verilmesi, basit bir dilin kullanılması isabetli olacaktır^[87].

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.7/1'de ise iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde onbeş yaşını bitirmiş ancak onsekiz yaşını doldurmamış genç çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimler verileceği düzenlenmiştir. Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte de eğitim yükümlülüğüyle bağlantılı düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu yönetmeliğe göre öncelikle işverene bu yükümlülük yüklenmiştir. İşveren çocuk ve genç işçilere, çalıştırmaya başlamadan önce işyerindeki riskler, işe uyum ve kanuni hakları ile işin niteliğine göre gerekli iş başı eğitimlerini vermelidir (md.13). Görüldüğü üzere çocuk ve genç işçilere verilecek eğitimlerin niteliği belirlenirken Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınmalıdır. Bunun dışında eğitimlerin sıklığı ile ilgili ilave bir düzenlemeye rastlanmadığından kural olarak çocuk ve genç işçiler de işyerinin girdiği tehlike sınıf ve derecesine göre Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.6/4'de belirtilen en geç 1-3 yıllık dönemlerde eğitime tabi tutulmalıdır. Ayrıca devlete de bu konuda yükümlülük getirilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı çalışan çocuk ve gençlerle ilgili konularda ailelerin, işçi ve işveren sendikalarının, meslek kuruluşlarının, işverenlerin, toplum ve bireylerin duyarlılaştırılması ve bilgilendirilmesi amacıyla seminer, toplantı, konferans, sempozyum benzeri eğitim programları düzenlemeli, bu amaçla kitap, broşür, dergi vb. yayınları gerçekleştirmeli ve eğitim materyali hazırlamalıdır. Bakanlık tarafından çalışan çocuk ve gençlere yönelik olarak çalışma ilişkileri, iş sağlığı ve güvenliği, yasal haklar ve benzeri konularda eğitim seminerleri düzenlenmelidir. Son olarak Bakanlık çocuk ve gençlerin çalıştırıldığı işyerlerinde ve işlerde, kontrol ve denetim yetkisi bulunan kurum ve kuruluşlarda konu ile ilgili çalışanlara bu konudaki mevcut yasal düzenlemeler ve bunların uygulanması ile gerekli diğer hususlarda eğitim semineri vermelidir (çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasıyla

[86] Şahin, Çocuk İşçi, 183.

[87] 'New to the job', <http://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/new-to-the-job.htm>, 16.03.2017.

ilgili yönetmelik md.14)^[88]. Devlete yüklenen eğitim yükümlülüğü sayesinde çocuk işçiliğinin en kötü biçimleriyle^[89] mücadelede kamuoyunun desteği alınabileceği gibi, işverenler tarafından çocuk yerine yetişkin işgücünün tercih edilmesi gerektiği, aile geçiminin çocuklar yerine ebeveynlerin sorumluluğunda olduğu bilinci toplumda yaygınlaştırılabilecektir^[90].

Eğitim verme yükümlülüğüyle doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte işverene bilgilendirme yükümlülüğü de getirilmiştir. İşveren, çocuk ve genç işçinin velisi veya vasisine, çocuk ve genç işçinin çalıştırılacağı iş, karşılaşılabileceği riskler ve alınan önlemler hakkında bilgi verecektir (md.12/1).

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında da işyeri hekiminin çocuk ve genç çalışanlar için en geç altı ayda bir defa olmak üzere periyodik muayene tekrarlayacağı ve özel politika gerektiren gruplara giren çalışanların, uygun işe yerleştirilmeleri için gerekli sağlık muayenelerini yaparak rapor düzenleyeceği öngörülmüştür (md.9/2/c-3. ve 5. alt bentler). Sağlık gözetimi kapsamında getirilen özel düzenlemeler, çocuk ve genç işçilerin sağlığının yaptığı işe bağlı olarak zarar görüp görmediğini belirleme amacını taşımaktadır. Sağlık muayenesi kapsamında varılan sonuca göre çocuk veya genç işçinin iş görmeye devam

[88] Yönetmelikle getirilen yükümlülükler kapsamında Bakanlık tarafından '30 Soruda Çocuk ve Genç İşçilere Özel Çalışma Koşulları' başlıklı bir el kitabının hazırlandığı görülmektedir (http://www3.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/itkb/dosyalar/yayinlar/yayinlar2013/2011_371, 16.03.2017). Ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik iş müfettişlerine eğitim verilmesi, kimyasalların çalışan çocuklar üzerindeki etkisinin analizi gibi bir dizi program yürütüldüğü de tespit edilmektedir (<http://matrisosgb.com.tr/cocuk-isciler/>, 16.03.2017).

[89] ILO'nun 182 no.lu En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi uyarınca en kötü biçimdeki çocuk işçiliği ifadesi, "çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburi çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibarıyla çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar" (md.3). ILO'nun 182 no.lu sözleşmesinin 25/01/2001 tarihli ve 4623 sayılı kanunla ülkemiz tarafından onaylanması uygun bulunmuştur.

[90] **İşık Erol**, 33.

edip etmeyeceği tespit edilecektir^[91]. Bununla birlikte çocuk ve genç işçilerin sağlıklarının yaptıkları işten olumsuz etkilendiğinin belirlenmesi halinde ne yapılacağı hususu iş hukukunun kendi dinamikleri kapsamında ele alınmalıdır. Zira bu yönde özel bir hükme yer verilmemiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 77 No'lu Gençlerin Tıbbi Muayenesi (Sanayi) Sözleşmesi^[92] gereğince sağlıklarında bozulma tespit edilen çocuklar ve gençlere ilişkin olarak mesleki rehberlik ve rehabilitasyon dahil her türlü önlemi alma konusunda üye devletlere yükümlülük getirilmiştir. Bu çerçevede işverenin yapması gereken ilk husus işçiyi gözetme borcu gereği, çocuk veya genç işçiye sağlığına uygun bir iş vermesidir. Ancak işverenin işçiye uygun bir iş vermemesi veya verememesi halinde, çocuk işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu md.24/I-a bendine dayanarak yani sağlık sebepleri nedeniyle feshedebileceği öğretide isabetli olarak belirtilmektedir^[93]. Ayrıca çocuk ve genç işçilerin sağlığına zarar verecek iş karşısında sahip oldukları diğer haklar arasında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği çalışmaktan kaçınma veya iş sözleşmesini fesih hakkı yer almaktadır (md.13). Ancak çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığına bağlı olduğundan, bu hakkın kullanımı sınırlı hallerde söz konusu olabilecektir^[94].

[91] **Tuğ-Baysal**, 1878.

[92] Söz konusu sözleşmenin, 16.08.1983 tarih ve 2878 sayılı kanunla ülkemiz tarafından onaylanması uygun bulunmuştur.

[93] **Centel**, 195. **Bakırcı**, 277. **Şahin**, Çocuk İşçi, 187. **Aykaç**, 376.

[94] **Şahin**, Çocuk İşçi, 187. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı açısından aranan ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması ve ayrıca 6331 sayılı kanun md.13/1'deki usulün işletilmesi zorunluluğunun, iş sözleşmesini fesih hakkının kullanımı açısından da aranıp aranmayacağı konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre iş sözleşmesini fesih hakkını kullanmak isteyen işçinin, iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi ve yakın bir tehlikeyle karşılaşması durumunda önce iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmesi, gerekli tedbirlerin alınmaması halinde iş sözleşmesini feshetme yoluna gitmesi gerekmektedir (**Sarıbay Öztürk**, 199). Ancak bu yöndeki bir yorum iş sözleşmesini fesih hakkının kullanılmasını anlamsızlaştıracaktır. Zira çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına yönelik koşulların iş sözleşmesini fesih hakkına da uygulanması halinde, işçilerin zaten koşullarını sağladığı çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması çok daha mantıklı olacaktır. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması halinde herhangi bir süre sınırı bulunmadığından gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıncaya kadar bu hak kullanılabilirliğinden ve ayrıca çalışmaktan kaçınan dönemde de ücretle hak kazanıldığından (6331 sayılı kanun md.13/2), iş sözleşmesini fesih hakkına başvurulması gereği ortadan kalkmaktadır. Nitekim iş sözleşmesini fesih imkanının tanınmasının temel gerekçesi sağlık ve güvenlik tedbirlerinin alınmadığı bir işyerinde işçinin çalışmaya zorlanamamasıdır. Bu itibarla öğretideki diğer görüş kanaatimizce iş sözleşmesini fesih hakkının kullanımına yönelik çok daha isabetli bir sonuca varmaktadır. Bahse konu öğreti

c) Çocuk ve genç işçilere yönelik alınabilecek diğer önlemler

Çocuk ve genç işçiler açısından ayrıntılı düzenlemeler mevcutsa da, söz konusu düzenlemeler 18 yaşın altındaki kişileri kapsamına almaktadır. 18 yaşın üstündeki kişiler ise hukuken kural olarak ayırt etme gücüne sahip, ergin (reşit) ve kısıtlı (mahcur) olmayan kişiler olarak görüldüğünden, çocuk ve genç işçilere özgü özel koruyucu düzenlemelerden yararlanamamaktadırlar. Halbuki genç nüfusu 15-24 yaş grubuna giren kişiler olarak kabul ettiğimizden ötürü, 18 yaş ile 24 yaş arasındaki kişilerinde sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürebilecek zararlı maddelere ve çalışma biçimlerine karşı korunma ihtiyacı içinde oldukları göz önüne alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle çocuk ve genç işçilere yönelik mevcut yasal düzenlemelerin kapsamının genişletilmesi ve 24 yaşına kadar olan kişilerin de koruyucu düzenlemelerden bir ölçüde de olsa yararlanabilmelerine imkan tanınması isabetli olacaktır^[95]. 18-24 yaş grubunda yer alan işçiler için çocuk ve genç işçilere özgü tüm sınırlamaların aynen uygulanması değil, ancak örneğin yer altı veya su altında yapılan bazı işler açısından 24 yaşın üstündeki işçilere kıyasla sağlık denetiminin sıklığının artırılması, daha yoğun bir denetim yükümlülüğünün getirilmesi gibi ihtimaller üzerinde de durulabilir.

Değinilmesi gereken diğer bir konu da çocuk ve genç işçilerin çalıştırıldıkları sektörlerin bir kısmının Türk Borçlar Kanununun kapsamına girmesiyle ilişkilidir. Bu gibi durumlarda Umumi Hıfzıssıhha Kanunu uygulama alanı bulabilecektir. Dolayısıyla hukukumuzda her ne kadar asgari çalışma yaşının 15 yaş olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktaysak da, bu gibi hallerde İş Kanununda öngörülen yaş sınırlarının anlamını yitirdiği de savunulabilir^[96]. Dolayısıyla hangi kanun kapsamında olduğuna bakılmaksızın asgari çalışma yaşı ve çeşitli sektörlerle ilişkin yaş sınırları tekrar düzenlenmelidir. Yeknesak düzenleme sayesinde ülkemizdeki tüm çocuk ve genç işçiler aynı düzeyde korumadan yararlanabileceklerdir^[97].

görüşü uyarınca işçiler 6331 sayılı kanun md.13/1'deki prosedürü işletmeksizin de iş sözleşmesini tabi olduğu kanun hükümleri, örneğin İş Kanunu kapsamındaysa md.24/2-f. bendi gereğince haklı nedenle derhal feshedilebilecektir. Diğer bir ifadeyle işçilerin derhal fesih hakkının kullanımı, ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunmasına yahut 6331 sayılı kanun md.13/1'de yer alan prosedürün işletilmesine bağlı olmamalıdır. Ancak işçinin tek başına gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı yönünde varacağı yanlış bir tespit hak kaybına yok açabileceğinden, imkanın varlığı halinde 6331 sayılı kanun md.13/1'de yer alan prosedürün işletilmesi daha lehe olacaktır (**Baycık**, 121).

[95] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 13.

[96] **Işık Erol**, 33.

[97] **Özkaraca-Ünal**, 404.

4. ENGELLİ İŞÇİLER

Özürlülük-özürlü, engellilik-engelli, sakatlık-sakat kavramları her ne kadar iş ve sosyal güvenlik hukukunda aynı anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktaysa da, terminolojide bir karışıklık söz konusudur^[98]. İş ve sosyal güvenlik mevzuatında da son yıllarda engelli deyiminin kullanıldığı görülmektedir. Nitekim İş Kanununun 30. maddesinde geçen özürlü ibaresi 2013 yılında 6462 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucu, engelli ibaresiyle değiştirilmiştir. Bu itibarla farklı kavramlar kullanılmaktaysa da, tarafımızca engelli işçi kavramı tercih edilmiştir. Ancak yine de engelli kavramıyla neyin kastedildiğinin belirlenmesi sorunu gündeme gelmektedir.

Engelli tanımıyla ilgili olarak uluslararası hukuk metinlerinden yararlanılabilir. Uluslararası metinlerden özellikle Birleşmiş Milletler'in Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmesi^[99] ön plana çıkmaktadır. İlgili sözleşme uyarınca engelli kavramı, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri ifade etmektedir (md.1/2).

Mevzuatımıza baktığımızda ise 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun hükümleri kapsamlı bir tanım içermektedir. İlgili kanun uyarınca, fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeydeki kayıplarından dolayı topluma diğer bireylerle birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey, engelli olarak kabul edilmiştir (md.3/1-c)^[100]. Öğretide engelli kavramıyla ilgili bir tanım verilmemesi gerektiği, bunun yerine sosyal model kapsamında ayrımcılık üzerinde durularak

[98] Ünal, 9.

[99] Söz konusu sözleşmenin 03.12.2008 tarihli ve 5825 sayılı kanunla ülkemiz tarafından onaylanması uygun bulunmuştur. Engellilerle ilgili düzenleme içeren diğer başlıca uluslararası hukuk metinleri arasında Birleşmiş Milletlerin Engelli Kişilerin Hakları Üzerine Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Bildirisi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme yer almaktadır.

[100] Aynı yöndeki tanıma 06 Nisan 2016'da yasalaşan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu md.2/1-f'de de yer verilmiştir. Engelli tanımının bulunduğu diğer bir düzenlemede, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında yönetmeliktir (25 Nisan 2009 tarih ve 27210 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır). Yönetmelik kapsamında doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenler engelli sayılmıştır (md.3/1-e).

engellilere yönelik ayrımcılığın tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu sayede dar kapsamlı bir engelli tanımı yapılması yerine ayrımcılık uygulamalarının kişi bakımından kapsamının belirlenmesi sağlanabilecektir^[101]. Söz konusu görüş isabetlidir. Zira örneğin kalp hastalığından muzdarip olan bir işçi, ofis ortamında günlük işlerini yapma bakımından büyük bir sıkıntı çekmeyecekse de, sıcaklık değişiminin sık sık gerçekleştiği, ağır yüklerin kaldırılmasının söz konusu olduğu veya psikolojik stresin mevcut olduğu işler bakımından diğer işçilere kıyasla özel olarak korunması gerekebilecektir^[102]. Bu çerçevede her ne kadar mevzuatımız gereği Engelliler Hakkında Kanun hükümleri kapsamında işçinin, engelli işçi olup olmadığı belirlenecekse de, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla somut olayın özelliği ile işçinin durumunun göz önüne alınması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünya nüfusunun yaklaşık %10'unun engelli olduğu tahmin edilmektedir^[103]. Ülkemizde ise Türkiye İstatistik Kurumu verileri uyarınca 2002 yılında engelli oranının toplam nüfusun %12,29'una denk geldiği belirlenmiştir^[104]. Engellilik nedenleri kaza, hastalık, genetik veya kalıtsal bozukluk, gebelikte ve doğum sırasında yaşanan problemler, bilinmeyen nedenler olarak sıralanabilir. Söz konusu engellilik nedenleri arasında kazaların oranı 2010 yılı istatistiklerine göre %9,6'dır^[105]. Yapılan çalışmalara göre engelli bireylerin çalışma hayatına girmesi, özellikle psikiyatrik hastalıkları olan engelliler açısından manevi tatmin, kendi kendine yetme duygusu sağlamak ve böylece tedavilerine de katkıda bulunmaktadır. Ancak engellilerin, herhangi bir engeli olmayan insanlara göre işsiz olma ihtimalinin 3 kat daha fazla olduğu ifade edilmektedir^[106]. Engelli istihdam oranları ülkeden ülkeye değişmekteyse de, 2002 yılı verilerinde Türkiye'de engelli bireyler arasında iş gücüne katılım oranının %21,71 olduğu tespit edilmiştir. İşsizlik oranı %15,6 düzeyinde görünmekteyse de, işgücüne dahil olmayan nüfus oranı %78,29'dur^[107].

Engelli istihdam oranlarının artırılması için çeşitli sistemler geliştirilmektedir. Bu yöntemler, zorunlu kota yöntemi (zorunlu engelli çalıştırma yükümlülüğü),

[101] Ünal, 33.

[102] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 62.

[103] Kutal, 383. Ünal,2. Makas,5.

[104] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[105] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[106] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 60.

[107] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

taahhüt (seçilmiş iş) yöntemi^[108], korumalı işyeri uygulaması, işverenlere engelli işçi çalıştırmalarına karşılık tazminat niteliğinde bir ödeme yapılması, ayrımcılığa yönelik mevzuatın oluşturulması ve engelliler için özel hakların tanınması^[109] olarak sıralanabilir^[110]. Bu yönde zorunlulukların getirilmesinin temel nedeni işverenlerin işyerinde engelli çalıştırmak istememesinden kaynaklanmaktadır. Zira engellilerin üretime katılması sırasında sağlıklı kişilere göre ek bazı masraflarının olacağından veya engellilerin iş kazası geçireceklerinden çekinmektedirler^[111]. Bu itibarla özel risk grupları arasında neden engellilerin sayıldığına ilişkin tespiti ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında hangi önlemlerin alınabileceğinin belirlenmesi için engelli çalışanların risk faktörlerinin değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

a) Engelli işçilere özgü risk faktörleri

Engelli işçi deyiimi, yukarıda da değindiğimiz üzere çok geniş bir kitleyi kapsamakta olup, her bir özür türüne göre iş sağlığı ve güvenliği sorununun ayrıca ele alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira engelli olmayan işçilere göre engelli işçilerin karşılaştıkları riskler, engelli sayılmalarına neden olan vücut özrünün dayanma sınırının daha düşük olmasından yahut fiziksel engelli olan işçilerde olduğu üzere özrün etkilemediği organlara daha fazla yüklenilmesinden kaynaklanabilir. Ayrıca engellilik ile mesleki risklerin birleşimi de bir risk faktörü oluşturabilir^[112]. Bu itibarla örneğin bedensel veya zihinsel bir engellinin çalıştığı işyerinde ortam koşulları uygun olmayacak olursa, engelli işçilerin iş kazası geçirme ihtimalleri diğer işçilere kıyasla daha yüksek olacaktır. Görme özürlü bir çalışanın uyarı sinyallerini görmemesi, işitme özürlü olan bir işçinin uyarı sinyallerini duymaması, çalışma ortamında risk yaratacaktır^[113].

[108] Örneğin İngiltere’de 1995 yılında yapılan kanun değişikliğine kadar otopark beççiliği ile yolcu asansör görevliliği yalnızca sakat olan kimselere tanınmış mesleklerdendi. İtalyan Hukukunda ise telefon santral memurluğu, masörlük ve masör-fizyoterapistlik ayrılmış iş olarak kabul edilmiştir (Uşan, 90).

[109] Tanınabilecek özel haklar arasında ücretlerde vergi indiriminin sağlanması, ek tatil hakkı tanınması, iş sözleşmesinin feshinde özel bir güvencenin getirilmesi sayılabilir (Uşan, 89).

[110] Makas, 5. Uşan, 89-91. Kutal, 395-396. Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 64. Boyraz, 11.

[111] Kutal, 391.

[112] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 11, 64.

[113] Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

Engelli işçiler açısından diğer bir risk faktörü ise özellikle istihdam edilme biçimleriyle ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır. Çoğu engelli işçi, düşük ücretle istihdam edilmekte olup, ya nitelik gerektirmeyen işlerde ya da part-time iş sözleşmeleriyle çalıştırılmaktadır. Bu durum engelli işçinin yaptığı iş üzerinde genellikle söz hakkının olmamasına, daha monoton ve birbirini takip eden işleri gerçekleştirmesine, çalışma süresini ve dinlenme aralıklarını belirleme olanağının olmamasına yol açmaktadır. Dolayısıyla ister nitelik gerektirmeyen işlerde ister part-time iş sözleşmesiyle çalıştırılsınlar, her iki durumda engelli işçilerin iş sağlığı ve güvenliği üzerinde olumsuz etkide bulunmaktadır^[114]. Engelli işçiler bakımından son risk faktörü ise engelli işçilerin kaza geçirdikten yahut uzun süreli bir hastalık dönemini (işle bağlantılı olsun veya olmasın) atlattıktan sonra işe döndüklerinde geçici veya kalıcı olarak iş görme kapasitelerinin azalmasıdır. Özellikle ruh ve sinir hastalıklarının bir kısmında olduğu üzere, geçirilen hastalık ulusal sosyal güvenlik sistemlerinde genellikle engelli sayılma için gerekli tanıma uymadığından, işçilerin iş görme kapasiteleri azalmasına rağmen kendilerinden eskiden olduğu gibi aynı düzeyde ve verimde iş yapmaları beklenmektedir. Kendilerine yönelik beklenti düzeyinin yüksek olması, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından daha büyük bir risk altına girmesine sebep olmaktadır^[115].

[114] Mevzuatımız kapsamında engelli işçilerin iş ilişkisi kapsamında ayrımcılığa uğramasının önüne geçmek üzere çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Engelliler Hakkında Kanun md.14/2 uyarınca, “İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz”. Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik md.17’de de ayrımcılık yasağı kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu hükümleri çerçevesinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır (md.3/2).

[115] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 66-67. Mevzuatımız gereğince ruhsal sorun yaşayan bireylerden yalnızca kronik sorunlar yaşayanlar engelli sayılmaktadır. Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliği (03 Ağustos 2013 tarih ve 28727 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır) uyarınca kimlerin malul sayılacağı belirlenirken yönetmeliğin ekinde yer alan hastalık listesi dikkate alınmaktadır (md.9, md.10, md.11). Yönetmelik ekinde yer alan listede psikiyatrik rahatsızlıklar arasında tedaviye rağmen çalışma olanağı vermeyen şizofreni ve alt tipleri, tedavi ile işlevselliği düzelmeyen ve çalışma olanağı vermeyen psikotik özellikli kronik obsesif kompulsif bozukluk, kronik travma sonrası stres bozukluğu ve komorbiditesi, yaygın gelişimsel bozuklukları gibi hastalıklar yer almaktadır. Dolayısıyla geçici depresyon gibi akut durumlar engelli sayılmaya imkan vermemektedir, engellilere sağlanan ayrıcalıklardan, haklardan ve destek mekanizmalarından faydalanmak mümkün olmamaktadır. Halbuki akut ruhsal sorun yaşayan bireylerin de her ne kadar engelli statüsüne dahil edilemeseler dahi yaşamın her alanında (eğitim, istihdam vb.) desteklenmeleri gerektiği hususu göz ardı edilmemelidir (Yılmaz, 3).

b) Engelli işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve değerlendirilmesi

Kadın, çocuk ve genç işçiler gibi engelli işçiler açısından da yasal düzenlemelerin dayanağını Anayasamızın 50. maddesi oluşturmaktadır. İlgili hüküm gereği, "... bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korun(malıdır)".

Engelli işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından hangi özel düzenlemelerin bulunduğu konusunda ise 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa bakılmalıdır. İşverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünün düzenlendiği 10. maddede risk değerlendirmesi yapılırken engelli işçilerin durumunun dikkate alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Aynı husus İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği md.8/1-1. bendinde de vurgulanmıştır. Usulüne uygun risk değerlendirmesi yapıldığı takdirde, engelli işçilerle herhangi bir engeli olmayan işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından karşılaştıkları risklerin aynı düzeyde olacağı belirtilmektedir^[116]. Engelli işçiler açısından risk değerlendirmesi kapsamında hangi önlemlerin alınacağı konusunda ise Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte^[117] yer alan düzenlemeler yol gösterici bir nitelik taşıyabilir. Korumalı işyerlerinde çalışacak engelli bireylerin en az % 40 oranında zihinsel veya ruhsal engelli olması gerektiği düzenlenmişse de, daha önceki yönetmelikte^[118] en az %40 oranında zihinsel, ruhsal-duyusal ve davranışsal özrürlük olmak veya diğer özür gruplarından ise %60 ve üzeri özrürlük olmak koşulu bulunmaktaydı. Başka bir ifadeyle 2013 yılında yürürlüğe giren yeni Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin sadece belirli bir nedenden dolayı engeli var olan kişileri kapsadığı, tüm engelli bireyleri kapsamına almadığı söylenebilir. Bununla birlikte 2013 yılında yürürlüğe giren Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelikte öngörülen risk değerlendirmesinde dikkate alınabilecek hususlar, tüm engelli işçiler açısından yapılacak risk değerlendirmelerinde göz önüne alınabilecek niteliktedir.

Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca korumalı işyerinde yangından korunma için yeterli sayıda yangın söndürme cihazı ve malzemesi, sesli ve ışıklı alarm sistemi ile engelli bireylerin kullanımına uygun yangın tahliye sistemi bulundurulmalı, korumalı işyerinde elektrik anahtarı, priz, lamba gibi elektrikli aletler, kesici delici aletler ile yanıcı ve yakıcı maddelerin engelli bireyler için tehlike oluşturmasını önleyecek tedbirler alınmalı, korumalı

[116] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 65.

[117] 26 Kasım 2013 tarih ve 28833 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[118] 2006 yılında yürürlüğe girmiş olan ve 2013 yılında yürürlükten kalkan korumalı işyerleri hakkındaki önceki yönetmelik, 30 Mayıs 2006 tarih ve 26183 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

işyerlerinde merdivenlerin genişliği ve yüksekliği iniş ve çıkışlarda kolaylık sağlayacak şekilde olmalı, emniyet korkulukları bulunmalı, tekerlekli sandalye kullananlar için girişte ve katlarda rampalar olmalıdır (md.11). Nitekim Engelliler Hakkında Kanunda da yapılara engellilerin erişilebilirliğinin sağlanması için planlama, tasarım, inşaat, imalat, ruhsatlandırma ve denetleme süreçlerinde erişilebilirlik standartlarına uygunluk sağlanması hususu da öngörülmüştür (md.7/1). Bu itibarla ilgili yönetmelik ve Engelliler Hakkın Kanun hükümleri kapsamında işyerinin yapısı açısından makul nitelik taşıyan önlemler, engelli işçi istihdam eden tüm işyerlerinde alınmalıdır. Engelliler Hakkında Kanun çerçevesinde işverenlere engelli işçiler bakımından gerekli önlemleri alma hususu bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Engelliler Hakkında Kanunun ilgili hükmü uyarınca, “Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur” (md.14/4). Belirtilen haller dışında çalışma saatlerinin engelli işçiye uyarlanması, gerektiği takdirde tedavisi için izin verilmesi, engelli işçiye uygun kişisel koruyucu donanım sağlanması veya mevcut kişisel koruyucu donanımların engelli işçiye uygun hale getirilmesi gibi hususlar da, engelli işçilerin işyerinde karşılaştıkları riskleri en aza indirmeye yardımcı olacaktır^[119]. Değinilen önlemler işyerinde insan unsurunun dikkate alınmasının bir yansıması olup, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınırken gerekli olduğu takdirde işçilerin bireysel özelliklerinin göz önünde bulundurulması gereğinin bir sonucudur^[120].

Çalışma süreleri dahil gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de vurgulanmıştır. Yönetmeliğe göre, “İşverenler, işyerlerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmalarını için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar. Uygun koşulların varlığı halinde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatleri iş kanunlarında belirtilen sürelerden az olmamak koşuluyla, engellinin durumuna göre belirlenebilir” (md.18).

Değinilen düzenlemeler ve işyerinde alınacak önlemlerin çoğu işverene ayrı bir yük getirmeyecektir. Ayrıca engelli işçiye özel bir bilgisayar, sandalye veya oturacağı ayrı bir yer tahsisi güç sorunlar olarak görülmemelidir. İşverenin her

[119] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 65.

[120] Kabakcı, 75.

bir engelli işçi için ayrı ayrı risk değerlendirmesi yapmasına da gerek yoktur. İşveren mevcut risk değerlendirmesi kapsamında yapılan tespitler ve alınan önlemlerin engelli işçilerini de kapsayıp kapsamadığını gözden geçirmeli, duruma göre engelli işçiler açısından ilave önlemler almalıdır. Bu konuda bazı örnek vakalara da değinilebilir. Akıl hastalığı olan bir işçinin işyerine tekrar dönmek istediği bir olayda, işveren işçisinin işle bağlantılı strese maruz kalmasını önlemek üzere öncelikle tam süreli çalışmaya geçişe işçisi hazır oluncaya kadar haftada 3 günlük bir çalışma düzeni hazırlamış, işçisiyle açıkça konuşarak ihtiyaçlarını belirlemiş ve çalışma arkadaşlarının hastalığı hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamak üzere işçinin çalışma arkadaşlarının ve müdürünün akıl sağlığı konusunda bilinçlenme eğitimine katılmasını sağlamıştır. Başka bir olayda da bir itfaiyeci insüline bağlı diyabet hastası olup, işyeri hekimi işçisine özgü ayarlamaların yapılmasını sağlamıştır. Yapılan ayarlamalar işçinin kullanacağı acil durum taşıtlarına sınırlamalar getirilmesi, sağlık gözetimi bakımından diğer işçilere kıyasla daha sıkı bir denetimin öngörülmesi ve insülini saklayacağı bir buzdolabının, soğutucunun sağlanmasıdır^[121].

Ülkemizde engelli işçiler açısından işyerlerinde onların ihtiyaçlarını gözetim düzenlemelerin ve uyarlamaların yapılıp yapılmadığıyla ilgili çeşitli veriler mevcuttur. Yapılan bir çalışmaya göre bağımlı çalışan engelli işçilerin %67,8'i işyerinin fiziki şartlarının uygun olmadığını beyan etmektedir^[122]. Türkiye İstatistik Kurumunun 2010 yılı verilerine göre de engelli işçilerin %55,7'si ağır fiziksel iş ve güç gerektirmeyen işlerde çalışmayı, %33,3'ü sağlık problemleri nedeniyle çalışma zamanı içinde daha fazla kısa molalar kullanmayı, %27,6'sı yarı zamanlı (part-time) işlerde çalışmayı, %16'sı tedavi için yılda ilave 30 günden fazla izin kullanmayı, %10,7'si ise işleri gerçekleştirirken özel destek ve ekipmanlar kullanmayı talep etmektedirler^[123]. Engellilerin söz konusu ihtiyaçları karşılanırken ve bu kapsamda risk değerlendirmesi yapılırken hangi hususların dikkate alınacağı hususuna yukarıda değinilmiş olup, belirtilen önlemlerin işyerlerinde alınması sadece engelli işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına değil, aynı zamanda engelli işçilerin istatistiklerde de belirlendiği üzere ihtiyaçlarının karşılanmasına da yardımcı olacaktır.

Engelli işçilerin iş sağlığı ve güvenliğine özgü diğer düzenlemeler Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

[121] 'Health and safety for disabled people', <http://www.hse.gov.uk/disability/index.htm>, 18.03.2017.

[122] Boyraz, 12.

[123] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

(md.7/1) ile İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır (md.9/2/c-5)^[124].

Doğrudan iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olmamakla birlikte engellilerin doğru işyerlerinde ve doğru işlerde çalışmasına yönelik devlete de çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Devlete yüklenen görevlerin gerektiği şekilde yerine getirilmesi, engelli bireylerin kendilerine uygun işlerde çalıştırılmaları hiç kuşkusuz ki, engelli işçilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Engelliler Hakkında Kanun gereği “Engellilerin iş gücü piyasası ve çalışma ortamında sürdürülebilir istihdamı için kendi işini kurmaya rehberlik ve mesleki danışmanlık hizmetlerinin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere gerekli tedbirler alınır” ifadesi yer almaktadır (md.14/1). Ayrıca Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de Türkiye İş Kurumu, mesleklerin gerektirdiği nitelik ve şartlar ile engellilerin özelliklerini göz önünde bulundurarak, bu kişilerin istek ve durumlarına en uygun iş ve mesleği seçmesine olanak tanımakla, seçtiği meslekle ilgili eğitim imkânlarından yararlandırma, işe yerleştirme ve işe giriş süreciyle ilgili mesleki eğitim, danışmanlık ve rehabilitasyon programları düzenlemekle veya işyerinde mesleki eğitim programları uygulamak veya uygulamakla, ayrıca iş danışmanlığı hizmeti vermek veya verdirmekle görevli kılınmıştır (md.12/1).

c) Engelli işçilere yönelik alınabilecek diğer önlemler

Engelliler Hakkında Kanun md.14/1’de “Engellilerin iş gücü piyasası ve çalışma ortamında sürdürülebilir istihdamı için kendi işini kurmaya rehberlik ve mesleki danışmanlık hizmetlerinin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere gerekli tedbirler alınır” ifadesi yer almaktadır. Ayrıca Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte de Türkiye İş Kurumuna engellilerin istihdamıyla ilgili çeşitli görevler verilmiştir (md.12/1). Bir üstteki başlıkta Türkiye İş Kurumuna verilen görevlere değinildiğinden, tekrara kaçmamak adına söz konusu görevlerin neler olduğu belirtilmeyecektir. Ancak ifade edilmelidir ki, kanunda ve yönetmelikte yer alan devletin söz konusu yükümlülükleri oldukça önemliyse de, devletin rehberlik ve danışmanlık görevinin muhatabının engelli bireyler olduğu anlaşılmaktadır. Devlete yüklenen görevlerin gerektiği şekilde yerine getirilmesi, engelli bireylerin kendilerine uygun işlerde çalıştırılmaları hiç kuşkusuz ki, engelli işçilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanmasına katkıda

[124] İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte açıkça engelli işçiler ifadesine yer verilmemişse de, md.9/2/c-5. alt bentte özel politika gerektiren gruplar ifadesine yer verildiğinden, bu ifadenin engelli işçileri de kapsadığı belirtilmelidir.

bulunacaktır. Bununla birlikte rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin tek taraflı olarak düşünülmemesi, aynı hizmetin işverenlere de sağlanması yerinde olur. Zira engelli işçilerle ilgili en önemli sorunlardan biri farklı özür gruplarının bulunması ve her özür grubuna ilişkin olarak farklı önlemlerin alınması gerekliliğidir. Bu nedenle engelli işçilerin işyerine uyumunun sağlanması ve işyerinde hangi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınabileceğine ilişkin olarak devlet tarafından işverenlere yönelik de rehberlik hizmeti sunulması isabetli olacaktır^[125].

5. GÖÇMEN (YABANCI) İŞÇİLER

İnsanların göç etmesi, ekonomik ve sosyal sistemlerde meydana gelen gelişmelere, bireylerin kendi kişisel beklentilerine dayanabilmektedir. Göç, kendi içerisinde iç göç ve dış (uluslararası) göç olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmakla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren göçmen işçilerle kastedilen dış göç kapsamında kalmak, çalışmak ya da yerleşmek amacıyla, bir ülkeden başka bir ülkeye gelen kişilerdir^[126]. Son yıllarda ülkemiz büyük bir göç olgusuyla karşı karşıyadır. Nitekim günümüzde soğuk savaş döneminin ardından tekrar sıcak savaş dönemine girilmesiyle birlikte, özellikle savaş ve etnik-dini çatışmalardan kaynaklanan göç hareketi çok yaygınlaşmış olup, bu durum ülkemizi yakından etkilemektedir. Zira sıcak savaş bölgesi olması nedeniyle, göçlerin en çok Ortadoğu bölgesinde yoğunlaştığı görülmektedir. Yapılan araştırmalara göre sıcak savaşın en yoğun yaşandığı bölge olması nedeniyle Suriye’de ülke nüfusunun neredeyse yarısının göç olgusuyla karşı karşıya olduğu gözlemlenmektedir^[127].

Suriye’den gelen göçmen akımı olmadan önce de zaten ülkemizde yabancı işçi sorunu mevcut bulunmaktaydı. Suriye’den göç akımı başlamadan önce İstanbul Ticaret Odası (İTO)’nın yaptığı bir araştırmada, Türkiye’ye her yıl yaklaşık 300 bin kaçak göçmenin giriş yaptığı, 163 farklı ülkeden Türkiye’ye gelen kaçak göçmen sayısının 1 milyonu bulduğu ifade edilmişti^[128]. Coğrafi konumu nedeniyle önemli ölçüde yasadışı göçe maruz kalan Türkiye’de, Dış İşleri Bakanlığı’nın verilerine göre 2005-2014 döneminde yakalanan düzensiz

[125] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 11, 66.

[126] **Civan-Gökçalp**, 234-235.

[127] **Şahin**, Göçmen İşçi, 20.

[128] ‘*Türkiye’de 1 Milyon Kaçak Göçmen Var*’, <http://www.hurriyet.com.tr/turkiye-de-1-milyon-kacak-gocmen-var-281593>, 19.03.2017.

göçmen^[129] sayısı 500 bin civarındadır (496.912)^[130]. Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün verilerine göre ise ülkemizde 2015 yılında 146.485, 2016 yılında 174.466 düzensiz göçmen yakalanmıştır^[131]. Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün istatistiklerinden de görüldüğü üzere 2015 yılından itibaren düzensiz göçte büyük bir artışın meydana geldiği tespit edilmektedir. 2005-2014 yıllarını kapsayan 10 yıllık dönemde yakalanan düzensiz göçmen sayısına, mevcut istatistiklerin bu şekilde devam etmesi halinde çok daha kısa bir sürede ulaşılacağı ne yazık ki öngörülebilir.

Suriye'den gelen göç akımı sonucu ülkemizde bulunan Suriyeli sayısı önemli bir gündem maddesi niteliğini taşımaktadır. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 09.03.2017 tarihi itibarıyla ülkemizde bulunan Suriyeli sayısı açıklanmış olup, resmi veriler uyarınca toplam 2.957.454 Suriyeli geçici koruma kapsamına alınmıştır^[132]. Basında çıkan bazı haberlere göre ülkemizdeki Suriyeli sayısının 5 yıl içerisinde 3.5 milyona çıkma ihtimali çok yüksektir^[133]. Dolayısıyla ülkemize yasal yollardan yahut yasa dışı yollardan giriş yapan sadece Suriyeli değil, diğer ülkelerden de gelen çok sayıda göçmenin bulunduğu dikkate alındığında, gerek kaçak gerek yasal olarak bulunup çalışan göçmen işçilerin korunması ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konularının önemli bir sorun oluşturduğu açıktır. Ancak öncelikle neden göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplara girdiğini ele almak isabetli olacaktır.

a) Göçmen işçilere özgü risk faktörleri

Göçmen işçileri, göç ettikleri ülkedeki yerli işçilerden ayıran en temel faktörlerden biri dil, gelenekler ve değerler gibi kültürel meselelerdir. Dil konusu en temel sorunlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Göç ettikleri ülkedeki dili anlayamadıkları takdirde göçmen işçiler işyerinde uyulması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine de dikkat edememektedir. Bu durum iş kazası geçirme veya meslek hastalığına yakalanma ihtimallerini artırmaktadır. Nitekim yapılan bir araştırma kapsamında göç edilen ülkede kalma süresi arttıkça göçmen

[129] Düzensiz göç kavramı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda tanımlanmıştır. İlgili tanım uyarınca düzensiz göç ile kastedilen, yabancıların yasa dışı yollarla Türkiye'ye girişi, Türkiye'de kalışı, Türkiye'den çıkışı ve Türkiye'de izinsiz çalışmasıdır (md.3/1-ı).

[130] http://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-duzensiz-goc.tr.mfa, 19.03.2017.

[131] http://www.goc.gov.tr/icerik3/duzensiz-goc_363_378_4710, 19.03.2017.

[132] http://www.goc.gov.tr/icerik6/gecici-koruma_363_378_4713_icerik, 19.03.2017.

[133] <http://www.hurriyet.com.tr/kayitli-3-686-kayit-disi-400-000-40024074>, 19.03.2017.

işçiler açısından meydana gelen iş kazası sayısının azaldığı tespit edilmiştir^[134]. Bu durum göç edilen ülkede konuşulan dilin anlaşılmasıyla ilişkilendirilebilir.

Dil sorununun dışında göçmen işçilere özgü diğer bir risk faktörü de göçmen işçilerin genellikle niteliklerinin altındaki işlerde, çoğunlukla geçici iş ilişkisi, part-time yahut belirli süreli iş sözleşmeleriyle istihdam edilmeleridir^[135]. Bu durumun temel nedenleri olarak, göçmen işçilerin göç edilen ülkedeki dili yeterince anlayamamaları ve göç edilen ülkedeki iş gücü piyasası hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları olarak kabul edilmektedir. Zira işverenler göçmen işçiden yerli işçiyi istihdam etmesi durumuna kıyasla yeterli düzeyde verim alamayacağı düşüncesindedir^[136]. Niteliklerinin altındaki işlerde çalıştırılan göçmen işçilerin genellikle '3-D' olarak kısaltılan ve yerli işgücünün yerine getirmekten kaçındığı işlerde çalıştırdıkları görülmektedir. Söz konusu işler, pis (dirty), tehlikeli (dangerous) ve nitelik gerektirmeyen (demanding) işler olarak adlandırılmaktadır^[137]. Diğer bir ifadeyle göçmen işçiler, daha tehlikeli, eğitimlerin nadiren yapıldığı ve geleceğe yönelik kariyer planlarının yapılmasının uygun olmadığı işlerde çalıştırılmaktadır. İşyerinde maruz kaldıkları fiziksel risklerin yanı sıra, niteliklerinin altındaki işlerde çalıştırılan göçmen işçiler tükenmişlik sendromu, depresyon gibi psikolojik sorunlarla da karşı karşıya kalabilmektedir^[138]. Özellikle düzensiz göçmen işçiler açısından ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılma ihtimalinin yüksekliği daha barizdir. Düzensiz göçmen işçilerin yerine getirdikleri işlerin %42,5'inin yerli işçilerin yapmak istemediği işler olduğu belirlenmiştir. Bunların %21,9'unu ağır ve yorucu, %12,9'unu tehlikeli ve kaza riski yüksek, %2,9'unu pis ve onur kırıcı, %4,8'ini ise güvencesiz işler

[134] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 84.

[135] **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017.

[136] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 85. Göçmen işçilerin bir kısmı yapılan araştırmalara göre iyi derecede eğitim almış kişiler olup, bu nitelikteki göçmenler genellikle bilişim teknolojilerinin kullanıldığı, göç edilen ülkedeki köklü firmalarda istihdam edilmektedir (**Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 82). Bizim araştırmamız kapsamında iş sağlığı ve güvenliği sorunu ele alınan göçmen işçiler, 3-D olarak nitelendirilen işlerde istihdam edilen kişilerdir.

[137] *International Labour Office*, Labour Migration Policy and Management, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—asia/—ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_202_en.pdf, 19.03.2017. International Labour Office, International Labour Standards on Migrant Workers' Rights, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—asia/—ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_184_en.pdf, 19.03.2017.

[138] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 85.

oluşturmaktadır^[139]. Ayrıca yerli işçilere göre çalışma koşulları daha ağır olan göçmen işçiler, bazı özel sağlık risklerine de maruz kalabilmektedir. Maruz kalınan sağlık riskleri, kendi ülkelerinde maruz kaldıkları (örneğin parazit hastalığı gibi) sağlık sorunları, göç edilen ülkeye özgü olan ancak göçmen işçilerin bağışıklığı olmadığı hastalıklar ve yeni bir ortama alışma sürecine özgü fiziksel ve psikolojik koşullardan kaynaklanan hastalıklar ve rahatsızlıklar olmak üzere üç grupta ele alınmaktadır^[140].

Yapılan bir araştırma göçmen işçilerin önemli ölçüde yüksek sağlık riskleri içeren işlerde çalıştırıldıkları tespitini doğrulamaktadır. Göçmen işçiler, çoğunlukla işyerinden kaynaklanan stresin yoğun olduğu ve mavi yakalı olarak adlandırılan işlerde (blue collar jobs) çalıştırılmaktadır. Ayrıca göçmen işçilerin, klasik iş stresinden daha çok etkilendikleri belirlenmiştir. Bu işçiler, ağır yükleri kaldırmakta veya taşımakta, soğuga, sıcağa, neme ve kire diğer işçilere göre daha fazla maruz kalmaktadırlar. Dahası yapılan araştırmalarda göçmen işçilerde iş kazası oranının yerli işçilere göre 2/3 oranında daha yüksek olduğu belirlenmiştir^[141]. Diğer bir çalışmada da göçmen işçilerin, göç ettikleri ülkede ilk beş yıllık çalışma döneminde iş kazası geçirme ihtimalinin yerli işçilere göre iki kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir^[142]. Ayrıca göçmen işçilerin, yerli işçilerle karşılaştırıldıklarında fazla çalışma, akşam ve gece çalışmaları, hafta tatillerinde çalışma ve vardiyalı çalışmaya daha yatkın oldukları görülmektedir^[143]. Kısacası 3-D olarak adlandırılan işlerde istihdam edilmeseler bile daha olumsuz çalışma koşullarıyla karşılaşabilmektedirler. Bu durumu kabul etmelerinin nedeni işlerini kaybetme korkusuna, ekonomik nedenlere veya sadece vardiyalı çalışma yahut fazla çalışma vb. koşullarda çalışmanın yapılacağı işlerde istihdam olanağı bulmalarına dayandırılabilir^[144].

Göçmen işçilerin, çoğunlukla işverenleri, meslektaşları veya müşterileri tarafından uygulanan psikolojik yahut cinsel tacize ve fiziksel şiddete uğradığı da ifade edilmektedir^[145]. Göçmen işçiler özellikle etnik kökenleri nedeniyle

[139] Kural, 108.

[140] *International Labour Office*, Migrant Workers, 197.

[141] Civan-Gökalp, 247.

[142] OHS Insider, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. Sargeant, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017.

[143] Civan-Gökalp, 247. Lamm, 167.

[144] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 87.

[145] Civan-Gökalp, 247.

ırk ayrımcılığına maruz kalabilmekte, sahip oldukları değerleri sebebiyle veya yıldırma amacıyla da psikolojik tacize uğrayabilmektedirler^[146].

Çalışma koşullarına ve iş kazalarına ilişkin oranlar, göçmen işçilerin göç ettikleri ülkelerde yasal olarak çalışıp çalışmadıklarına göre önemli ölçüde değişiklik göstermektedir. Düzensiz göçmen işçiler hem genellikle vasıflarının altındaki işlerde hem de ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaktadır. Bu durum göçmenlik statüsünün üstlenilen işin niteliğine etki ettiği sonucunu doğurmaktadır. Göçmenlik statüsündeki farklılıkla bağlantılı olarak göçmen işçinin göç ettiği ülkede yasalara uygun olarak bulunup bulunmamasının, yaşam düzeyini etkilediği belirlenmektedir. Yasalara uygun bir şekilde çalışma izni alarak çalışan göçmen işçilerin yarısı, yaşam düzeylerinin normal bir seviyede olduğunu ifade etmekteyken, düzensiz göçmen işçilerin sadece 1/5'i bu yönde bir değerlendirmede bulunmaktadır. Öte yandan düzensiz göçmen işçiler çoğunlukla yüksek risk grubuna giren işlerde istihdam olanağı bulduklarını ve çalıştıkları işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yeterli düzeyde alınmadığını belirtmektedirler. Düzensiz göçmen işçilerin tamamına yakını, işverenlerinin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığını buna karşın yasal olarak çalışan göçmen işçilerin 1/3'ü işverenlerinin bu konudaki yükümlülüklerine uyduğunu beyan etmişlerdir. Göçmen işçilerin büyük bir çoğunluğuna göre yerine getirdikleri iş, sağlıklarını üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır^[147].

Ülkemize gelen göçmenlerin; ev işleri, bakıcılık, fuhuş, inşaat, tekstil ve gıda sektörlerinde çalıştığı tespit edilmiştir^[148]. Çok sayıda Suriyeli göçmenin ülkemize giriş yapması sonucu yapılan araştırmada ise Suriyelilerin yüzde 54'ünün 18 yaşından küçük olduğu, sadece 3 bin 686'sının kayıtlı çalıştığı ve çoğunluğu çocuk 400 bin Suriyelinin kayıt dışı, düşük ücretli ve sağlıksız koşullarda istihdam edildiği belirlenmiştir. Suriyeliler Türk işgücü piyasasında işsizlik ve kayıt dışı baskısını artırırken çocuk işçilik sorununun da büyümesine yol açmaktadır. Ayrıca Suriyeliler tarafından kurulan işyerleri sayısının 10 bini bulduğu ancak neredeyse tamamına yakınının kayıt dışı olduğu ifade edilmektedir. Suriyeli işçilerin büyük bir çoğunluğu ise başta mevsimlik işler olmak üzere tarım, inşaat, tekstil ve imalatta yoğun olarak istihdam edilmektedir^[149]. Suriyelilerin istihdam edildikleri sektörler dahi, çeşitli sağlık ve güvenlik riskleriyle karşı karşıya olduklarını göstermektedir. Örneğin mevsimlik tarım işlerinde çalışma sürekli

[146] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 86.

[147] **Mckay-Craw-Chopra**, <http://www.hse.gov.uk/research/rrpdf/rr502.pdf>, 19.03.2017.

[148] '*Türkiye'de 1 Milyon Kaçak Göçmen Var*', <http://www.hurriyet.com.tr/turkiye-de-1-milyon-kacak-gocmen-var-281593>, 19.03.2017.

[149] <http://www.hurriyet.com.tr/kayitli-3-686-kayit-disi-400-000-40024074>, 19.03.2017.

olarak böcek ilaçlarına yahut kanserojen, mutajen gibi diğer zehirli kimyasal maddelere maruz kalmalarına yol açabilmektedir. Bu durum düşük yapmaya, depresyona, sinir hastalıklarına zemin hazırlayabilmektedir. Ayrıca mevsimlik tarım işlerinde çalışan işçilerin büyük bir çoğunluğu rahatsız edici pozisyonlarda çalışmak zorunda kaldıklarından, ileride kas iskelet sistemi hastalıklarıyla karşılaşma ihtimalleri yükselmektedir^[150].

b) Göçmen işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve değerlendirilmesi

Göçmenlerin ülkemizde çalışabilmesi için, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu gereğince Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe çalışma izni almaları şarttır (md.6/2)^[151]. Çalışma izinleri ise kendi içerisinde süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, istisnai çalışma izni olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır (md.10, md.16). Söz konusu izin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verilmekte ve uzatılmaktadır (md.6/1). Çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılar md.16'da, uluslararası koruma kapsamında olan yabancılar açısından işletilecek süreç md.17'de, serbest bölgede çalışan yabancılarla ilgili uygulama md.18'de, yabancı öğrenciler md.19'da ve yabancı mimar ile mühendisler bakımından çalışma izni süreci md.20'de düzenlenmiştir. Bir göçmen işçi çalışma izni alarak ülkemizde çalışmaya başladığı andan itibaren iş mevzuatı kapsamında işçi sayılmakta ve yürürlükteki iş mevzuatından Türk işçilerle aynı düzeyde yararlanmaktadır^[152].

Çalışma izniyle ilgili olarak Suriyeliler açısından özel düzenlemeler mevcuttur. Bu kapsamda öncelikle 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu hükümleri ele alınmalıdır. Söz konusu kanun uyarınca ülkemizde münferit koruma talebinde bulunan yabancılar "uluslararası koruma" statüsüne, kitlesel göç şeklinde gelen yabancılar ise "geçici koruma" statüsüne tabi tutulmuşlardır^[153]. Uluslararası koruma statüsü, mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma

[150] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 87.

[151] Uluslararası İşgücü Kanunu kapsamında çalışma izinleriyle ilgili bilgi için bkz.; **Çelik-Caniklioğlu-Canbolat**, 204-205. **Özdemir**, Çalışma İzni, 297 vd. Uluslararası İşgücü Kanunu, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanunu yürürlükten kaldırmıştır (md.27/7). 4817 sayılı kanun döneminde çalışma izinleriyle ilgili bilgi için bkz.; **Süzek**, 335-337. **Akın**, Arbeitsurlaub, 332-340. **Tekinalp**, 121. **Çiçekli**, 36,43. **Ekmekçi**, 30-31. **Civan-Gökalp**, 241.

[152] **Civan-Gökalp**, 254.

[153] **Ergüven-Özturanlı**, 1037-1039. **Erten**, 42-44. **Elçin**, 28.

statüsü verilen kişileri kapsamaktadır (md.3/1-r). Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 03.07.2015 tarih ve 2015/19 sayılı genelgede 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 89. maddesinde mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibinin, statü almasından itibaren bağımlı veya bağımsız olarak çalışabileceği, yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümlerin saklı olacağı, mülteci veya ikincil koruma statüsü sahibi kişiye verilecek kimlik belgesinin, çalışma izni yerine de geçeceği bu durumun kimlik belgesine yazılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla mülteci olanlar ile 6458 sayılı kanunda sayılan ikincil koruma statüsünde bulunan kişiler hakkında mevzuatımızdaki hükümler Türk vatandaşlarına uygulandığı gibi uygulanacak, Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan denetimlerde bu durumdaki sigortalıların çalışma izin belgesi olup olmadığına bakılmayacaktır.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamında ayrıca ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara ise geçici koruma sağlanabileceği düzenlenmiştir (md.91/1). Ülkemize gelen Suriyeliler de söz konusu hüküm gereği geçici koruma statüsü kapsamına girmektedir. Geçici koruma statüsündeki kişilerin iş piyasasına erişimi ise Geçici Koruma Yönetmeliği^[154] 29. maddede düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği geçici koruma kapsamına giren kişilerin ülkemizde çalışabilmeleri için çalışma izni alması gerektiği açıktır. Çalışma izni ile ilgili düzenlemeler ise Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelikte^[155] yer almıştır. İlgili yönetmelik uyarınca geçici koruma sağlanan yabancılar, çalışma izni olmaksızın Türkiye’de çalışamaz veya çalıştırılmaz (md.4/1). Çalışma izinleri verilirken ayrıca istihdam kotası öngörülmüş olup, çalışma iznine başvuru tarihinde çalıştırılan geçici koruma sağlanan yabancı sayısı, işyerinde çalışan Türk vatandaşı sayısının yüzde onunu geçemeyecektir. Ancak İşveren tarafından; işyerinin kayıtlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünden, çalışma izni başvurusu tarihinden önceki dört haftalık süre içerisinde yabancıların çalıştırılacağı işi yapacak aynı nitelikte Türk vatandaşı bulunmadığının belgelendirildiği başvurularda istihdam kotası uygulanmayabilecektir (md.8).

Çalışma izni olmaksızın kaçak yabancı işçi çalıştırılması halinde ise ağır idari para cezaları öngörülmüştür. 6735 sayılı kanununun 23. maddesi uyarınca 2017 yılı için belirlenen yeniden değerlendirme oranı kapsamında çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işverenlere her bir yabancı için 6.229,00-TL,

[154] 22 Ekim 2014 tarih ve 29153 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[155] 15 Ocak 2016 tarih ve 29594 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

çalışma izni olmaksızın bağımlı çalışan yabancıya ise 2.491,00-TL idari para cezası uygulanacaktır. Ayrıca işveren veya işveren vekili yabancıнын ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler hakkında sınır dışı etme kararı alınacaktır (md.54/1-ğ). Ancak yine Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda geri gönderme yasağı düzenlenerek hiç kimsenin, 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 gönderilemeyeceği hüküm altında alınmıştır (md.4). Sınır dışı etme kararı alınamayacak kişiler md.55/1'de de ayrıca düzenlenmiştir. Aynı hüküm Geçici Koruma Yönetmeliği md.6/I'de de tekrarlanmıştır^[156]. Bu itibarla çalışma izni almaksızın çalıştığı için hakkında sınır dışı etme kararı alınabilecek Suriyeliler açısından bu kararın uygulanma imkanının mevcut savaş koşulları dikkate alındığında olanaklı olmadığı açıktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre 2015 yılı itibariyle çalışma izni verilen yabancı sayısı 64.547'dir. Bu sayının 37.638'ini kadınlar, 26.909'unu erkekler oluşturmaktadır. Suriyeli olan ve 2015 yılında çalışma izni verilen kişi sayısı ise 4.019'dur. 2015 yılında en çok çalışma izninin 8.524 kişi ile Gürcistanlılara verildiği görülmektedir^[157]. Suriyeliler açısından çalışma izni sayısının oldukça düşük olması, Suriyeliler arasında kaçak çalışma olgusunu yüksek tespit eden araştırmaları doğrulamaktadır. Nitekim geçici koruma statüsünde bulunan kişilere yönelik çalışma izni verilmesine dair düzenlemeler 2016 yılında tamamlanmış olup, kaçak çalışan Suriyelilerin ne ölçüde kayıt altına alındığı önümüzdeki dönemlerde anlaşılacaktır.

Göçmen işçilerin ülkemizde çalışabilmelerine ilişkin mevzuat yukarıda özetlenmiş olup, bir yabancıнын ülkemizde çalışabilmesi ve iş mevzuatı hükümlerinden yararlanabilmesi için çalışma izni alması gerektiği açıktır. Bu durum ise göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunu, çalışma izni alarak ülkemizde çalışanlar ve kaçak çalışanlar olmak üzere ikiye ayırarak ele alma zorunluluğunu doğurmaktadır. Nitekim çalışma izni alarak ülkemizde çalışan göçmen işçiler her ne kadar iş mevzuatı kapsamında yer almaktaysa da, yine de iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren gruplar içinde değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra çalışma izni almaksızın kaçak çalışan göçmen işçiler

[156] Geri gönderilmeme ilkesi ve sınır dışı etme ile ilgili daha fazla bilgi için bkz.; **Ergüven-Özturanlı**, 1039-1047.

[157] <https://www.csgb.gov.tr/media/3209/yabanciizin2015.pdf>, 20.03.2017.

bakımından da yasal olarak ülkemizde çalışan göçmen işçilere kıyasla ilave bazı düzenlemelerin dikkate alınıp alınmayacağı hususu ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışma izni alan göçmen işçiler, Türk vatandaşlarıyla aynı mevzuata tabi olacaksa da, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak mevzuatımızda bazı özel düzenlemelerin varlığından söz edilebilir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel düzenlemelerin 4857 sayılı İş Kanunu md.77 vd. hükümlerinde düzenlendiği dönemde çıkarılan Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik^[158]'de göçmen işçilerin eğitimine dair açık hükümler yer almaktaydı. İlgili yönetmelik uyarınca işyerindeki göçmen işçilerin eğitimine özel önem verileceği (md.7), eğitimin çalışanların kolayca anlayabileceği şekilde olacağı (md.14) düzenlenmişti. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde göçmen işçi ifadesine, değindiğimiz önceki düzenlemelerde olduğu gibi açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda (md.10/1-ç), İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinde (md.8/1-ı), Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte (md.7/1) ve İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte (md.9/2/c-5) genç çalışanlar, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özelliklerinin dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplar sınırlandırılmamış, 'gibi' ibaresine yer verilerek özel politika gerektiren grupların belirlenmesinde zamanın ihtiyaçlarına göre bir esneklik sağlanmıştır. Bu çerçevede değindiğimiz risk faktörleri kapsamında göçmen işçilerin de özel politika gerektiren işçi grupları arasında ele alınması gerekmekte olup, risk değerlendirmesi yapılırken, iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verilirken ve sağlık gözetimi yükümlülüğü yerine getirilirken göçmen işçilerin özel durumları gözetilmelidir. Her ne kadar risk değerlendirmesi ve sağlık gözetimi kapsamında göçmen işçilerin durumları gözetilecekse de, göçmen işçiler açısından asıl ele alınması gereken işveren yükümlülüğü, göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitimidir. Göçmen işçilere iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verilirken, mutlaka verilen eğitimleri anlayıp anlamadıkları gözetilmelidir. Göçmen işçi verilen eğitimi anlamayacak olursa, eğitimden beklenen faydaya erişilemeyecektir. Bu itibarla

[158] İlgili yönetmelik 07.04.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

gerekiyse ve mümkünse eğitimin işçinin anadilinde yahut anlayabileceği başka bir dilde verilmesi isabetli olacaktır^[159].

Çalışma izni olmaksızın kaçak çalışan göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusu ise ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Düzensiz göçmen işçiler, diğer tüm işçilere kıyasla daha ağır çalışma koşullarına maruz kalmaktadır. Ayrıca kayıt dışı çalıştıkları, bu durumun yasa dışı olduğunu bildikleri için genellikle kendilerine teklif edilen en kötü çalışma koşullarında dahi çalışmayı kabul etme eğilimindedirler. Bu durumu işverene yahut idari makamlara bildirmeye, şikayet etmeye de çekinmektedirler. Zira öncelikle işten çıkarılacaklarından korkmaktadırlar. İşten çıkarılmaları aylık gelirlerinden de mahrum kalmaları anlamına gelmektedir. İşten çıkarılma korkusuna sınır dışı edilme korkusu da eşlik etmektedir^[160].

Hukukumuz açısından öncelikle ele alınması gereken konu, göçmen işçinin çalışma izni olmaksızın çalıştığı hallerde de iş mevzuatında öngörülen iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin kapsamına girip girmediğidir. Diğer bir ifadeyle düzensiz göçmen işçi ile bağitlanan iş sözleşmesi geçerli midir, geçersizse hangi tarihten itibaren geçersiz sayılacaktır. Öğretide, iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren geçersiz sayılması halinde tarafların o güne kadar ifa ettikleri edimlerin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iadesinin doyurucu bir biçimde gerçekleşmemesinden ve baştan itibaren geçersiz saymanın iş sözleşmesinin sürekli ve kişisel ilişkiler kuran özelliğine ayrıca işçiyi koruyucu amacına ters düşmesinden dolayı iş sözleşmesinin geçersizliğinin ancak geleceğe dönük etki göstereceği kabul edilmiştir. Geçersizlik anına kadar tıpkı geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğuracağı isabetli olarak benimsenmiştir^[161]. Söz konusu yorum çalışma izni almaksızın çalışan göçmen işçilerle kurulan iş sözleşmeleri açısından da yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle göçmen işçi çalışma izni almayarak

[159] **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017.

[160] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 81. **Lamm**, 168.

[161] **Süzek**, 356-357. **Çelik-Caniklioğlu-Cancolat**, 216-218. **Eyrenci-Taşkent-Ulucan**, 105. **Güven-Aydın**, 122-123. **Narmanlıoğlu**, 244. **Aktay-Arıca-Kaplan/Seneyen**, 90. **Mollamahmutoğlu**, 431. Türk Borçlar Kanunu md.394/3 gereğince geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri açısından geçersizliğin ileriye dönük hüküm ve sonuçlarını doğuracağı hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği konusuna, 3 no.lu başlık altında çocuk ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği kısmında da değinilmiştir. Bu itibarla orada geçen kaynakları belirtmekle yetiniyoruz. Türk Borçlar Kanununun ilgili hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda daha detaylı bilgi için bkz.; **Süzek**, 355-360. **Süzek**, Geçersizlik, 135-140. **Doğan Yenisey**, 362-367. **Özkaraca-Ünal**, 385 vd. **Urhanoglu Cengiz**, 223-224.

kaçak çalışsa dahi, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürüldüğü tarihe kadar geçerli bir sözleşmeymiş gibi hüküm ve sonuç doğuracağını kabul etmemiz isabetli olacaktır^[162].

Yukarıda varılan sonuca ülkemizin de onayladığı Birleşmiş Milletler'in 'Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'^[163] hükümlerinden de varabilmek olasıdır. İlgili sözleşmenin 3. kısmı, tüm göçmen işçilerin ve aile fertlerinin insan haklarını düzenlemekte olup, hukuki statüsü ne olursa olsun göçmen işçilerin, 25. madde hükmünden yararlanacağı öngörülmüştür. Söz konusu hüküm, ücret ve diğer çalışma koşulları ile ilgili olarak eşit işlem ilkesinin uygulanmasını öngörmektedir. Diğer çalışma koşullarının içinde sağlık ve güvenlik ifadeleri açıkça geçmekte olup, kapsamın içine iş sağlığı ve güvenliğinin de evleviyetle dahil olduğu belirtilebilir. İlâveten iş sağlığı ve güvenliğinden yararlanma, diğer bir deyişle sağlıklı ve güvenli bir iş ortamında çalışma hakkının Anayasamızda yer alan dayanakları da mevcuttur. Anayasa'nın 17. maddesine göre herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmış, 56. maddenin 1. ve 3. fıkralarında herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, devletin herkesin yaşamını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla göçmen işçiler hukuki statülerine bağlı olmaksızın, bir insan hakkı olarak iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanmayı talep edebilmelidir^[164]. Bu yöndeki yorum iş hukukundaki çağdaş gelişmelere de uygundur. Örneğin İngiltere'de yasal olarak çalışsın veya

[162] **Süzek**, 337-340. **Civan-Gökalp**, 256-257. Mevzuatımızda bazı meslekler sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Örneğin yabancılara, Avukatlık Kanunu gereğince avukat, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun uyarınca eczacı olabilmesi olanaklı değildir. Bu itibarla öğretilerde yabancılara iş sözleşmesinin geçersizliği bakımından ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Eğer yabancı tarafından yerine getirilen iş sadece Türklere hasredilmiş bir iş ise sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerektiği ifade edilmektedir (**Narmanlıoğlu**, 245. **Süzek**, 338). Kanaatimizce bu yönde bir ayrıma gitmeksizin kaçak göçmen işçinin iş sözleşmesi, geçersizliğin tespit edildiği tarihe kadar geçerli bir sözleşmeymiş gibi kabul edilmeli ve geçersiz sayıldığı tarihe kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır. Bu yöndeki yorum ülkemiz tarafından onaylanan Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin amaçları bakımından da daha uygun olacaktır.

[163] İlgili sözleşmenin, 24.04.2001 tarih ve 4662 sayılı kanunla ülkemiz tarafından onaylanması uygun bulunmuştur.

[164] **Civan-Gökalp**, 257.

çalışmanın tüm göçmen işçiler iş sağlığı ve güvenliği açısından aynı düzeyde koruma altında yer almaktadır^[165].

Her ne kadar kaçak göçmen işçilerin iş sözleşmelerinin geçersiz olduğunun tespit edildiği tarihe kadar çalışma izni alarak çalışan göçmen işçilerle iş sağlığı ve güvenliği açısından aynı düzeyde korumadan yararlanacağı sonucuna varmaktaysak da, uygulamada zaten kaçak çalıştıklarından ötürü hem mevcut işlerini kaybedebilecekleri, hem idari para cezasına muhatap olabilecekleri, hem de sınır dışı edilebileceklerinden, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından doğan haklarını kullanmak için işverene yahut resmi makamlara başvurmaları fiilen olanaklı değildir. Dolayısıyla kaçak göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden yararlanacağını belirlemenin önemi, özellikle söz konusu işçilerin iş kazası veya meslek hastalıklarından ötürü uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini konusunda kendini göstermektedir. Diğer bir deyişle önleyici nitelikteki iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinden yararlanıp yararlanamayacakları yahut ne ölçüde yararlanacakları onları istihdam eden işverenin takdirine kalmaktaysa da, iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldikten sonra en azından uğradıkları zararın karşılanması konusunda maddi tazminat, destekten yoksun kalma tazminatı veya manevi tazminat istemi sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayandırılabilir^[166].

c) Göçmen işçilere yönelik alınabilecek diğer önlemler

Mevzuatımızda özellikle göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri üzerinde durulmakla birlikte, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.16'da yer alan işverenin tabi olduğu diğer bir yükümlülük olan bilgilendirme yükümlülüğünde de iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren grupların özelliklerinin dikkate alınacağını düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu yönde bir yükümlülüğün açıkça mevzuatımızda düzenlenmesi halinde işverenler, öncelikle işyerinde sağlık riskleri ve güvenliğe ilişkin uyarı levhalarını, sembolleri ve diğer işaretleri göçmen işçilerin anlayacağı şekilde temin etme sorumluluğu altına girmiş olacaklardır. Bu husus aynı zamanda Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün 1975 yılında kabul etmiş olduğu 151 sayılı tavsiye kararının 21.-22. paragraflarında da belirtilmiştir. Tavsiye kararında bu şekilde bilgilendirmeye yönelik özel hükümlere yer verilmesinin başlıca nedeni, yerli işçilere verilen talimatların, göçmen işçiler bakımından yetersiz olabileceği ve bundan dolayı göçmen işçilerin bu özel durumunu karşılayacak önlemlerin

[165] 'Working in Great Britain from overseas', <http://www.hse.gov.uk/migrantworkers/index.htm>, 20.03.2017.

[166] Civan-Gökalp, 258.

alınması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Göçmen İşçilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin üçüncü bölümü kapsamında da göçmen işçilerin anadillerinde uyarı işaretleri ve sembollerin asılmasının, büyük ölçüde iş kazalarının önlenmesine katkıda bulunabileceği sonucuna ulaşılmıştır^[167].

Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında özel politika gerektiren grupların özelliklerinin dikkate alınacağını düzenlenmesi halinde göçmen işçiler açısından işverenler, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında göçmen işçiyi bilgilendirirken resimli diyagramlardan (pictograms) yararlanma zorunluluğu altına girmiş olabileceklerdir. Resimli diyagramlar, bir fikri yansıtan resim yahut grafik sembollerdir. İyi bir şekilde hazırlanan resimli diyagramlar, işçiler tarafından da kolayca anlaşılabilir. Ancak resimli diyagramlarla işçilerin bilgilendirilmesi de bir ölçüde mümkün olabilecektir. Zira örneğin 6331 sayılı kanun md.13 gereği işçinin ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde çalışmaktan kaçınma hakkının var olduğunu resimli diyagramlarla açıklamak olanaklı değildir. Bu itibarla bu yöndeki hakların göçmen işçiler tarafından anlaşılmasını temin etmek üzere, basit bir şekilde kaleme alınmış, kısa cümlelerin kullanıldığı işçinin konuştuğu dile çevrilmiş bilgilendirme materyallerinden yararlanılmalıdır. İşçinin konuştuğu dile çevrilen bilgilendirme materyallerine ulaşılmadığı hallerde tercüman aracılığıyla bilgilendirmenin yapılması, göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacına hizmet edecektir. Bu konuda yapılabilecek önemli bir husus da göçmen işçinin işe yeni başladığı dönem için işyerinde varsa aynı dili konuştuğu kıdemli bir çalışma arkadaşıyla çalışmasının sağlanması, işyerindeki riskleri öğrenmesine ve dikkat etmesine katkı sağlayabilecektir^[168].

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereğince işverenin her türlü önlemi alma yükümlülüğü (md.4/1-a) kapsamında zaten göçmen işçinin anlayacağı uyarı levhalarını işyerinde kullanması, resimli diyagramlardan yararlanması gerektiği ifade edilebilir. Zira işveren mevzuatta öngörülen önlemleri aldığı takdirde her türlü önlemi almış kabul edilmez. Bilim ve teknolojinin geldiği son nokta gereğince alınabilecek bir önlem mevcutsa, bu önlemin de alınması, her türlü önlemin alınıp alınmadığının belirlenmesinde dikkate

[167] **Cholewinski**, 121, 324-325.

[168] '*Working in Great Britain from overseas*', <http://www.hse.gov.uk/migrantworkers/index.htm>, 20.03.2017. **OHS Insider**, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017. **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 91.

alınan temel kriterdir^[169]. Bu itibarla ülkemiz dışında diğer ülkelerde göçmen işçilerin bilgilendirilmesi bakımından resimli diyagramlar kullanılabilirliği için, bu önlemin alınması ülkemizde göçmen işçi istihdam eden işverenlerden de beklenebilecektir. Ancak ülkemizde işverenlerin yasa ve yönetmeliklerde açıkça yer almadığı sürece, ilave önlemler almaktan kaçınma eğiliminde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu itibarla göçmen işçilere de hitap edecek şekilde işverenin bilgilendirme yükümlülüğü konusunda değindiğimiz değişikliğin gerçekleştirilmesi isabetli olacaktır.

İş sağlığı ve güvenliği hak ve yükümlülüklerini içeren bilgilendirme materyallerinin hazırlanması hususunda devlete de yükümlülük getirilebilir. İş sağlığı ve güvenliği hak ve yükümlülüklerini içeren farklı dillerdeki kitapçık, broşür, el ilanı, kamu spotu gibi bilgilendirme materyallerinin devlet tarafından hazırlanması, bu materyallerin ücretsiz olarak işverenlere sunulması, göçmen işçilerin daha kolay erişimine olanak sağlamak üzere toplu taşıma araçlarının bekleme yerlerine, devlet tarafından hazırlanan internet sitelerine, kütüphanelere, dernek veya vakıflara ulaştırılması, yerel gazetelere bilgilendirici ilanlar verilmesi, radyo ve televizyonlarda bilgilendirici kamu spotlarının yayınlanması göçmen işçilerin çalışma koşulları ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda farkındalığın artmasına yardımcı olabilecektir^[170].

Kayıt dışı çalışan göçmen işçiler açısından ise iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından yapılabilecek en önemli husus, kayıt dışılığı önlemek için atılabilecek adımlardır. Dünya Bankasının 2010 yılındaki raporu uyarınca ülkemizde kayıt dışılık, vergi politikası ve idaresi, iş gücü düzenlemeleri, sosyal yardım programları ve sosyal normlar olmak üzere dört temel nedene bağlanmıştır. İşgücü piyasasının katı ve korumacı düzenlemeleri kayıt dışılığı artıran güçlü bir gerekçe olarak nitelendirilmektedir^[171]. Bu itibarla işçilik maliyetini azaltıcı adımlar, işverenlerin kaçak işçi çalıştırma eğilimini bir ölçüde engelleyecektir. Bu amaçla, işçi ücretlerinden yapılan gelir vergisi ve sosyal sigorta prim kesintisi oranlarının çeşitli biçimlerde azaltılması, kaçak işçi çalıştırma eğilimini bir ölçüde de olsa zayıflatacaktır. Yabancı kaçak işçilerin çalıştırılmaları konusundaki kısıtlama ve yasaklamalar daha da sıkılaştırılmalı ve uygulanmalıdır.

[169] **Süzek**, 459. **Demir**, İşverenin Sorumluluğu, 693-694. **Sümer**, 67. **Seratlı**, 214. **Sarıbay Öztürk**, 18-19. Y10HD, 18.11.1991, 10815/9243, YHGK, 16.06.2004, 21- 365/369, YHGK, 16.10.1985, 10- 197/826, www.kazanci.com, 21.03.2017. Y10HD, 27.05.2008, 2626/7283, **Sarıbay Öztürk**, 18. Y10HD, 04.03.2008, 6310/2821, **Sümer**, 67.

[170] '*Better Protection for Vulnerable Workers*', <http://www.labour.gov.on.ca/english/hs/prevention/report/better.php>, 14.03.2017.

[171] **Erikli**, 21.

Bu kapsamda devletin denetim organları güçlendirilmeli, denetim personelinin gelirleri ve yetkileri artırılmalıdır^[172]. Ancak şu hususun gözden geçirilmesi isabetli olur, kaçak işçi çalıştırıldığı tespit edildiğinde idari para cezası sadece işverene değil, bağımlı çalışan göçmen işçiye de uygulanmaktadır. Zaten zor koşullarda çalışan ve yeterli gelir elde edemeyen göçmen işçilerin bir de söz konusu idari para cezasını ödemeleri olanaklı görünmemektedir. Bazı araştırmalarda ülkemizde çalışan düzensiz göçmen işçilerin asgari ücretin altında ortalama aylık 250 dolar ücretle çalıştığı ifade edilmektedir^[173]. Bu itibarla kendisi de idari para cezası ödemek zorunda kalacağını düşünen düzensiz göçmen işçi, idari makamlara başvurmadan önce bu nedenle dahi çekinebilir. En azından ülkemizin içinde bulunduğu koşullar göz önüne alındığında düzensiz göçmen işçi aleyhine öngörülen idari para cezasının kaldırılması isabetli olabilecektir. Gerçi idari para cezası kaldırıldığı durumda dahi düzensiz göçmen işçinin sınır dışı edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı söylenebilir, ancak sınır dışı edilme durumu geçici koruma altında olan Suriyeliler bakımından şu an için olanaklı görünmemektedir. Zira daha önce de değinildiği üzere Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu md.4 ile Geçici Koruma Yönetmeliği md.6/1 uyarınca hiç kimsenin, 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 gönderilemeyeceği hüküm altında alınmıştır. Diğer bir deyişle mevcut savaş koşulları dikkate alındığında Suriyeliler bakımından sınır dışı etme kararının uygulanması olanaklı değildir. Dolayısıyla kaçak göçmen işçiye uygulanacak idari para cezasının kaldırılması, en azından kaçak çalışan Suriyelilerin kayıt altına alınmasına katkıda bulunabilir.

Yukarıda belirtilenlerin yanı sıra göçmen işçilere psikolojik destek ve hukuki yardım sağlayacak birimlerin kurulması da düşünülebilir. Özellikle işçi alacakları ve hakları bakımından hukuk fakülteleri bünyesinde kurulacak hukuk kliniklerinden yardım almaları imkanı getirilebilir. Hukuk klinikleri tarafından sağlanacak hukuki danışmanlık önerisine karşılık, zaten geçici koruma statüsündeki kişilerle ilgili olarak Geçici Koruma Yönetmeliği md.53'de Avukatlık Kanununun adli yardıma ilişkin hükümlerinin saklı tutulduğu, en azından Suriyeli kaçak göçmen işçilerin adli yardımdan yararlanabileceği ifade edilebilir. Ancak adli yardımdan yararlanmanın şartlarından biri Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği^[174] gereğince, adli yardımda bulunan kişinin haklılığının uygun

[172] Yurdakul, 52 vd. Karaaraslan, 206 vd. Tunç, 52 vd.

[173] Şahin, Göçmen İşçi, 28-29.

[174] 30 Mart 2004 tarih ve 25418 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

bulunmasıdır (md.5/2). Bu itibarla istemi haklı bulunmayan Suriye kökenli kaçak göçmen işçiler adli yardımdan yararlanamayacaklardır. Hukuk klinikleri kapsamında ise bu kapsamda bir ayrıma gitmeye gerek olmaksızın tüm göçmen işçilere hukuki bilgi verilmesi ve danışmanlık sağlanması olanaklı kılınabilir. Bu yönde bir uygulama hukuk öğrencilerinin yetişmesine de katkı sağlayacaktır.

6. GEÇİCİ (GÜVENCESİZ) İŞÇİLER

Öncelikle geçici (güvencesiz) işçi kavramıyla neyin kastedildiği sorusu gündeme gelebilir. Genellikle dört unsurun varlığı halinde istihdam edilen kişilerin geçici statüde olduğu kabul edilmektedir. Bunlar; istihdamın devam edip etmeyeceğine yönelik öngörünün düşük olması, çalışma koşulları, ücret, çalışma saatleri başta olmak üzere işin kontrolünün genellikle kendilerine ait olmaması, sosyal koruma, işsizliğe veya ayrımcılığa karşı koruma düzeyinin düşük kalması, yeterli gelir düzeyinden yoksun kalmaları başka bir deyişle ekonomik açıdan da kırılğan olmalarıdır^[175]. Değinilen anlamda özellikle belirli süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma sözleşmesiyle çalışan yahut asıl işveren alt işveren ilişkisi, meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi gibi üç taraflı iş ilişkileri kapsamında istihdam edilen işçiler geçici işçi olarak kabul edilmektedir. İşyerlerinde ve işletmelerde geçici işçi çalıştırılması ise çeşitli nedenlere dayanabilmektedir. Hastalık veya doğum iznini kullanan bir işçinin yokluğu nedeniyle yahut talepte geçici olarak meydana gelen (örn: mevsimlik) artışları karşılamak üzere üretim bandında ortaya çıkan işgücü ihtiyacında geçici işçilerden yararlanılabilmektedir. Ek olarak işyeri zaten proje tabanlı çalışmaktaysa, diğer bir deyişle kısa süreli projeleri yürütmekte ve bu nedenle kısa bir dönem için işçi ihtiyacı doğmaktaysa, geçici işçi istihdamı tercih edilmektedir. İşçilerin istihdam süresi ise birkaç haftadan birkaç aya, bazı durumlarda bir yıl yahut daha uzun sürelere denk gelebilmektedir^[176]. Geçici işçilerin en önemli sorunları arasında, işyerinde çalışan emsal işçi olarak nitelendirilebileceğimiz diğer işçilerle aynı işi yapmalarına rağmen işyerinde çalışmalarından dolayı alabilecekleri eğitim olanaklarının ve yükselme imkanlarının daha kısıtlı olması hususları yer almaktadır^[177].

[175] **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017.

[176] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 94.

[177] **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017. **Lamm**, 164.

Bir araştırmaya göre geçici işçi oranı Avrupa'da 1999 yılında %11,8 iken, 2010 yılında %14'e yükselmiştir^[178]. Ulaşabildiğimiz son verilere göre de 28 Avrupa ülkesinde 2015 yılında geçici işçi oranı ortalaması %19 düzeyine erişmiştir^[179]. Geçici işçiler bakımından kadın istihdamının erkek istihdamının iki katı olduğu da ifade edilmektedir^[180]. Ülkemiz açısından ise çok net verilere ulaşılamamakla birlikte bir çalışmaya göre 2002 yılından beri alt işverenler yanında çalışan işçi sayısı sistematik olarak artmaktadır. 2002 yılında alt işverenler yanında çalışan kayıtlı işçi sayısı 387 bin iken, 2011 yılında bu rakam özel ve kamu sektöründe toplam 1 milyon 611 bine yükselmiştir. Alt işverenler tarafından istihdam edilen işçi sayısı 2002-2007 yıllarında 3 kat, 2007-2011 yılları arasında ise yüzde elli oranında artış göstermiştir^[181]. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanunda değişiklik yapan 2016 yılında kabul edilen 6715 sayılı kanunla yasal bir temele oturtulmuştur. 6715 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce öğretilerdeki bazı görüşlere^[182], Yargıtay kararlarının büyük bir kısmına^[183] ve Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğine^[184] göre yasak kabul edilmesine rağmen, ülkemizde bu faaliyetin yerine getirildiği Yargıtay kararlarının içeriğinden anlaşılmaktaydı. Ancak belirlenemeyen asıl husus meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin boyutlarıydı. Türkiye İş Kurumu Kanununda 6715 sayılı kanunla yapılan değişiklikler sonucu "Özel istihdam bürosu, işgücü piyasasının izlenmesi için gerekli olan; iş arayanlar, açık işler, işe yerleştirmeler ve geçici işçi sağlama sözleşmeleri ile ilgili istatistikleri elektronik

[178] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 92, 94.

[179] <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, 23.03.2017.

[180] **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017.

[181] **Öngel**, http://disk.org.tr/wp-content/uploads/2014/02/DiSKAR_06.pdf, 21.03.2017.

[182] 6715 sayılı kanunla yasal temele kavuşturulmadan önce meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin yasak olduğunu belirten öğreti görüşleri için bkz.; **Ekmekçi**, Ödünç İş İlişkisi, 370-371. **Başterzi**, Değerlendirme, 48. **Alpagut**, Mesleki, 578. **Alpagut**, Geçici, 277. **Odaman**, 30. **Uşen**, 305. **Arslanoğlu**, 54. **Heper**, 180. 6715 sayılı kanunla yasal temele kavuşturulmadan önce de ülkemizde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin uygulanabileceğini, yasak olmadığını savunan öğreti görüşleri için bkz.; **Ekonomi**, 254,258-260. **Akyiğit**, 345. **Benli-Yiğit**, 37. **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 565-568.

[183] Y9HD, 04.04.2005, 7774/11838, **Çankaya-Çil**, 168-169. Y9HD, 25.10.2010, 37702/30363, **Alpagut**, 39. Y7HD, 07.03.2013, 2572/2349, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (40) 2014/1, 398-403. Y22HD, 16.01.2014, 37248/247, Çalışma ve Toplum – Ekonomi ve Hukuk Dergisi, (41) 2014/2, 424-427.

[184] 19 Mart 2013 tarih ve 28592 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu yönetmelik, 11 Ekim 2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan yeni Özel İstihdam Büroları yönetmeliğinin 31. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

ortamda Kuruma bildirmekle ve uygulamanın takibi için gerekli olan diğer bilgi ve belgeleri talebi üzerine Kuruma vermekle yükümlüdür” hükmü getirilmiştir (md.19/3). Bu itibarla meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında ülkemizde istihdam edilen işçilerin istatistiklerine artık ulaşılabilecektir. Ancak 6715 sayılı kanunla yapılan değişiklikler daha çok yeni bir tarihte yürürlüğe girdiğinden, kanunun öngördüğü istatistiklere henüz ulaşamamaktadır. Ulaşabildiğimiz önemli bir veri ülkemizde faaliyette bulunan özel istihdam bürolarının sayılarıyla ilgilidir. Türkiye İş Kurumunun verileri uyarınca ülkemizde şu an için toplam 446 özel istihdam bürosu faaliyette bulunmaktadır^[185]. Söz konusu özel istihdam bürolarından kaçının meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yetkisine de sahip olduğu ise verilerde yer almamıştır.

Özel politika gerektiren diğer işçilerle geçici işçiler arasında çok sayıda kesişim noktası mevcuttur. Genç işçilerin, göçmen işçilerin, doğumdan sonra işe geri dönen kadın işçilerin ve engelli işçilerin çoğu, iş gücü piyasasına daha kolay giriş imkanı sunan güvencesiz istihdam biçimleri kapsamında çalıştırılmaktadır. Geçici işçilerin çoğunluğu açısından güvencesiz istihdam bir tercih değil, daha çok bir zorunluluk niteliğindedir. Bu durum, tecrübelerinin azlığından veya eğitim düzeylerinin düşüklüğünden kaynaklanabildiği gibi, istihdam edildikleri sektörde tam süreli iş sözleşmesi teklif oranının yetersizliğine de dayanabilmektedir. Bununla birlikte özellikle kadın işçiler, ev işleri ve çocuk bakımına daha fazla zaman ayırabildikleri için geçici işçiliği tercih edebilmektedir^[186].

Değindiği üzere geçici (güvencesiz) işçiler, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektiren işçi grupları arasında kabul edilmekle birlikte, diğer özel politika gerektiren işçi gruplarına kıyasla sosyo-ekonomik yapıları, biyolojik nedenler yahut kültürel yapıları bakımından ayırt edici bir nitelikleri bulunmamaktadır. Bu itibarla tam zamanlı iş olarak nitelendirilen standart istihdam biçimiyle değil, atipik istihdam biçimleri kapsamında çalıştırılmalı başlı başına bu kişilere özgü risk faktörlerinin ortaya çıkmasına yol açabilmektedir^[187].

a) Geçici işçilere özgü risk faktörleri

Geçici işçilerin özel risk gruplarına girmesinde dikkate aldığımız ve güvencesiz istihdamı nitelendirirken değindiğimiz hususlar, büyük ölçüde geçici işçiler açısından aynı zamanda risk faktörü niteliğini taşımaktadır.

[185] <http://www.iskur.gov.tr/tr-tr/ozelstihdamburolari/acikkapaliburolistesi.aspx>, 21.03.2017.

[186] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 93-94.

[187] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 92.

Geçici işçiler, işyerinde çalışan tam süreli istihdam edilen emsal işçilere kıyasla yerine getirdikleri iş üzerinde ve çalışma saatlerinin belirlenmesi bakımından daha az kontrol imkanına sahiptirler. İşyerinde yükselme olanakları da çok kısıtlıdır. Bu durum geçici işçilerin çalışma koşullarına da yansımaktadır. Geçici işçiler kısa dönem için işyerine gittiklerinden daha deneyimsiz olmakta, yerine getirdikleri göreve alışkın olmadıkları gibi, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında da tam bir bilgi sahibi olamamaktadırlar. Aynı zamanda geçici işçi statüsünde çalışmaları, iş sağlığı ve güvenliği açısından emsal işçilere kıyasla daha az eğitim almalarına yol açmaktadır. Yapılan bir araştırmada geçici işçilerin daha az eğitime tabi tutulmaları nedeniyle emsal işçilere oranla daha fazla işyeri kaynaklı kaza geçirdikleri ve kaza geçirme ihtimallerinin emsal işçilere göre iki kat daha yüksek olduğu tespit edilmiştir^[188].

Geçici işçiler bakımından öne çıkan diğer bir husus da geçici işçiler arasında sendikalaşma oranının daha düşük olmasıdır. Sendikalaşma oranının düşük olması, toplu pazarlık gücünün yeterli düzeyde olmaması, çalışma koşullarının genellikle bireysel iş sözleşmeleriyle belirlenmesine yol açmaktadır. Bu itibarla geçici işçiler, kendilerine yol gösterecek ve destekleyecek bir sendikadan da yardım almadıkları için daha ağır ve daha kötü koşullardaki işleri kabul etmeye eğilimli olmaktadır. Diğer bir deyişle geçici işçiler arasında göçmen işçilerde olduğu üzere '3-D' olarak kısaltılan pis (Dirty), tehlikeli (Dangerous) ve nitelik gerektirmeyen (Demanding) işlerde istihdam edilme oranının yüksek olduğu görülmektedir^[189]. Yapılan bir araştırmada da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalışan ödünç işçilerin diğer iş sözleşmesi türlerine göre çalışan işçilere nazaran başta gürültü, güç durumlar ve sarsıntı olmak üzere fiziksel tehlikelere daha çok maruz kaldıkları ve emsal işçilere kıyasla daha fazla iş yüküyle başa çıkmak zorunda kaldıkları belirlenmiştir^[190].

Geçici işçiler bakımından mevcut işleri sona erdiğinde yeni bir iş bulmak zorunda kalacaklarını bildikleri için iş güvencesinden yoksun olmaları da önemli bir risk faktörü olarak karşımıza çıkmaktadır. 2008 yılında yaşanan ekonomik kriz döneminde yapılan bir araştırmaya göre geçici işçilerin işlerini kaybetme oranının emsal nitelikteki belirsiz ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere kıyasla dört kat daha fazla olduğu saptanmıştır. Mevcut işleri sona erdiğinde yeni

[188] **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017. **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 95, 97.

[189] **Sargeant**, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017. **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 95.

[190] *Commission of The European Communities*, Explanatory Memorandum, <http://www.agri-migration.eu/docs/temporary%20agency%20directive%20EC%202002.pdf>, 21.03.2017.

bir iş bulup bulamayacakları hususu geçici işçilerde strese ve tükenmişliğe yol açmaktadır. Bu durum sadece iş hayatları üzerinde değil özel hayatları üzerinde de etkide bulunmaktadır. Geçici işçiler arasında sigara ve alkol tüketiminin daha yoğun olduğu tespit edilmiştir. Geçici işçiler bakımından emsal işlere kıyasla alkole bağlı nedenlerle ölüm oranının iki kat, sigaraya bağlı nedenlerle ölüm oranının ise üç kat daha fazla olduğu ifade edilmektedir^[191].

b) Geçici işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve değerlendirilmesi

Geçici işçiler homojen bir grup değildir. Farklı çalışma biçimleri kapsamında istihdam edilen çeşitli kişi gruplarını kapsamına almaktadır. Bu itibarla mevzuatımızda farklı istihdam biçimleri çerçevesinde çalıştırılan kişilerle ilgili farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Mevzuatımızda özellikle alt işveren işçileriyle ilgili özel hükümlere 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bu kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmeliklerde yer verilmiştir.

6331 sayılı kanun kapsamında alt işveren, istihdam ettiği işçiler açısından işveren sıfatını taşıdığından ötürü İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunundan doğan her türlü yükümlülüklerle karşı karşıyadır. Bununla birlikte alt işverenlik uygulamalarına bakıldığında, alt işveren işçileri büyük ölçüde asıl işverenin işyeri ortamında çalıştığından dolayı, ortak çalışma alanında asıl işveren ile alt işverenin yarattığı ya da maruz kalacakları iş risklerini birbirinden net olarak ayırmak güçleşmektedir. Bu nedenle alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında asıl işverenlere de çeşitli yükümlülükler getirilmiştir^[192].

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya kurullarının ne şekilde oluşturulacağı, 6331 sayılı kanun md.22 ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik^[193] md.4'de düzenlenmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik md.7'de de asıl işveren ile alt işverenin ortak iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurduğu hallerde, kurul üyelerinin eğitiminden her iki işverende birlikte sorumlu tutulmuştur. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği md.15'de ise asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin bulunduğu işyerlerinde risk değerlendirmesinin ne şekilde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanlarıyla ilgili ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeler asıl işverence alt işverenlere sağlanacaktır. Asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını

[191] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 96-97.

[192] **Akın**, 169. **Erdoğan**, 115.

[193] 18 Ocak 2013 tarih ve 28532 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

denetleyecek ve bu konudaki çalışmalarını koordine edecektir. Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verecek, asıl işveren alt işverenler tarafından kendisine verilen risk değerlendirmelerini kendi risk değerlendirme çalışmalarlarıyla bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izleyecektir. Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde^[194] de asıl işveren-alt işveren ilişkisine özgü özel hükümlere yer verilmiştir. Söz konusu yönetmeliğe göre inşaatta yapılan çalışmalar bakımından işveren ve alt işverenler, yapı alanındaki uygun sağlık ve güvenlik şartlarının sürdürülmesi için, sağlık ve güvenlik koordinatörlerinin sağlık ve güvenlikle ilgili konularda görüş ve önerilerini dikkate almak zorundadır (md.5/3). Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelikte asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işveren çalışanlarının eğitimlerinden, asıl işverenin de alt işverenle birlikte sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır (md.5/3). İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkındaki Yönetmelik kapsamında da işyeri hekiminin görevleri arasında başka bir işverenden iş görmek için işyerine geçici olarak gönderilen çalışanlar ile alt işveren çalışanlarının yapacakları işe uygun olduğunu gösteren sağlık raporlarının süresinin dolup dolmadığını kontrol etme hususu belirtilmiştir (md.9/2-c-10). Bu görev kapsamında asıl işverenin, alt işveren işçilerinin sağlık gözetiminin yerine getirilip getirilmediğini de takip etme zorunluluğunun var olduğu söylenebilecektir.

Mevzuatımızda yer alan önlemler incelendiğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde iş sağlığı ve güvenliği alanında yapılması gerekenlerin daha ziyade koordinasyona yönelik olduğu ifade edilebilir. Ancak bunun ötesinde öğretilerde asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında kendi işçisi olmamasına rağmen alt işveren işçisine de talimat verebileceği isabetli olarak kabul edilmektedir^[195]. Diğer bir ifadeyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin olduğu hallerde iş

[194] 05 Ekim 2013 tarih ve 28786 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

[195] **Akın**, 171. **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 68. **Erdoğan**, 115-116. **Sarıbay Öztürk**, 116-117. Her ne kadar iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili konularda asıl işverenin alt işveren işçisine emir ve talimat verebileceği kabul edilmekteyse de, tartışma noktasını talimatın hangi hukuki temele oturtulacağı hususu oluşturmaktadır. Bu konuda edimden bağımsız borç ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve iş hukukunun kendi dinamiklerinden hareketle asıl işverenin alt işveren işçilerine talimat verebileceğini öngören görüşler karşımıza çıkmaktadır. Talimat verme hakkının hukuki dayanağına ilişkin görüş ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Akın**, 169-176. **Sarıbay Öztürk**, 114-117. Edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü uyarınca alt işveren işçisi ile asıl işveren arasında, alt işverenin asıl işverenin işyeri ortamında iş üstlenmesi nedeniyle sosyal bir temas kurulmaktadır. Bu itibarla iş sözleşmesinden doğan edim yükümlülüklerinden bağımsız bir koruma yükümü getiren borç ilişkisi ortaya çıkar. İlgili öğreti görüşüyle ilgili ayrıntılı bilgi için

sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında tek yükümlü olarak alt işvereni görmek mümkün değildir. Asıl işverenlerinde alt işverenlerin işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda azami dikkat ve özeni göstermesi, gerekli önlemleri alması yahut aldırması gerekmekte olup^[196], gerekli önlemlerin alınmaması doğrudan doğruya asıl işverenin kendi şahsında cezai veya hukuki sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Bu yöndeki kabul ve mevzuatımızdaki özel hükümler dikkate alındığında alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik yasal düzenlemelerin olumlu olduğu ifade edilebilir. Alt işveren işçilerinin geçirdiği çoğu ölümlü iş kazası vakalarının sık sık basına yansması ve bu durumun toplumda bir duyarlılığa yol açması, mevzuatımızda ve öğretilerde alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği konusuna özel bir dikkatin yöneltilmesinin başlıca nedeni olarak görülebilir. Özellikle 2008 yılında neredeyse her gün tersanelerde çalışan alt işveren işçilerinin geçirdikleri iş kazası vakaları^[197] başta olmak üzere benzer olaylar^[198], alt işveren tarafından istihdam edilen işçilerin ne kadar güvencesiz olduğunu göstermekte olup, iş

bkz.; **Başbuğ**, 68. Ancak edimden bağımsız borç ilişkisi görüşü alt işveren ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğunun bağımsız ve sınırsız bir sorumluluk değil, alt işverenin sorumluluğunun söz konusu olduğu olgularla bağlı sınırlı bir sorumluluk olduğu, ayrıca asıl işveren ile alt işveren işçileri arasında bir borç ilişkisinin kabul edilmesi halinde bir iş ilişkisinin bütün yönleriyle bu varsayılan ilişkiye de uygulanmasının kaçınılmaz olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu doğrultudaki öğretici görüşleri hakkında bilgi için bkz.; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 68, dn.80. **Aykaç**, Alt İşveren, 220-223. İş hukukunun kendi dinamiklerinden hareket edilmesi gerektiğini savunan görüşe göre de asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen bireysel ve toplu iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları ile iş mevzuatı, diğer çalışma koşulları gibi kaynakların, asıl işverenle alt işveren arasındaki ilişkiye de temel oluşturacağı kabul edilmelidir. Söz konusu öğretici görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Akın**, 175-176.

[196] **Akın**, 171.

[197] ‘*Liman ve Tersane İşçileri Genel Başkanı Cem Dinç ile Söyleşi: İşçinin Kaza Sonucu Ölümü*’, <http://www.birikimdergisi.com/guncel-yazilar/205/liman-ve-tersane-iscileri-genel-baskani-cem-dinc-ile-soylesi-iscinin-kaza-sonucu-olumu>, 22.03.2017. ‘*Tersane Kazalarında Çare; İş Sağlığı ve Güvenliği!*’, <http://www.eforosgb.com/care-is-sagligi-ve-guvenligi/>, 22.03.2017. ‘*Tersanede 155. Ölüm*’, <http://bianet.org/bianet/toplum/143557-tersanede-155-olum>, 22.03.2017.

[198] ‘*Çalışırken 20 Metre Yükseklikten Düşen 1 Çocuk Babası Taseron İşçi Hayatını Kaybetti*’, <http://www.5haber.com/calisirken-20-metre-yukseklkten-dusen-1-cocuk-babasi-taseron-isci-hayatini-kaybetti-31664.html>, 22.03.2017. ‘*Gebzede iş cinayeti: Taseron işçi pres makinesine sıkışarak yaşamını yitirdi*’, <http://ilerihaber.org/icerik/gebzede-is-cinayeti-taseron-isci-pres-makinesine-sikisarak-yasamini-yitirdi-63768.html>, 22.03.2017. ‘*Fabrikada İş Cinayeti: Taseron İşçi Hayatını Kaybetti*’, <https://www.evrensel.net/haber/294996/fabrikada-is-cinayeti-taseron-isci-hayatini-kaybetti>, 22.03.2017.

sağlığı ve güvenliği açısından hangi önlemlerin alınabileceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik^[199] hükümleri kapsamında ise belirli süreli iş sözleşmesi yahut ödünç (geçici) iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilere özgü özel iş sağlığı ve güvenliği önlemleri düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelik yürürlüğe girdiği tarihte henüz meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasal temele kavuşturulmamıştı. Ancak ilgili yönetmelikte geçici iş ilişkisi tanımı bakımından 4857 sayılı İş Kanunundaki tanımın esas alındığı ibaresine yer verilmiştir (md.4/2). Dolayısıyla İş Kanununun 7. maddesinde 2016 yılında 6715 sayılı kanunla yapılan değişiklikle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi yasal temele kavuşturulmuş olup, geçici iş ilişkisi tanımı meslek edinilmiş ve aynı zamanda meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisini de kapsar hale gelmiştir. Diğer bir deyişle Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik hükümleri hem meslek edinilmiş hem de meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde istihdam edilen işçilere uygulanabilecektir.

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkındaki Yönetmeliğin amacı, geçici iş ilişkisine veya belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışanların iş kazasına ve meslek hastalıklarına karşı korunmaları ve çalıştıkları veya ödünç verildikleri işletmedeki diğer çalışanlarla aynı düzeyde bir korumadan yararlanmalarını sağlamaktır (md.1). İlgili yönetmelik incelendiğinde özellikle eğitim verme ve bilgilendirme yükümlülüklerinin üzerinde durulduğu belirlenmektedir. İşveren, 6331 sayılı kanun md.16'da belirtilen bilgilendirme yükümlülüğüne ek olarak belirli süreli iş sözleşmesi veya geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere, işe başlamadan önce yapacakları işin ne olduğu ve bu işte karşılaşacakları riskler hakkında gerekli bilgilerin verilmesini, özellikle yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek, tecrübe ve gerekli sağlık gözetiminin neler olduğu konusunda bilgi verilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur (md.6). Ayrıca sadece geçici iş ilişkisine özgü olarak da ayrı bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ödünç alan işveren, ödünç veren işverene yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi vermelidir, verilen bu bilgileri de ödünç veren işveren ödünç işçiye iletacaktır. Geçici (ödünç) iş ilişkisinin kurulması durumunda ek olarak ödünç veren işveren geçici iş ilişkisi süresince işin yapılmasıyla ilgili koşullardan ödünç alan işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur (md.11/1). Ödünç alan işverenin ödünç veren işverene bilgi verme yükümlülüğünün getirilmesiyle hedeflenen husus,

[199] 23 Ağustos 2013 tarih ve 28744 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

iş sağlığı ve güvenliği açısından işin özelliğine uygun niteliklere sahip işçinin gönderilmesini temin etmektedir^[200].

Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik kapsamında belirli süreli iş sözleşmesiyle yahut ödünç iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran işveren, işçilerin bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını da sağlamakla yükümlü kılınmıştır (md.7). Bu husus zaten 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.17/6'da vurgulanmıştır. İlâveten 4857 sayılı İş Kanunu md.7/9-f. bendinde de ödünç alan işverenin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesi kapsamında iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla, ödünç işçinin de bu eğitimlere katılmakla yükümlü olduğu bir kez daha vurgulanmıştır. Değinilen yönetmelikte son olarak sağlık gözetimiyle ilgili bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Sağlık ve güvenlik yönünden özel sağlık gözetimi gerektiren işlerde işveren, belirli süreli veya geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam ettiği çalışanları, işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutmalı, işten kaynaklanan gereklilik devam ettiği sürece de sağlık gözetimini çalışanın sözleşme süresinin sona ermesinden sonra da sürdürmelidir (md.8). İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında da işyeri hekiminin işyerine geçici olarak gönderilen çalışanların yapacakları işe uygun olduğunu gösteren sağlık raporlarının süresinin dolup dolmadığını kontrol etme görevi olduğu belirtilmiştir (md.9/2-c-10). İşyeri hekimlerinin görevleri arasında belirtilen yükümlülük belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere değil, geçici iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçilere yöneliktir.

6715 sayılı kanunla değişik İş Kanunu md.7'de ayrıca ödünç alan işverenin ödünç işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. ve 14. maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle (md.7/9-c)^[201] yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2'de de, ödünç işçiye ilişkin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülüklerin kural olarak özel istihdam bürosu tarafından yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak getirilen düzenlemeler, iş sağlığı ve güvenliği açısından İş Kanununun 7. maddesinin değiştirilmeden önceki hali ve artık İş

[200] **Caniklioğlu**, 137.

[201] İş Kanunu md.7/9-c. bendinde yer alan hükümden Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirim yükümlüsünün değiştirildiğinin, diğer bir ifadeyle bu yükümlülüğünün sadece ödünç alan işverene ait olduğunun anlaşıldığı ifade edilmektedir (**Çelik-Caniklioğlu-Canbolat**, 182).

Kanunu md.7/son'da düzenlenen meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükümlere göre daha güvencesiz bir nitelik taşımaktadır.

İş Kanununun 7. maddesi 6715 sayılı kanunla değiştirilmeden önce işçiyi gözetme borcundan dolayı ödünç alan ve ödünç veren işverenler ödünç işçiye karşı birlikte sorumlu tutulmuşlardı (md.7/3). Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair yeni düzenlemede de aynı ifade varlığı korumaktadır (6715 sayılı kanunla değişik md.7/son). Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik md.11/1'de de ödünç veren işveren, ödünç iş ilişkisi süresince işin yapılmasıyla ilgili koşullardan ödünç alan işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur (md.11/1). Ancak meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisine yönelik İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununun ilgili hükümlerinden işçiyi gözetme borcunun asıl yükümlüsü olarak ödünç alan işverenin olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır (İş Kanunu md.7/9-f. – Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2)^[202]. Diğer bir ifadeyle kanunumuzdaki düzenlemelerden özel istihdam bürosu ile ödünç alan işverenin, işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumlu olacağına dair açık bir hükme yer verilmediği görülmektedir^[203]. Bir iş kazasının gerçekleşmesi yahut meslek hastalığının ortaya çıkması durumunda her bir işverenin sorumluluğunun ayrı ayrı belirlenmesinin hedeflendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan ödünç işçi karşısında ödünç alan işverenle özel istihdam bürosunun müteselsilen sorumlu olmadığı ileri sürülebilecektir. Bu durum ise ödünç alan ve ödünç veren işverenlerin işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumlu tutulduğu meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair hükmün (md.7/son) iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından doğurduğu etkinin meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinde ortaya çıkmasını engelleyecektir^[204]. Zira meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisinde işçiyi gözetme borcundan dolayı birlikte sorumluluğun öngörülmesi, deyim yerindeyse ödünç veren işverenlere kontrol yükümlülüğü getirilmesi anlamını taşımakta olup, ödünç veren işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmayan işyerlerine işçilerini ödünç vermekten kaçınmalarını sağlama, işçinin veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların iş kazasından yahut meslek hastalığından doğan tazminat haklarını da güvence altına alma amacına hizmet etmektedir^[205]. Yapılan açıklamalar çerçevesinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi bakımından da, meslek edinilmemiş ödünç

[202] **Odaman**, Yeni Düzenlemeler, 54.

[203] **Süzek**, 318.

[204] **Civan**, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, 53.

[205] **Süzek**, 11. Bs., 307.

iş ilişkisiyle aynı yönde bir düzenlemenin getirilmesi, ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına daha fazla katkıda bulunacaktır^[206].

c) Geçici işçilere yönelik alınabilecek diğer önlemler

Geçici işçiler arasında yer alan belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara, alt işveren işçisi olarak istihdam edilenlere ve meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilere yönelik özel hükümler bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi henüz yeni yasal bir temele oturtulduğundan, bu çerçevede çalıştırılan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması konusunda çekincemiz bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi çerçevesinde çalıştırılan işçiler bakımından halen alınabilecek çeşitli önlemlerden söz edilebilir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Kanununda ödünç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri üzerinde özellikle durulmuştur. Ancak ödünç işçi, her bir geçici iş ilişkisinde aynı işi yerine getirirse dahi, farklı işkollarına giren işyerlerine çalışmak zorunda kalabileceğinden, her bir işyerine özgü farklı risklerle karşılaşması ihtimal dahilindedir. İşçi her yeni görevlendirilmesinde ayrı eğitim alacaksa da, işçinin aldığı eğitimlere dair geçmiş bilgilere ulaşmak kolay olmayacaktır. Bu itibarla ödünç işçinin aldığı iş sağlığı

[206] Öğretide de bu konu üzerinde durulmakta olup, özel istihdam bürosu ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan ödünç alan işverenin, ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında geçirdiği iş kazası yahut meslek hastalığı nedeniyle uğradığı zarardan birlikte sorumlu olacağı kabul edilmesi gerektiği isabetli olarak ifade edilmektedir (**Güzel-Heper**, 47). Yukarıda yaptığımız açıklamalardan iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel istihdam bürosunun herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı düşünülmemelidir. Türkiye İş Kurumu Kanunu md.19/2 uyarınca bilgilendirme yükümlülüğü, sağlık gözetiminin yerine getirilmesi gibi hususlar açısından özel istihdam bürosunun da yükümlülüğü devam etmektedir. Özel istihdam bürosunun söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasının ödünç işçinin ödünç alan işveren yanında çalışırken kaza geçirmesine katkıda bulunması halinde, somut olayın özelliğine göre özel istihdam bürosu da kusurlu sayılacaktır (**Erdoğan**, 122). Bir iş kazasının meydana gelmesinde hem ödünç alan işverenin hem özel istihdam bürosunun kusurunun bulunduğu haller, birden çok kişinin bir zarara birlikte sebebiyet vermesi olarak kabul edilebileceğinden 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır (md.61). Türk Borçlar Kanunu hükümleri dolayısıyla müteselsil sorumluluğa gidilmesi, İş Kanunu md.7'de özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında açıkça düzenlenmemiş olan müteselsil sorumluluk konusunda belirttiğimiz çekinceyi hafifletebilecekse de, ayrıca birlikte sorumluluğun düzenlenmesi yönünde vardığımız sonucu değiştirmemektedir. Zira özel istihdam bürosunun kusuru bulunmadığı durumlarda ödünç işçi sadece ödünç alan işverene zararının giderilmesi için başvurabilecektir (**Civan**, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, 53-54). Bu durum ise özel istihdam bürolarını, ödünç alan işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıp alınmadığını denetlemeye zorlamayacaktır.

ve güvenliği eğitimlerini, bu eğitimlerdeki durumunu kronolojik olarak içeren bir belgenin tutulması zorunluluğu özel istihdam bürolarına getirilebilir. Bu sayede ödünç işçiyi çalıştıracak olan ödünç alan işveren, ödünç işçinin hangi alanlarda ilave eğitim almasının daha yararlı olacağını ve işçinin ihtiyaçlarını belirleyebilecektir^[207]. Bu sayede iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinden beklenen fayda daha yüksek olacaktır^[208].

İş Kanunu md.7 incelendiğinde ayrıca belirli işyerleri ve sektörler açısından meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisinin kurulmasına sınır getirildiği görülmektedir. Kanunumuz uyarınca toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süreyle, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamaz (md.7/4). Yer altında maden çıkarılan işyerlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamayacağı hususunun iş sağlığı ve güvenliği kaygılarına dayandığı anlaşılmaktadır. Yasanın gerekçesine göre iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike arz ettiğinden dolayı yer altında maden çıkarılan işyerleri bakımından sektörel bir sınırlamaya gidilmiştir. Yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç işçi çalıştırılmasının engellenmesi kanaatimizce son derece isabetli ise de, yeterli değildir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurma yasağının, ciddi iş sağlığı ve güvenliği sorunları yaratacak çok tehlikeli ve tehlikeli diğer işyerleri göz önüne alınarak genişletilmesi yerinde olacaktır^[209]. Fransa'da tehlikeli işler ödünç iş ilişkisi kurulamayacak haller arasında yer almakta olup, Belçika'da taşıma sektöründe, gemicilik, mobilya depolama sektöründe ve diğer tehlikeli nitelik taşıyan işlerde mavi yakalı işçiler bakımından sınırlamalar öngörülmüştür^[210]. Almanya'daki Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi Hakkındaki Yasanın '1b' maddesi gereği de inşaat sektöründe meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulması yasaklanmıştır^[211]. Bu itibarla yapılacak bir değişiklikle yer altında maden çıkarılan işyerlerinin yanı sıra, ülkemizdeki durum göz önüne alınarak iş kazalarının ve meslek hastalıklarının sıklıkla meydana geldiği sektörlerinde meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kurulamayacak haller arasına dahil edilmesi isabetli olacaktır.

[207] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 100.

[208] **Civan**, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, 55.

[209] **Doğan Yenisey**, Geçici İş İlişkisi, 150.

[210] **Alpagut**, Avrupa Birliği Yönergesi, 366.

[211] **Junker**, §2, Rn.117. **Rolfs**, AÜG, §1, Rn.14.

7. YAŞLI İŞÇİLER

Beklenen yaşam süresinin uzaması, zamanla iş gücü içerisinde yer alacak olan yaşlı işçi sayısında da artışa işaret etmektedir. Demografik anlamda 65 yaşın üstündeki kişiler için yaşlı nitelendirmesi yapılmaktaysa da, çalışma hayatı bakımından kural olarak 55 yaşın üstündeki kişiler yaşlı kabul edilmektedir^[212]. Yapılan hesaplamalara göre Avrupa'da işgücünün yaklaşık %15'ini 55-64 yaş arasında yer alan kişiler oluşturmaktadır^[213]. 2015 yılı verilerine göre de Avrupa Birliğine üye olan 28 ülkede 55-64 yaş grubundaki kişilerin ortalama %53,3'ü işgücü piyasasındadır^[214]. Ülkemizde de Türkiye İstatistik Kurumunun 2012 yılı verileri uyarınca 55 yaşın üstündeki toplam kişi sayısı 11 milyon 317 bin kişi olup, 55 yaşın üstündeki kişiler arasında istihdam oranı %22,9'a denk gelmektedir^[215]. 2016 yılı istatistiklerinden de ülkemizde 50-54 yaş grubu arasında istihdam oranının %47,2, 55-59 yaş grubu arasında istihdam oranının %38, 60-64 yaş grubu arasında ise istihdam oranının %28,2 düzeyinde olduğu görülmektedir^[216].

Beklenen yaşam süresinin artışı, sosyal güvenlik sistemindeki yükü artırmaktadır. Nitekim ülkemizde yaşlılık sigortası en büyük gider payını oluşturmaktadır. 2016 yılı Aralık ayı itibariyle 4/I- 'a', 'b' ve 'c' bentlerine tabi olup Sosyal Güvenlik Kurumundan aylık ve gelir alan 11.755.203 kişiden 8.121.461 kişisi yaşlılık aylığı almaktadır^[217]. Yaşlılık aylığının en büyük gider kalemini oluşturmasından ötürü çoğu Avrupa ülkesi erken emeklilik sistemlerini kısıtlama eğiliminde olup, kişileri mümkün olduğu kadar iş gücü piyasasında tutmaya çalışmaktadır^[218]. Ülkemizde de 08.09.1999'a kadar erken emekliliğe imkan sağlayan, belirli bir yaş sınırı aramaksızın, öngörülen sigortalılık süresi ile yaş

[212] 'Health and Safety Issues in an Aging Workforce', [http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health and safety issues in aging workforce ib49_health.pdf](http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health%20and%20safety%20issues%20in%20aging%20workforce%20ib49_health.pdf), 09.03.2017. **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017. Bazı çalışmalarda ise 45 yaş ve üstündeki kişiler, yaşlı çalışan olarak tanımlanmaktadır ('Safe and Healthy: A Guide to Managing an Ageing Workforce', http://worksafe.tas.gov.au/_data/assets/pdf_file/0003/283782/BetterWork_Ageing_WorkforceT.pdf, 23.03.2017).

[213] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 49.

[214] <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>, 23.03.2017.

[215] http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1007, 14.03.2017.

[216] <https://biruni.tuik.gov.tr/medas/?kn=72&locale=tr>, 23.03.2017.

[217] http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/aylik_istatistik_bilgileri, 23.03.2017.

[218] **Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling**, 49.

koşulunu tamamlayarak emekli olmaya imkan tanıyan bir sistem mevcuttu. Bununla birlikte erken emeklilik olanağı ülkemizdeki sosyal güvenlik kurumlarının aktüeryal dengesi bozmuş olup, aktif pasif oranı 1/1,71'lere kadar gerilemiştir. Bu durum üzerine 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı yasayla sadece belirli sigortalılık süresini ve prim ödeme koşulunu tamamlayarak emekli olma imkanı kaldırılmıştır. Şu an için ülkemizde yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından üç dönem söz konusu olup, bu dönemler 08.09.1999'dan önceki dönem, 08.09.1999-30.04.2008 dönemi ve 30.04.2008'den sonraki dönem olmak üzere üçe ayrılabilir. 30.04.2008'den sonraki dönemde 5510 sayılı kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır (md.28 vd.). 5510 sayılı kanun uyarınca kadınların 58, erkeklerin 60 yaşını doldurmuş olmaları ve haklarında en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanacaktır. Ancak, iş sözleşmesiyle çalışan sigortalılar için prim gün sayısı koşulu 7200 gün olarak uygulanacaktır. Ayrıca 2036 tarihindense sonra yaşlılık aylığı için aranan yaş kademeli olarak artacak ve 2048 yılında hem kadın hem de erkek sigortalılar 65 yaş koşuluna tabi olacaklardır^[219]. Şu halde önümüzdeki yıllarda ülkemiz açısından iş gücü piyasasında yer alan yaşlı çalışan oranının daha da yükseleceği öngörülmektedir. Çalışan nüfus arasında yaşlı işçilerin oranının artması, söz konusu işçi grubunun iş sağlığı ve güvenliği açısından korunması konusunun önemini de artırmaktadır^[220]. Bu bağlamda öncelikle yaşlı işçiler açısından ortaya çıkan risk faktörleri ele alınmalıdır.

a) Yaşlı işçilere özgü risk faktörleri

Yaşlanmayla birlikte görme, işitme gibi bir takım fizyolojik fonksiyonlarda ve hareket yeteneğinde zayıflama meydana gelmektedir. Görme, işitme duyusu zayıflamış olan kişi, çevredeki tehlikeleri yeterince algılayamadığından kaza riski artmaktadır. Hareket yeteneğindeki azalmaya bağlı olarak tehlikelerden kaçma ve uzaklaşma imkanı da güçleşmektedir^[221]. Yapılan bir araştırmaya göre yaşlı işçiler arasında meydana gelen temel kaza biçimleri, düşme, burkulma veya kasılma yahut kalp-damar zedelenmeleri olarak tespit edilmiştir. Düşmenin

[219] Yaşlılık aylığına hak kazanma dönemleri ve hak kazanma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Tuncay-Ekmekçi**, 464 vd. **Güzel-Okur-Caniklioglu**, 476 vd. **Sözer**, 331. **Mutlay**, 387 vd. 5510 sayılı kanundan önceki dönem için çeşitli sosyal güvenlik kanunları (Sosyal Sigortalar Kanunu, Bağ-Kur Kanunu, Emekli Sandığı Kanunu) uyarınca yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Başterzi**, Yaşlılık Sigortası, 148 vd.

[220] **Wiebauer**, Landmann/Rohmer-GewO I ArbSchG § 4, Rn. 56.

[221] **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

nedeni, hareket yeteneğinin azalmasına bağlı olarak tepki gösterme süresinin uzamasına, denge bozulmasına bağlanmaktadır. Burkulma veya kasılmaya bağlı yaralanmalar, dayanıklılık ve esnekliğin azalması ile kişinin güç/kuvvetindeki düşüşle açıklanmaktadır. Kalp-damar zedelenmeleri ise aşırı efor gösterilmesi yahut sıcak ve soğuga karşı duyarlılığın artmasıyla ilişkilendirilmektedir^[222].

Fiziksel değişimlerle beraber öğrenme ve bilişsel fonksiyonlarda da bazı değişiklikler meydana gelebilmektedir. Yaşlı kişiler eskisi gibi hızlı ve net düşünemeyebilir. Bu durum yaşlı kişilerin yeni beceriler öğrenmelerini de zorlaştırır^[223]. Ayrıca yaşlı çalışanlarda sağlık sorunları nedeniyle devamsızlık daha nadir olsaydı da, daha uzun sürdüğü tespit edilmektedir. Bu konuda yapılan bir tespite göre, bir aydan fazla devamsızlığa yol açan iş kazası oranı 15-24 yaş grubundaki kişilere oranla 55-64 yaş grubundaki kişiler açısından iki kat daha fazladır^[224].

b) Yaşlı işçilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ve alınabilecek diğer önlemler

İş sağlığı ve güvenliği açısından yaşlı işçilere yönelik özel düzenlemeler 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bu kanuna bağlı çıkarılan yönetmeliklerde yer almaktadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.10'da işverenin risk değerlendirmesi yaparken yaşlı çalışanların durumunu gözeteceği düzenlenmiştir. Aynı husus İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği md.8/1-ı. bendinde de vurgulanmıştır. Risk değerlendirmesi kapsamında yapılabilecek hususlar arasında, gerektirdiği takdirde yaşlı işçiler açısından işyerinde ergonomik düzenlemelerin veya çalışma sürelerine ilişkin ayarlamaların yapılması, uyarı levhalarının daha dikkat çekici olması açısından renk zıtlıklarından yararlanılması düşünülebilir^[225]. Yapılan bir araştırmaya göre yaşlı işçiler açısından ergonomik düzenlemelerin yapıldığı işyerlerinde kas iskelet sistemi rahatsızlıkları %67, kas iskelet sistemi rahatsızlıklarının yol açtığı kayıp gün sayısı ise %74 oranında azalmıştır. Bu bağlamda uğradığı rahatsızlıktan

[222] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 52.

[223] Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

[224] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 52-53. 'The health, safety and health promotion needs of older workers', [https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books and resources/Published research/IOM_Ageing_lite_report.ashx](https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books%20and%20resources/Published%20research/IOM_Ageing_lite_report.ashx), 23.03.2017.

[225] Wiebauer, Landmann/Rohmer-GewO I ArbSchG § 4, Rn. 56. 'The health, safety and health promotion needs of older workers', [https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books and resources/Published research/IOM_Ageing_lite_report.ashx](https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books%20and%20resources/Published%20research/IOM_Ageing_lite_report.ashx), 23.03.2017.

kaynaklı zarar nedeniyle işverenden tazminat isteminde bulunan çalışan sayısı da %74 oranında düşüş göstermiştir^[226]. Değinilen veriler, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında çalışanlara özgü risk faktörlerinin göz önüne alınmasının ne kadar faydalı olabileceğine işaret etmektedir.

Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.7/1 gereğince ise iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde yaşlı çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimler verilecektir. Aslında öğrenme isteği ve merak yaşla birlikte azalmamaktadır. Ancak yaşlı çalışanlarda hızlı ve net düşünme yeteneğindeki azalmaya bağlı olarak yeni becerilerin öğrenilmesi daha yavaş gerçekleşebileceğinden, bu hususun eğitimler verilirken dikkate alınması gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde yaşlı işçilerin kendilerine verilen bilgileri özümsemesi zaman alabilecektir. Bu nedenle eğitimler yapıldıktan sonra ölçme ve değerlendirme sonuçlarında yaşlı çalışanların diğer işçilere kıyasla istenilen sonuçları vermemesi durumunda, yaşlı çalışanlara kendilerinin belirledikleri hızda iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmesi imkanını tanınmalıdır^[227].

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik kapsamında da işyeri hekiminin görevleri arasında özel politika gerektiren gruplara giren çalışanların, uygun işe yerleştirilmeleri için gerekli sağlık muayenelerini yaparak rapor düzenlemesi sayılmıştır (md.9/2/c-5). Bu kapsamda yaşlı işçilere özel önem verilmeli, işe giriş ve periyodik kontrollerin yanı sıra kronik hastalığı olan işçilerin kontrolleri düzenli bir şekilde yapılmalıdır^[228]. Kalp veya şeker hastalığı gibi kronik hastalıklarda işyerinde gerekli düzenlemelerin yapılması, hastalığın kontrol altında tutulmasına yardımcı olabilecektir. Ayrıca gerektirdiği takdirde yaşlı işçinin daha sık sağlık gözetimine tabi tutulması, işçilerin sağlık sebeplerinden kaynaklanan nedenlerle daha erken yaşta iş gücü piyasasından çıkmasını engelleyebilmektedir^[229].

[226] 'Health and Safety Issues in an Aging Workforce', [http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health and safety issues in aging workforce ib49_health.pdf](http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health%20and%20safety%20issues%20in%20aging%20workforce%20ib49_health.pdf), 09.03.2017.

[227] 'Health and safety for older workers', <http://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/older-workers.htm>, 23.04.2017. 'Safe and Healthy: A Guide to Managing an Ageing Workforce', http://worksafe.tas.gov.au/_data/assets/pdf_file/0003/283782/BetterWork_Ageing-WorkforceT.pdf, 23.03.2017.

[228] **Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları**, <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

[229] 'The health, safety and health promotion needs of older workers', [https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books and resources/Published research/IOM_Ageing_lite_report.ashx](https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books%20and%20resources/Published%20research/IOM_Ageing_lite_report.ashx), 23.03.2017.

Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının 5510 sayılı kanunla zorlaştırılması sonucu, ülkemizde yaşlı çalışan oranının gelecek yıllarda daha da yükseleceği beklendiğinden, iş gücü piyasasında yaşlı çalışan oranının istikrarlı bir şekilde artırılması ve varlığını devam ettirmesinin sağlanması açısından sağlıklı ve güvenli bir işyeri ortamı oluşturulması gereği kaçınılmazdır. Bu çerçevede işletmelerde yaş yönetiminin önemli bir konu haline gelmesinin sağlanması, küçük ve orta ölçekli işyerlerine yaş yönetiminin ne şekilde gerçekleştirilebileceği hususunda devlet tarafından rehberlik hizmetinin verilmesi isabetli olacaktır^[230].

8. SONUÇ

İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması sadece makinalar ve iş ekipmanlarıyla ilgili getirilecek standartlara yahut işçilerin geneline özgü işverene yüklenen yükümlülöklere indirgenemez. Psikososyal risklerin tanınması konusu, iş sağlığı ve güvenliği alanında dünyada görölen önemli bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira yapılan araştırmalardan ulaşıldığı üzere kazaların meydana gelmesinde çoğunlukla çalışanların birtakım kişisel özellikleri de etkili olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle çalışanların bireysel özellikleri risk faktörü niteliğini taşıdığından, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemede daha etkin sonuçlara ulaşılacak isteniyorsa, çalışma hayatında özel politika gerektiren grupların durumu göz önüne alınmalıdır.

Hangi kişi gruplarının iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel politika gerektirdiği belirlenirken 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda geçen risk değerlendirmesi yaparken genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu dikkate alınır ifadesi hareket noktasını oluşturmaktadır (md.10/1-ç). Ayrıca özel politika gerektiren grupların belirlenmesinde 6331 sayılı kanunun sınırlama getirmediği de dikkate alındığında zamana ve ihtiyaca göre çeşitli kişi gruplarının da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Bu itibarla hukukumuz açısından çocuk ve genç işçiler, yaşlı işçiler, engelli işçiler, kadın işçiler (özellikle gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler) ile birlikte iş sağlığı ve güvenliği açısından benzer şekilde korunma ihtiyacının ortaya çıkacağı öngörüldüğü geçici (güvencesiz) işçiler ve göçmen işçilerin özel politika gerektiren gruplar arasında kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Çalışmamızda her bir işçi grubunun neden iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektirdiği konusu üzerinde durulmuş ve ilgili işçi gruplarına özgü risk faktörleri ele alınmıştır.

[230] Belin-Zamparutti-Tull-Hernandez-Graveling, 11.

Özel politika gerektiren gruplar arasında yer alan kadın işçiler açısından mevzuatımızda detaylı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Değinilen yasal düzenlemeler kapsamında özellikle doğurganlık yaşında olan kadınlar, gebe kalan veya yeni doğum yapan kadınlar açısından fiziki etkenler, biyolojik veya kimyasal maddelere maruziyet ihtimalleri dikkate alınarak işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmesi isabetli olacaktır. Ülkemizdeki meslek hastalıkları istatistikleri incelendiğinde, çok sayıda kadın işçinin yakalandığı ancak meslek hastalığı olarak kabul edilmeyen hastalıklardan etkilendiği ve yaşamlarını bu şekilde sürdürmek zorunda kaldıkları sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bu itibarla meslek hastalıklarının gerçek oranda tespitini sağlayacak bir sistemin ülke genelinde benimsenmesi, başta kadın işçilerin korunması olmak üzere tüm işçilerin uğradıkları zararın gerçek boyutuyla karşılanmasına ve meslek hastalıklarıyla etkin bir şekilde mücadele edilmesine olanak verecektir. 6331 sayılı kanun incelendiğinde ev hizmetlerinin kapsam dışında bırakıldığı tespit edilmektedir. Ev hizmetleri genellikle kadın işgücünün yoğun olarak istihdam edildiği iş sahalarından biridir. Bu itibarla 6331 sayılı kanunun kapsamının tekrar gözden geçirilmesi ve ev hizmetlerinin belki bazı yükümlülükler açısından istisna getirilerek kanun kapsamına alınması kadın işçilerin daha sağlıklı ve güvenli bir işyeri ortamında çalışması açısından elverişli bir yaklaşım olacaktır.

Çocuk ve genç işçiler açısından da mevzuatımızda en az çalışma yaşıyla ilgili farklı hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Farklı hükümlerin yol açtığı belirsizliğin ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de dikkate alındığında İş Kanunundaki hükme öncelik verilerek giderilmesi isabetli olacaktır. Diğer bir ifadeyle hukukumuzda en az çalışma yaşının, işçinin İş Kanunu kapsamında olup olmamasına bakılmaksızın kural olarak 15 yaş olduğu benimsenmelidir. Çocuk ve genç işçiler açısından en önemli husus, gelişimlerine uygun işlerde çalıştırılmalarını sağlamak ve sağlık durumlarını gözetim altında tutmaktır. Mevzuatımızda bu yönde hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Ancak mevzuatımızdaki çocuk ve genç işçilere özgü olan düzenlemeler 15-18 yaş arasındaki çalışanları kapsamaktadır. İstatistiklere bakıldığında ise genç işçi tanımının genişletilmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Zira 18 yaşını henüz yeni bitiren ve işe başlayan kişilerin özellikle tecrübesizlikleri nedeniyle diğer yaş gruplarına giren işçilere kıyasla daha fazla iş kazası geçirdiği tespit edilmektedir. Bu nedenle çeşitli çalışmalarda genç işçi olarak 24 yaşına kadar olan kişilerin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu itibarla 24 yaşına kadar olan kişilerin de şu anki mevzuatımızda çocuk ve genç işçiler için öngörülen koruyucu düzenlemelerden bir ölçüde de olsa yararlanabilmelerine imkan tanınması isabetli olacaktır.

Engelli işçiler bakımından genellikle işverenlerin çekindiği husus, bu işçi grubuna giren kişiler için iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmasının fazladan bir maliyet doğuracağıdır. Halbuki işyerinde alınacak önlemlerin çoğu işverene ayrı bir yük getirmeyecektir. Ayrıca engelli işçiye özel bir bilgisayar, sandalye veya oturacağı ayrı bir yer tahsisi güç sorunlar olarak görülmemelidir. İşverenin her bir engelli işçi için ayrı ayrı risk değerlendirmesi yapmasına da gerek yoktur. İşverenin, mevcut risk değerlendirmesi kapsamında yapılan tespitler ve alınan önlemlerin engelli işçileri kapsayıp kapsamadığını gözden geçirmesi, duruma göre engelli işçiler açısından ilave önlemler alması zaman ve emek kaybını önleyecektir. Ayrıca devletin engelli bireylere yönelik olarak rehberlik ve danışmanlık görevi varsa da, rehberlik ve danışmanlık hizmetlerinin tek taraflı olarak düşünülmemesi, aynı hizmetin işverenlere de sağlanması yerinde olacaktır.

Ülkemizin göç alması göçmen işçilerin de iş sağlığı ve güvenliği açısından özel politika gerektiren gruplar arasında sayılmasını gerektirmektedir. Özellikle son yıllarda Suriye'deki savaş koşullarından ötürü ülkemize yoğun bir göç dalgasının gerçekleştiği göz önüne alındığında, göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği sorunu daha da önem kazanmıştır. Çalışma izni alan göçmen işçiler Türk vatandaşlarıyla aynı yasal düzenlemelere tabi tutulmaktaysa da, bu durum göçmen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği sorununu tek başına çözmemektedir. Zira göçmen işçiler, göç ettikleri ülkedeki dili genelde bilmediğinden iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin bu husus dikkate alınarak yapılması, işverenin bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde resimli diyagramlardan (pictograms) yararlanması isabetli olacaktır. Ancak sorunun diğer bir yönü de çalışma izni almaksızın istihdam edilen, başka bir ifadeyle düzensiz göçmen işçilerdir. Düzensiz göçmen işçiler açısından iş sözleşmelerinin hangi tarihten itibaren geçersiz sayılacağı konusundan hareketle bir takım sonuçlara ulaşılabilecekse de, asıl yapılması gereken kayıt dışılığı önlemek için atılabilecek adımlardır. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği hak ve yükümlülüklerini içeren bilgilendirme materyallerinin hazırlanması konusunda devlete de yükümlülük getirilebilir. Yerel gazetelere bilgilendirici ilanlar verilmesi, radyo ve televizyonlarda bilgilendirici kamu spotlarının yayınlanması göçmen işçilerin çalışma koşulları ile iş sağlığı ve güvenliği konusunda farkındalığın artmasına yardımcı olabilecektir.

Geçici (güvencesiz) işçiler ise homojen bir grup değildir. Belirli süreli iş sözleşmesi veya part-time iş sözleşmesiyle, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ya da meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçiler, genellikle geçici (güvencesiz) işçi olarak kabul edilmektedir. Geçici (güvencesiz) işçilerden özellikle asıl işveren alt işveren ilişkisi ile meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi kapsamında istihdam edilen işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından sorunlarla karşılaşmaktadır. Alt işveren işçileri açısından iş sağlığı ve güvenliği

sorununun öğretide ele alındığı, isabetli sonuçlara varıldığı, mevzuatımızda ise asıl işverenlere özgü yükümlülükler getirildiği tespit edilmektedir. Meslek edinilmiş ödünç iş ilişkisi ise 2016 yılında kabul edilen 6715 sayılı kanunla yasal temele oturtulmuştur. Getirilen düzenleme incelendiğinde ödünç alan işverenin yanında çalışırken iş kazasına uğrayan ödünç işçi karşısında özel istihdam bürosunun ödünç alan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmadığı belirlenmektedir. Bu husus büyük bir eksiklik olup, özel istihdam büroları, ödünç alan işverenlerin işyerlerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınıp alınmadığını incelemeye teşvik edilmemiştir. Müteselsil sorumluluğun getirilmesi, özel istihdam bürolarına deyim yerindeyse kontrol yükümlülüğü getirilmesi anlamını da taşıyacaktır.

Yaşlı işçilerin ise diğer özel politika gerektiren işçi gruplarına kıyasla iş sağlığı ve güvenliği bakımından yeterince ele alınmadığı tespit edilmektedir. Ancak sosyal güvenlik sistemimizde yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının ağırlaştırılmış olması nedeniyle, ilerleyen yıllarda iş gücü piyasasında çok daha fazla yaşlı işçinin bulunacağı beklenmektedir. Risk değerlendirmesi yapılırken gerektirdiği takdirde yaşlı işçiler açısından işyerinde ergonomik düzenlemelerin veya çalışma sürelerine ilişkin ayarlamaların yapılması, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin yaşlı işçinin kendi belirleyeceği hızda gitmesine olanak tanınması iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından yapılabilecek temel hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA^{[231]***}

AKDENİZ, Ayşe Ledün: Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, İstanbul 2015.

AKIN, Levent: “Die Arbeitserlaubnis für Ausländer in der Türkei”, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS), Max-Planck Institut für Ausländischen und Internationales Sozialrecht, 4, 332-340. (Arbeitserlaubnis)

AKIN, Levent: İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013.

AKTAY, A. Nizamettin – ARICI, Kadir – SENYEN/KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

AKYİĞİT, Ercan: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006.

AKYİĞİT, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik–Taşeronluk İlişkisi, Ankara 2011. (Alt İşverenlik)

ALPAGUT, Gülsevil: “Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesi’nin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt:I, İstanbul 2011, 353-367. (Avrupa Birliği Yönergesi)

ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, 3-81.

ALPAGUT, Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 261-278. (Geçici)

ALPAGUT, Gülsevil: “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:10, Yıl:2006, 569-584. (Mesleki)

ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı, Bursa 2014.

ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl: İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler-Geçici İş İlişkisi-Asıl İşveren-Alt işveren İlişkisi, İstanbul 2005.

AYKAÇ, Hande Bahar: “Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2015, Yıl:27, Sayı:116, 335-386.

AYKAÇ, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

[231] Birden fazla yayınına gönderme yapılan veya aynı soyadını taşıyan yazarlarda parantez içindeki kısaltmalar kullanılmıştır. Birden fazla yayınına gönderme yapılan yazarların atıf yapılan ilk yayını için kısaltma yapılmadan sadece yazarın adı verilmiştir.

BAKIRCI, Kadriye: Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2004.

BAŞBUĞ, Aydın: “Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sorunlar”, Kamu-İş, Cilt:4, Sayı:3, Yıl:1998, 61-78.

BAŞTERZİ, Süleyman: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, Ankara 2011, 3-131. (Değerlendirme)

BAŞTERZİ, Fatma: Yaşlılık Sigortası, Ankara 2006. (Yaşlılık Sigortası)

BAYCIK, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, 105-170.

BELIN, Alice – ZAMPARUTTI, Tony – TULL, Kerina – HERNANDEZ, Guillermo – GRAVELING, Richard: Occupational Health and Safety for the most Vulnerable Workers, European Parliament, August 2011.

BENLİ, Abdurrahman – YİĞİT, Yusuf: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları”, Kamu-İş-İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:8, Sayı:4, 2006, 1-40.

Better Protection for Vulnerable Workers: <http://www.labour.gov.on.ca/english/hs/prevention/report/better.php>, 14.03.2017.

BOYRAZ, Şükrü: “Çalışma Hayatında Engelliler”, Toprak İşveren, Sayı 87, Eylül 2010, 10-13.

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı-Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, 2013, Basım Yılı:2014, 481-545.

CAMKURT, Mehmet Zülfi: “Çalışanların Kişisel Özelliklerinin İş Kazalarının Meydana Gelmesi Üzerindeki Etkisi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:24, Sayı:6 / Cilt:25, Sayı:1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, 70-101.

CANIKLIOĞLU Nurşen: “Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları”, Legal Vafe Toplantıları (II)-Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı-Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Mart 2008 İstanbul, 121-155.

CENTEL, Tankut: Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği (Doktora Tezi), İstanbul 1982.

CHOLEWINSKI Ryszard: Migrant Workers in International Human Rights Law – Their Protection in Countries of Employment, Oxford 1997.

CİVAN, Orhan Ersun: “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:26, Yıl:2010, 525-573.

CİVAN, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008. (Ödünç İş İlişkisi)

CİVAN, Orhan Ersun: “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, henüz yayınlanmamış makale, makalenin yayım işlemlerinin başlatıldığı tarih: Şubat 2017, 1-67. (Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi)

CİVAN, Orhan Ersun – GÖKALP, Arzu: “Göçmen İşçi Kavramı ve Göçmen İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği”, Çalışma ve Toplum, 28, 2011/1, 233-263.

Çalışma Yaşamında Özel Risk Grupları: <http://www.baskentfreze.com/FileUpload/bs544200/File/46-calisma-yasaminda-ozel-risk-gruplari.pdf>, 14.03.2017.

ÇANKAYA, Osman Güven – ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri – CANIKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.

ÇİÇEKLİ Bülent: Yabancıların Çalışma İzinleri, Ankara 2004.

DEMİR, Fevzi: “Çalışma Hayatında Çocukların Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel Sayı-Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, 2010, Basım Yılı:2012, 547-577.

DEMİR, Fevzi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2014, 675-703. (İşverenin Sorumluluğu)

Der Schutz Gefährdeter und Atypischer Beschäftigter sollte verstärkt werden: <http://www.bwint.org/pdfs/prioritat7.pdf>, 15.03.2017.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2016, 133-171. (Geçici İş İlişkisi)

DURŞUN, Salih: “Türkiye’de Buz Dağının Görünmeyen Yüzü: Meslek Hastalıkları”, Türk Metal, Sayı: 211, Şubat 2017, 30-33.

EKMEKÇİ, Ömer: “4857 Sayılı İş Kanunu’nda Geçici(Ödünç) İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Yıl:2004, 367-382. (Ödünç İş İlişkisi)

EKMEKÇİ Ömer: “Genel Hatlarıyla 4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun”, Mercek Yıl:8 Sayı:30, Nisan 2003, 29-35.

EKONOMİ, Münir: “Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi”, Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 231-266.

ELÇİN, Doğa: “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 124, 2016, 9-80.

ERGÜVEN, Nasıh Sarp – ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (4), 2013, 1007-1061.

ERDOĞAN, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu, Ankara 2016.

ERİKLİ, Süheyla: “Türkiye’de Kayıt Dışı İstihdam Çerçevesinde Kadın İstihdamının Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren, Cilt:31, Sayı:2, Mart 2017, 16-24.

ERTEN, Rifat: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 1, 3-51.

EYRENCİ, Öner – TAŞKENT, Savaş – ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2016.

GÜVEN, Ercan – AYDIN, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2013.

GÜZEL, Ali – HEPER, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atıptık İstihdam!...: Mesleki Amaçlı Geçici İş İlişkisi”, Çalışma ve Toplum, 52, 2017/1, 11-58.

GÜZEL, Ali – OKUR, Ali Rıza – CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.

Health and safety for disabled people: <http://www.hse.gov.uk/disability/index.htm>, 18.03.2017.

Health and safety for older workers: <http://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/older-workers.htm>, 23.04.2017.

Health and Safety Issues in an Aging Workforce: [http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health and safety issues in aging workforce ib49_health.pdf](http://www.caregiverslibrary.org/Portals/0/AARP-health%20and%20safety%20issues%20in%20aging%20workforce%20ib49_health.pdf), 09.03.2017.

HEPER, Hande: “Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi (Yarg. 7. HD, 07.03.2013, E.2013/2572, K.2013/2349)”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, Haziran 2014, 177-190.

İŞIK EROL, Sevgi: “Nedenleri, Sonuçları ve Hukuki Düzenlemeleriyle Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, Çimento İşveren, Cilt:29, Sayı:5, Eylül 2015, 18-35.

International Labour Office: “International Labour Standards on Migrant Workers’ Rights, Guide for Policymakers and Practitioners in Asia and the Pacific”, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_184_en.pdf, 19.03.2017.

International Labour Office: “Labour Migration Policy and Management”, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_202_en.pdf, 19.03.2017.

International Labour Office: Migrant Workers, Switzerland 1999.

Jugendarbeitsschutz/Junge Arbeitnehmer: <http://www.baua.de/de/Themen-von-A-Z/Jugendarbeitsschutz/Jugendarbeitsschutz.html>, 16.03.2017.

JUNKER, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2011.

KABAKCI, Mahmut: “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:8, Sayı:29, Mart 2013, 61-76.

KARAARSLAN, Erkan: Kayıt Dışı İstihdam ve Neden Olduğu Mali Kayıpların Bütçe Üzerindeki Etkileri: Türkiye Örneği, Ankara 2010.

KARADENİZ, Oğuz: “Ev Hizmetlerinde Çalışanlar ve Sosyal Koruma Sorunu”, İş Müfettişleri Derneği II. Çalışma Yaşamı Kongresi, Ankara 2008, 177-204.

KIRAL Halis: “Yabancıların Türkiye’de Çalışma Esasları”, TİSK, Ankara 2006.

KUTAL, Gülten: “Sakatların Ekonomik Hayata Katılması”, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, 383-398.

LAMM, Felicity: “The Challenges of Researching OHS of Vulnerable Workers in Small Businesses”, Small Enterprise Research, Volume:21, Issue:2, 2014, 161-179.

MAKAS, Recep: “Korumalı İşyeri”, Çimento İşveren Dergisi, Sayı:6, Cilt:25, Kasım 2011, 5-13.

MCKAY, Sonia – CRAW, Marc – CHOPRA, Deepta: Migrant Workers in England and Wales—an Assessment of Migrant Worker Health and Safety Risks, <http://www.hse.gov.uk/research/rrpdf/rr502.pdf>, 19.03.2017.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008.

MUTLAY, Faruk Barış: Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi, İstanbul 2014.

NARMANLIOĞLU, ÜNAL: Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.

New and expectant mothers: <http://www.hse.gov.uk/mothers/index.htm>, 15.03.2017.

New to the job: <http://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/new-to-the-job.htm>, 16.03.2017.

ODAMAN, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007.

ODAMAN, Serkan: “Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması”, Sicil–İş Hukuku Dergisi, Sayı: 36, Yıl: 2016, 41-61. (Yeni Düzenlemeler)

OHS Insider; Protecting Vulnerable Workers in Your Workplace: Practical Steps to Improve Safety & Reduce Legal Liability, <http://ohsinsider.com/wp-content/uploads/2012/02/Protecting-Vulnerable-Workers-in-Your-Workplace-21-pg.pdf>, 14.03.2017.

ÖNGEL, F. Serkan: Türkiye’de Taşeronlaşmanın Boyutları, http://disk.org.tr/wp-content/uploads/2014/02/DiSKAR_06.pdf, 21.03.2017.

ÖZDEMİR, Cumhur Sinan: “Yabancıların Çalışma İznini Düzenleyen Uluslararası İşgücü Kanunu Neler Getiriyor?”, Mali Çözüm, İSMMMO, Eylül-Ekim 2016, 297-306. (Çalışma İzni)

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014. (İş Sağlığı ve Güvenliği)

ÖZKARACA, Ercüment – ÜNAL, Canan: “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2014, 355-410.

ÖZVERİ, Murat: İşçi Sağlığı, İş Güvenliği ve İş Cinayetleri, İstanbul 2015.

ROLFS, Christian: Arbeitsrecht – Studienkommentar, München 2010.

Safe and Healthy: A Guide to Managing an Ageing Workforce: http://worksafe.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/283782/BetterWork_Ageing_WorkforceT.pdf, 23.03.2017.

SANAL, M. Engin: “Küresel Ekonomik Kriz ile Dünyada ve Türkiye’de Artan Genç İşsizliği”, Toprak İşveren, Sayı 88, Aralık 2010, 6-11.

SARGEANT, Malcolm: “Health and Safety of Vulnerable Workers in a Changing World of Work”, Working Paper Adapt, 27 Novembre 2009, n.101, http://www.bollettinoadapt.it/old/files/document/4433WP_09_101.pdf, 14.03.2017.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015.

SERATLI, Gaye Burcu: “4857 sayılı İş Kanununa göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:53, S:2, 2004, 199-245.

SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.

SÜMER, Haluk Hadi: “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşünün Değerlendirilmesi”, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara Barosu Ulusal Kongre, 2013, 65-88.

SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015. (11. Bs.)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016.

SÜZEK, Sarper: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2014, 123-141. (Geçersizlik)

ŞAHİN, Barış: “6663 Sayılı Kanun’da Analık Haline Özgü Öngörülen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt:30, Sayı:3, Mayıs 2016, 34-49. (Analık Hali)

ŞAHİN, Barış: Çocuk İşçilerin Korunması, Ankara 2010. (Çocuk İşçi)

ŞAHİN, Çiğdem: “Türkiye’de Göçmen İşçiler Sorunu”, Toprak İşveren, Sayı 104, Aralık 2014, 20-29. (Göçmen İşçi)

TAŞKENT, Savaş – KURT, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşlerin Korunması”, Çalışma ve Toplum, 2014/1, 29-50.

TEKİN, Semih: İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliğine Yapılan Yatırımların Maliyet Kazanç Analizi, Ankara 2014, <https://www.csgeb.gov.tr/media/2015/semihtekin.pdf>, 14.03.2017.

TEKİNALP Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003.

The health, safety and health promotion needs of older workers: https://www.iosh.co.uk/-/media/Documents/Books and resources/Published research/IOM_Ageing_lite_report.ashx, 23.03.2017.

TUĞ, Adnan – BAYSAL, Ulaş: “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: II, İstanbul 2011, 1869-1880.

TUNCAY, A. Can – EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2016.

TUNÇ, Mehmet: Kayıt Dışı İstihdamla Mücadelede Geliştirilen Stratejiler Uygulanan Politikalar ve Gelişmiş Ülke Örnekleri, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2007.

URHANOĞLU CENGİZ, İftar: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem:2012, Sayı:98, 203-230.

UŞAN, M. Fatih: İş Hukuku’nda Sakat İstihdamı, Ankara 1999.

UŞEN, Şelale: Avrupa Birliği’nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, İstanbul 2006.

ÜNAL, Canan: Özürlülüklerin Sosyal Güvenlik Hakları – Dünyadaki Yeni Yaklaşımlar Işığında Öneriler, İstanbul 2012.

WIEBAUER, Bernd: Landmann/Rohmer–Gewerbeordnung, ArbSchG § 4, Allgemeine Grundsätze, Rn. 53, München 2014.

Working in Great Britain from overseas: <http://www.hse.gov.uk/migrant-workers/index.htm>, 20.03.2017.

YILMAZ, Volkan: İnsan Hakları ve Karşılaştırmalı Sosyal Politika Yaklaşımı Işığında Türkiye’de Ruh Sağlığı Politikaları: Tespitler ve Öneriler, İstanbul 2012.

YURDAKUL, Fatih Bahadır: Almanya’da Kayıt Dışı İstihdamla Mücadele Politikaları ve Uygulamalarının Yabancı İşgücüne Etkilerinin Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yurtdışı İşçi Hizmetleri Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2014.

Makaleler

Articles

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA AYNEN TAKSİM SEÇENEĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Murat TEZCAN – Stj. Av. Beyza CANPOLAT*

A. KAVRAMSAL GİRİŞ

Ortaklığın giderilmesi davası, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda ortaklar arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdî mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran inşai davadır. Türk Medeni Kanunu'na göre "... paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir." Dolayısıyla davanın tarafları, dava konusu mal üzerinde birlikte mülkiyet hakkına sahip ortaklar (paydaşlar) olacaktır. Ortaklığın giderilmesi davasında görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Sulh Hukuk Mahkemesidir. Birlikte mülkiyete konu olan taşınır veya taşınmaz eşyanın tereke ile ilgili olması halinde kesin yetkili mahkeme, "ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi" dir. Dava konusunun taşınmaz eşyanın tereke ile ilgili olmaması halinde kesin yetkili mahkeme, "taşınmaz eşyanın bulunduğu yer mahkemesi" dir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kesin yetkiye ilişkin yukarıdaki ifadeler yer alsa da dava konusu taşınmazın miras bırakanın malvarlığına ait olması halinde yetkili mahkemenin belirlenmesi uygulamada tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bahse konu durum ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; 24.11.1965 tarihli, 685/428 sayılı kararında "Terekedeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasını (TMK m. 644; eski MK m.584/a) da 11inci madde kapsamında görmeyerek, yetkinin 12nci (HUMK 13üncü)

* murat@cbthukuk.net.

madde hükmüne göre belirlenmesi” görüşünde olduğunu belirtmiştir.^[1] Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 30.12.1954 tarihli, E.6938 K.6153 sayılı kararında ise durum “*Miras bırakanın terekesiyle ilgili olarak ortaklığın giderilmesi davalarına o kimsenin son ikametgah mahkemesinde bakılması gerekir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Dava konusu eşyanın taşınır eşya olması haline yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanun’unun 5. ve devamı maddelerinde gösterilen yetki kurallarına göre tayin edilir.

B. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA TALEPLER

Ortaklığın giderilmesi davası, çift taraflı bir dava olduğundan verilecek karardan davanın her iki tarafı da yararlanacaktır. Bu davalarda davalı da davacı gibi aynı haklara sahiptir. Bu özelliği gereği söz konusu davada taraflar hem davacı hem davalı durumundadırlar. Ortaklığın giderilmesi davasında her ne kadar asıl olan aynen taksim olsa da HMK gereği hakim taleple bağlıdır.^[2] Taraflar ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini talep etmediği takdirde hakim bu yönde karar vermesi mümkün değildir. Bu itibarla davacının ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesini istemesi durumunda davalının buna itiraz ederek ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemesi mümkündür. Keza davacının ortaklığın satış suretiyle giderilmesini istemesi durumunda davalının ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesini talep etmesi de mümkündür. Davalının da talebinin değerlendirilmesi gerektiği, ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında “*Ortaklığın giderilmesi davasında, davacının yalnız satış yoluyla ortaklığın giderilmesini istemesine karşın, davalının aynen taksim istemesi ve bunun koşullarının da bulunması durumunda mahkemece, taksim suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilebilir.*”^[3] şeklinde ifade edilmiştir. Nihayetinde ortaklığın giderilmesi davasında taraflardan her ikisinin de bulunabileceği talepler: ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemek, ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemek, ortaklığın kat mülkiyeti kurulması yoluyla giderilmesini istemek şeklindedir.

B. a. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi

Türk Medeni Kanunu’nun 699. Maddesine göre ortaklık, malın pazarlık veya artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi suretiyle giderilebilir. Ortaklığın giderilmesi davasında davacı ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemiş

[1] Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2012

[2] Erdoğan Hasan, Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Adalet yayınevi, 2008

[3] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.11.1988 gün ve E. 6585 K. 870 sayılı kararı

ve davalılar da bu talebe itiraz etmemişlerse hakim, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verecektir. Satış işleminin münhasıran paydaşlar arasında gerçekleşmesi bütün paydaşların buna rıza göstermesine bağlıdır. Tüm paydaşlar söz konusu rızayı gösterdikleri takdirde mahkeme, satışın paydaşlar arasında yapılacağına karar vermek zorundadır. Birlikte mülkiyet hakkına sahip taraflar arasında bu şekilde bir anlaşma bulunmuyorsa satış suretiyle paylaşma halka açık olarak yapılır. Satış suretiyle paylaşma halinde dava konusu eşya/eşyalar satışa çıkarılır. Satış sonunda elde edilen para, payları oranında paydaşlara dağıtılır. Elde edilen paranın ne şekilde dağıtılacağı hüküm fıkrasında gösterilmelidir. Satışa dair kararların infazı için kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Mahkeme, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verdiği takdirde ayrıca bir satış memuru tayin eder. Satış memuru, satış işlemini İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre gerçekleştirir.

B.b. Ortaklığın kat mülkiyeti kurulması suretiyle giderilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmaz üzerinde tamamlanmış bir bina olduğu takdirde hakim kat mülkiyeti kurularak ortaklığın giderilmesine karar verebilir. Söz konusu durum Kat Mülkiyeti Kanunu'nda “*Kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hakim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12 nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre dava açıldıktan sonra da ortak maliklerden birinin ortaklığın kat mülkiyeti kurulması suretiyle giderilmesini talep etmesi halinde hakim paydaşlığın kat mülkiyeti kurularak giderilmesine karar verebilir. Ortaklığın kat mülkiyeti kurularak giderilmesi halinde ortaklara tahsis edilen bağımsız bölümler arasında değer farkı söz konusu olursa denkleştirme paylara para eklenerek sağlanır. Ortaklığın kat mülkiyeti kurulması yoluyla giderilebileceği, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2008/11693 E., 2008/12703 K. Sayılı kararında “*Kat Mülkiyeti Yasasının 10. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında ortak maliklerinden birinin paylaşmanın aynen (kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin özgülenmesi yoluyla) yapılmasını istemesi durumunda hakim, o taşınmazın mülkiyetinin 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

C. Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi

C.a. Genel olarak

Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi, tarafların birlikte mülkiyet hakkına sahip olduğu dava konusu malın aynen bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilen paylaşma biçimidir. Ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilebileceğine ilişkin yasal düzenleme Türk Medeni Kanunu'nun 699. maddesinde karşılık bulmaktadır. Paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamaması halinde taraflardan birinin istemi üzerine hakim öncelikle aynen taksimin mümkün olup olmadığını inceleyecektir. Mümkün olması halinde ortaklığın giderilmesi davasında paylaşma biçimi olarak öncelikli tercih edilecek yol, aynen taksimdir. Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesinde dava konusu taşınır veya taşınmaz mal, birbirine denk olacak şekilde parçalara ayrılır. Bölünen parçaların birbirine denk düşmemesi halinde ise hakim yapması gereken eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar vermektir.

C.b. Aynen taksimin şartları

Taşınır mallarda aynen taksim yolu ile ortaklığın giderilmesi, her paydaşa aynı türden malın verilebilmesine bağlıdır. Aynı türden mal verilmek suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilemeyeceğinden ortaklığın satış yoluyla giderilmesi yolu tercih edilecektir.^[4]

Taşınmaz mallarda aynen taksim yolu ile ortaklığın giderilmesi, taşınmazın parsellere ayrılması anlamına gelen ifraz işlemi sonucunda gerçekleşecektir.

Taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesi için hakim, öncelikle dava konusu taşınmaz malların tapu kayıtlarının örneklerini ilgili tapu müdürlüğünden talep eder. Dava sonunda paydaşlığın giderilmesine karar verilebilmesi için dava konusu olacak taşınmazın tapu kütüğüne kayıtlı bulunması gerekir. Kadastrosu tamamlanmış bölgelerde tapu kayıt örneklerinin bir çapı vardır ve bu çap da ilgili tapu müdürlüğünden talep edilir. Tapu kayıtlarında eksiklikler ve yanlışlıklar söz konusu olduğunda bunların giderilmesi bekletici mesele olarak kabul edilecektir.

Dava konusunu oluşturan taşınmazların birden fazla olması durumunda aynen taksimin mümkün olup olmadığının her bir taşınmaz için ayrı ayrı araştırılması gerekir. Paydaşlar arasında anlaşma sağlanamadıkça bir kısım paydaşların payı paylaşma dışı bırakılarak ortaklığın giderilmesi kararı verilemez.

[4] Ruhi Ahmet Cemal, Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2011

Ortaklığın giderilmesi davasında hakim aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesi kararı verebilmesi için taşınmazın yüzölçümü, niteliği, pay ve paydaş sayısı, imar mevzuatına göre aynen taksimin mümkün olup olmadığını araştırması gerekir. Burada yapılan keşifler büyük önem taşımaktadır. Nihayetinde ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi yolunun tercih edilmesiyle taşınmazın toplam değerinde büyük bir azalma oluşacağı saptanırsa söz konusu taşınmazın aynen bölünerek paylaşılmasına karar verilemez. Keza paydaşlar rıza göstermedikçe taşınmazın bir bölümü paylı bırakılamaz.^[5]

Aynen taksimin mümkün olması durumunda, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para (ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanır. Davada paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaşmaya karar veremez. Taşınmazın hukuki açıdan ifrazı mümkün olmalıdır. Aynen taksim halinde teknik bilirkişiye ifraz projesi düzenlettirilmeli, bu projeye göre aynen taksimin 3194 sayılı İmar Kanunu ve Yönetmeliği uyarınca mümkün olup olmadığı onay makamına sorulmalıdır. Bununla ilgili olarak Yargıtay kararında “*Paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaşmaya karar veremez. Aynen bölünerek paylaşma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz projesi düzenlettirilerek bu projeye göre taşınmaz belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise belediyeden, belediye dışında ise İl İdare Kurulundan 3194 sayılı İmar Kanunu ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur. Belediyeler veya İl İdare Kurullarınca onaylanması gereken ifraz projesinde kimlere nerelerin verileceği konusunda paydaşlar anlaşamazlarsa hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir. Onay makamından olumsuz cevap gelmesi halinde paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir.*” ifadeleri yer almaktadır.^[6]

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinin 44. Maddesine göre “*İfraz suretiyle elde edilecek parsellerin tapu kadastro veya tapulama haritasında bulunan ve kamu eline geçmiş bir yola cephesinin bulunması şarttır. Parselden terk suretiyle yol oluşturulamaz. Çıkma sokaklara cephesi olan parseller ifraz edilemez. İfraz suretiyle çıkma sokak oluşturulamaz.*” Adı geçen maddeye göre ifraz sonucunda elde edilecek her bir parselin yola cephesinin olması zorunludur. Yolun ifrazdan önce mevcut olması veya ifraz ile birlikte ifraz krokisinde ayrılan yol ile anayola bağlantının kurulması gerekir. Yol mutlaka ifraz krokisinde gösterilmelidir.

[5] Konu ile ilgili bkz. Yargıtay 6. HD., 05.04.2010, E. 2009/11775, K. 2010/3836

[6] Kararın tamamı için bkz. Yargıtay 14. HD., 20.08.2013, E. 2014/7576, K. 2014/11485

İmar Kanunu uyarınca “İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.” Bu hallerde ortaklığın ancak satış yoluyla giderilmesi mümkündür.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği uyarınca üst ölçek planı bulunmayan iskan dışı alanlarda yapılacak ifraz projesi sonucunda elde edilecek her parselin 5000 m2 veya üzerinde olması gerekir. Bu parsellerin tapu kadastro veya tapulama haritasında bulunan kamu eline geçmiş bir yola, yapılan ifrazdan sonra en az 25.00 metre cephesi bulunması zorunludur. Parselden terk suretiyle yol oluşturulamaz. Yeni yerleşme alanı oluşturma amaçlı ifraz işlemi yapılamaz.

Taşınmazın üzerindeki ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi, payların paydaşlarca bağımsız olarak kullanılabilmesine bağlıdır. Bunun yanı sıra dava konusu taşınmazın ortakları arasında Hazine, Vakıflar İdaresi veya başka bir kuruluşun bulunması durumu da ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine engel teşkil etmez.

Ortaklığın giderilmesi davasında verilecek aynen taksim kararının taraflara külfet yüklemesi halinde bu kararın verilebilmesi tarafların bu konuda anlaşmasına bağlıdır. Aksi halde taraflara külfet yükleyecek şekilde aynen taksime karar verilemez. Söz konusu durum Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 08.06.1971 tarihli, 2863-3571 sayılı kararında “*Bilirkişi evin tuğla bir duvarla iki müsavî kısma bölünebileceğini, bunun için her iki kısma birer ayrı kapı, üst kısma çıkmak için de birer merdiven yapılması lazım geldiğini bildirmiştir. Bu mütalaadan masraf yapılmadan nizalı evin ikiye taksiminin kabil olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu kabil hallerde anlaşma mümkün olur ise taksime, aksi takdirde taraflara bu şekilde bir külfet yüklemek caiz bulunmadığından gayrimenkulün satılmak suretiyle şüyuunun giderilmesine karar verilmek gerekir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesinde önem teşkil eden bir diğer husus, en küçük pay sahibi olan paydaşa bile ekonomik değeri olan bir parçanın düşmesi gerektiğidir. Bu itibarla paylar arasında nitelik eşitliğinin sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bahse konu eşitlik sağlanamıyorsa eksik değerdeki parçaya ivaz ilavesi yapılmak suretiyle hakkaniyete uygun bir paylaşım gerçekleştirilmelidir.

Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilebilmesi için önem arz eden bir diğer koşul ise Türk Medeni Kanunu'nun 699. maddesinde “*Bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa açık artırımla satışa hükümlenir.*” denilerek ifade edilmiştir. Buna göre dava konusu mal, aynen taksim halinde değer kaybına uğrayacaksa ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi mümkün olmayacaktır. Söz konusu durum Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 19.3.1971

tarihli, 340-1299 sayılı kararında “... müşterek mülkün değeri ehemmiyetli bir surette noksanlaşmaksızın taksimi kabil ise hakim, aynen bölüştürmeye karar verebilecektir. Başka bir deyimle bölüştürme halinde bölünen parçaların kıymetlerinin toplamının bölüştürmeden önceki bütünüün kıymetine göre çok düşüklük göstermemesi gerekir.” şeklinde ifade edilmiştir.^[7] Değer kaybına rağmen taraflar arasında oluşacak fikir birliği hakimi bağlasa da İmar mevzuatı kapsamında doğacak bir hukuki engel hakim tarafından göz önünde bulundurulacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davasında hakimın ortaklığın giderilmesine karar verebilmesinin bir diğer koşulu paydaşlar arasında şüyuun idamesi sözleşmesinin yapılmamış olmasıdır. Türk Medeni Kanunu’nun 698. maddesi uyarınca “... Paylaşmayı isteme hakkı, hukukî bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlandırılabilir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmî şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir.” Adı geçen maddeye göre paydaşların paylı mülkiyeti devam ettirme (şüyuun idamesi) sözleşmesi yapması mümkündür. Bu hallerde taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesine hukuki engel söz konusu olmaktadır. Paydaşların paylaşmayı isteme haklarının en çok on yıllık süre ile sınırlanabileceği de Türk Medeni Kanunu’nun ilgili maddesinden anlaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu ve yönetmeliği ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanma Kanunu ile getirilen düzenlemeler uyarınca taşınmazın aynen taksimi hakkında diğer birtakım yasal engellerle karşılaşılabilir. Buna göre;

Belediye sınırları içinde imar planı yapılarak imar parseli oluşturulmuş ise artık bu yerlerin aynen taksimi yapılamaz. İmar planı ile oluşturulan yüzölçümünden daha küçük parsel oluşturulamaz.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 43. Maddesine göre “Köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarının tespiti, valiliklerce birisi harita mühendisi olmak üzere en az üç kişilik bir komisyon tarafından 1:1000, 1:2000 veya 1:5000 ölçekli halihazır haritalar veya kadastro paftaları üzerine yapılır, il idare kurulunca onaylanır.”

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 45. Maddesine göre “Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında yapılacak ifraz işlemlerinde parsel genişlikleri (15.00) m.den, parsel derinlikleri de (20.00) m.den az olamaz. İfraz suretiyle en fazla beş adet parsel elde edilir, ifraz suretiyle elde edilen parsellerde ikinci kere ifraz yapılamaz.”

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile getirilen düzenlemede tarım arazileri arasında doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre sınıflandırma yapılmıştır. Buna göre tarım arazileri nitelikleri Bakanlık

[7] Benzer nitelikteki karar için bkz. Yargıtay 6. HD., 29.12.1969, 5155-5368

tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Söz konusu Kanun'un 8. Maddesinde "Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez." ifadeleri hükme bağlanmıştır. Dava konusu tarım arazilerinin yukarıda adı geçen maddede belirtilen büyüklüklerin altında olması durumunda ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi mümkün olmayacaktır zira bahsedilen büyüklüğün altında kalan araziler ifraz edilemez, bölünemez, parsellere ayrılamaz. Yine adı geçen maddede "... Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir." ifadelerine yer verilmiştir. Bu yasal düzenleme karşısında aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmazın Bakanlıkça belirlenen tarımsal niteliği ve yeter büyüklükteki parsel büyüklüğü Tarım Bakanlığından sorulmalı, zirai yönden aynen taksim mümkün olup olmadığı hususunda görüş alınmalıdır. Tarım Bakanlığının uygun görüş bildirmesinin ardından teknik bilirkişiye ifraz projesi düzenlettirilmeli, nihayetinde bu proje hakkında ilgisine göre Belediye Encümeninden veya İl İdare Kurulundan onay alınmalıdır.

İmar Kanunu'nun 16. Maddesi uyarınca "Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkini, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır. Onaylama işlemi, müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkin için 15 gün içinde tapuya bildirilir. Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemini bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır." Adı geçen maddeye göre dava konusu taşınmaz belediye ve mücavir alan hudutları içinde ise ifraz projesinin belediye encümenince onaylanması gerekir. Dava konusu taşınmazın belediye ve mücavir alan hudutları dışında olması halinde ifraz projesini onaylayacak yetkili makam il idare kuruludur. Bu konu Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 2014/8778 E., 2014/13158 K. sayılı 20.11.2014 tarihli kararında "Ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesi davalarında teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilmeli ve bu projeye göre taşınmaz Belediye mücavir alan sınırları içerisinde ise Belediye encümeninden,

değilse II idare Kurulundan aynen taksiminin mümkün olup olmadığı konusunda görüş alınmalı ve projede kimlere nerelerin verileceği konusunda taraflar arasında anlaşma sağlanmalı anlaşma sağlanamazsa hakim huzurunda kura çekilmelidir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Taraflar arasında anlaşma olmadıkça hakimın ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine kendiliğinden karar veremeyeceğine yukarıda değinilmişti. Bu durumlarda taraflardan birinin talebi üzerine hakimın aynen taksime karar verebilmesi için öncelikle bilirkişiye başvurma zorunluluğu hasıl olmaktadır. Hakimın kendiliğinden karar veremeyeceği, ifraz projesinin teknik bilgi gerektirmesi sebebiyle bilirkişiye başvurma zorunluluğunun olduğu nihayetinde ifraz projesi ile ilgili onay makamından onay almasının gerektiği ilgili mevzuatta ve Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında belirtilmiştir. Dava konusunun taşınmaz olması halinde hakim tapu kaydını ve çapını taşınmazın bulunduğu yer tapu sicil müdürlüğünden istemelidir. Getirilen tapu kaydı ve çap bilirkişi aracılığıyla taşınmaza uygulanır. Taşınmazın sınırlarının tespit edilmesinin ardından tapuda yazılı miktar ile ölçme sonucunda çıkan miktar arasında fark olup olmadığına bakılır. Fark olmadığı takdirde bilirkişi tarafından taksim krokisi tanzim edilir. Taşınmaz üzerinde paydaşlardan birine ait muhtesat olması halinde bilirkişiye zemin değeri ile muhtesatın değeri ayrı ayrı tespit ettirilir. Aynen taksim sonunda bölünen parsellerin denk olması gerektiğine, denk olmadığı takdirde ivaz ilavesi yapılmak suretiyle denkleştirmenin sağlanması yoluna başvurulacağına yukarıda değinilmişti. Bahse konu ivazın bilirkişi tarafından takdir edilmesi gerekmektedir. Bilirkişilerden; dava konusu taşınmazların imar durumlarına, pay oranına göre paylaşılıp paylaşılamayacağına, taksim sonucu taşınmazın önemli bir değer kaybına uğrayıp uğramayacağına, parsellerin eşdeğer olup olmadığına, paydaşların tapu kayıtlarının taşınmaz ile uyuşup uyüşmadığına, tapuda belirtilen miktar ile ölçme sonucu ortaya çıkan miktar arasında fark olup olmadığına, ivaz ilavesi gerekiyorsa ivaz miktarına ve bu suretle denkleğin sağlanıp sağlanamayacağına, taksim edilecek arazinin verimine ilişkin hususlarda görüş alınır.^[8]Tüm bu hususlar, bilirkişinin teknik bilgiye sahip olma zorunluluğunu doğurmaktadır.

C.c. Aynen taksim kararının verilmesi ve kararın infazı

Yukarıda açıklanan şartların gerçekleşmesi halinde hakim ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine karar verir. Tarafların bu karar üzerine dava konusu eşyanın hangi kısmının kendilerine ait olacağı konusunda anlaşmaları mümkündür, anlaşıkları takdirde bu anlaşma beyanı tutanağa geçirilir. Tarafların

[8] Ruhi Ahmet Cemal, Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2011

anlaşamaması halinde duruşmada hazır bulunanlar arasında kura çekilerek paylaşım yapılır. Mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte taraflar, dava konusu eşyanın kendi paylarına isabet eden kısımları üzerinde ferdi mülkiyet hakkına sahip olur. Dava konusunun taşınmaz eşya olması durumunda kararın kesinleşmesiyle mülkiyet hakkını kazanan tarafların söz konusu taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri tapu tescilinin sağlanması ile mümkün olur.

Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine karar verildiği takdirde dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan irtifak hakkı, intifa hakkı veya şerh edilmiş şahsi haklar paylaşılan kısma intikal eder. İrtifak hakkının taşınmazın belli bir kısmına hasredilmiş olması halinde irtifak hakkı sadece bu kısımda devam edecektir.

Hakim, ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine karar verdiği takdirde kararın infazını icra memuruna bırakmamakta nihai karardan önce nihai karara yansıtılacak şekilde gerçekleştirmektedir.^[9]

D.Uygulamadaki sorunlar

Ortaklığın giderilmesi davası uygulamada birtakım sorunları beraberinde getirmektedir. Bunlardan bazıları:

D.a. Tarafların dava konusu eşya üzerinde mülkiyet çekişmeleri yaşamaları

Tarafların dava konusu eşya üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin çekişme yaşamaları halinde söz konusu eşyanın maliklerinin belirleneceği dava, ortaklığın giderilmesi davasında bekletici mesele olarak kabul edilir. Dava konusu eşyanın maliklerinin doğru belirlenmesi, dava sonunda verilecek karar için önem teşkil etmektedir. Bahse konu durum Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin E. 2006/4480, K. 2006/6659 sayılı, 12.06.2006 tarihli kararında "... Paydaşlardan Abdulkadir G., Zeytinburnu Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/735 Esas sayılı dosyasında bir kısım paydaşlar aleyhine tapu iptal ve tescil davası açmıştır. Bu davanın kabulü halinde malikler değişeceğinden bu dava sonucunun bekletici mesele yapılması gerekirken beklenilmemesi doğru değildir." şeklinde ifade edilmiştir.

D.b.Dava konusu taşınmazda kamu hizmetine tahsis edilmiş bir yapının bulunması

Dava konusu taşınmaz üzerinde kamu hizmetine tahsis edilen yapıların bulunması halinde söz konusu taşınmaza ilişkin olarak ortaklığın nasıl giderileceği hususu uygulamada sorun teşkil etmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere

[9] Ruhi Ahmet Cemal, Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, 2011

İmar Kanununun 15. Maddesine göre “İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.” Anılan madde, ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine engel olsa da ortaklığın satış yoluyla giderilmesine engel teşkil etmemektedir. Konu ile ilgili olarak Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin E. 2010/38, K. 2010/4012 sayılı, 07.04.2010 tarihli kararında “... İncelenen tapu kaydına göre davaya konu taşınmazın davacılar ile davalı hazine adına paylı mülkiyet esaslarına göre 746 ada 1 parsel numarası ile tapuda kayıtlı olduğu, tapu kaydının beyanlar hanesinde okul yeri olarak ayrılmıştır şerhinin bulunduğu, belediyeden getirtilen imar durumu örneğine göre davaya konu taşınmazın komşu 1 no.lu parsel ile birlikte lise yeri olarak tahsis edildiği anlaşılmaktadır. 3194 sayılı İmar Yasasının 15. Maddesinde umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan taşınmazların bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. İmar planında lise yeri olarak ayrıldığı saptanan davaya konu taşınmazın anılan Yasa’nın bu maddesi uyarınca aynen taksimi mümkün değildir. Ne var ki dava dilekçesinde aynen taksim talebinin yanında satış yoluyla ortaklığın giderilmesi de istenmiştir. Bu durumda mahkemece satış talebi üzerinde durularak satışı suretiyle paydaşlığın giderilmesine engel bir hal bulunmadığı takdirde taşınmazın satılarak paydaşlığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru değildir.” ifadeleri yer almıştır.

D.c. İfraz projesi hakkında onayı alınacak makamın mevzuata uygun olarak doğru bir şekilde saptanamaması

Hakim tarafından ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi kararının verilebilmesi için ifraz projesinin ilgili mevzuatta gösterilen onay makamına onaylatılmasının gerekliliğinden yukarıda bahsedilmişti. İmar Kanunu hükümleri uyarınca Belediye encümeninden alınması gereken onayın belediye başkanlığından alınması, İl İdare Kurulundan alınması gereken onayın bir başka makamdaki alınması durumunda verilen kararların Yargıtay tarafından bozulduğu uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur.^[10]

D.d.Bağımsız bölüm üzerindeki ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilememesi

Bağımsız bölümlerin aynen taksimi mümkün olmasa da uygulamada yerel mahkemelerce verilen ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi kararları Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Konu hakkında Yargıtay 6. HD., 25.09.2007 tarihli, E. 2007/7253, K. 2007/9900 sayılı kararında “... Kat irtifakına konu

[10] Yargıtay 6. HD., 28.06.2010, E. 2010/3465, K. 2010/8000

bağımsız bölümler üzerinde ortaklığın giderilmesi ancak her bir bağımsız bölüm ayrı ayrı değerlendirilerek giderilebilir. Bunun sonucu olarak bağımsız bölümlerin aynen taksimi mümkün değildir. Bu durumda her bir bağımsız bölüm üzerindeki ortaklık ancak satış suretiyle giderilebilir. Mahkemece bu durum göz ardı edilerek kat irtifakına konu bağımsız bölümlerin yazılı gerekçe ile aynen taksimine karar verilmesi doğru olmadığından hüküm bozulması gerekmiştir.” ifadeleri yer almaktadır.

D.e. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi halinde tarafların zarara uğrama ihtimallerinin olması

Uygulamada ortaklığın satış suretiyle giderilmesi halinde tarafların zarara uğrama ihtimallerinin olması tarafları aynen taksim yoluna yönlendirmektedir. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiği takdirde satış işleminin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirileceğinden yukarıda bahsedilmiştir. Buna göre İcra ve İflas Kanunu uyarınca dava konusu eşyanın kıymet takdiri bilirkişi tarafından yapılmaktadır. Her ne kadar davanın tarafları kıymet takdir raporunun kendilerine tebliği üzerine bu konudaki itiraz ve şikayetlerini satış kararını veren Sulh Hukuk Mahkemesine yapabilseler de itirazlarının kabul edilmemesi ve dava konusu eşyanın talep ettiklerinden daha düşük bir değerde kabul edilmesi mümkündür. Yine İcra ve İflas Kanunu uyarınca yapılacak açık artırmada dava konusu eşyanın satılabilmesi için artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması gerekmektedir. Bundan daha yüksek bir bedel teklif edilmemesi halinde dava konusu taşınmazın bu bedele satılması söz konusu olacaktır. Tüm bu durumlar dava konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın değerinden daha düşük bir bedele satılabilmesi ve paydaşların zarara uğraması ihtimallerini doğurmaktadır. Bu durum, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi açısından bir dezavantaj oluştururken uygulamada paydaşları aynen taksime yönlendirebilmektedir.

D.f. Taraflar arasındaki husumetin tarafları aynen taksim yolundan uzaklaştırması

Yukarıda sayılan tüm hususların yanı sıra hukuki bir engel olmamakla birlikte taraflar arasında yaşanan birtakım olaylar sebebiyle taraflardan bazıları ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesi yolunu tercih etmemektedir. Taşınmaz eşya üzerinde mevcut bulunan ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi halinde taraflar arasında oluşacak komşuluk ilişkisi, paydaşlardan bazıları ortaklığın satış suretiyle giderilmesini istemeye zorlamaktadır. Söz konusu husumet

sebebiyle taraflar komşuluk ilişkisini sağlıklı bir şekilde yürütemeyecekleri endişesiyle ortaklığın satış yoluyla giderilmesini isteyebilmektedir.

D.g. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi halinde paydaşın dava konusu taşınmazı satın almak istediğinde ödemekle yükümlü olduğu vergilerin, harçların alıcı paydaş açısından zorluk oluşturması

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi yoluna karar verildiği takdirde paydaşlardan birinin alıcı olması; onu birtakım vergilerin, harçların, yargılama giderlerinin mükellefi yapmaktadır. Söz konusu durum paydaşların alıcı olmak konusunda çekince yaşamalarına sebebiyet verebilmektedir.

KDV Kanunu'nun 1/3-d maddesine göre “Müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışlar ile 10/2/2005 tarihli ve 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, senedin temsil ettiği ürünü depodan çekecek olanlara teslimi katma değer vergisinin konusunu teşkil etmektedir.” Anılan maddeden paydaşlardan birinin dava konusu malın alıcısı olması halinde katma değer vergisini ödeyeceği anlaşılmaktadır. Alıcıların ödemesi gereken KDV oranı, KDV kanunu çerçevesinde Bakanlar Kurulu kararı ile %18 olarak belirlenmiştir.

Dava konusu taşınmazın alıcısı olmak isteyen paydaş, KDV'nin yanı sıra ilam harç masrafları, alım harç masrafları, damga vergisi gibi giderlerin de sorumlusu olmaktadır.

Tüm bu giderler, uygulamada dava konusu eşyanın sahibi olmak isteyen paydaşları dava konusu eşyayı satın almak konusunda endişeye düşürebilmektedir.

SONUÇ

Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi, dava konusu taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde mülkiyet hakkının devamını sağlamaktadır; bu yönüyle tarafların mülkiyet hakkını koruduğundan uygulamada tercih edilen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesi yolu her ne kadar uygulamada tercih edilse de yukarıda değinilen birçok koşulun varlığı ile mümkündür. Yukarıda bahsedilen hususlar dikkate alınmaksızın verilecek aynen taksim kararları yaptığımız değerlendirmelerde de açıkça görüleceği üzere eksik veya hatalı olacaktır.

«ALACAKLILARA ZARAR VERMEK KASDI İLE YAPILAN (HİLELİ) TASARRUFLARDAN DOLAYI» İPTAL (İİK. MAD. 280*)

Av. Talih UYAR**

İİK. mad. 280'de *malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmeyen borçlunun alacaklarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm (hileli) tasarrufların iptale tâbi olduğu* belirtilmiştir.^[1]

* **Zarar verme kastından dolayı iptal**

Madde 280 - «Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.

Üçüncü şahıs, borçlunun karı veya kocası, usul veya fîruu ile üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısımları (bu dereceler dahil) evlât edineni veya evlâtlığı ise borçlunun 1'nci fıkrada beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilâfını üçüncü şahıs ancak 279'ncü maddenin son fıkrasına göre ispat edilebilir. Ticari işletmelerin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızrar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızrar kastıyla hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu bu yerde görülebilir levhaları asmakla

I- Maddenin kenar başlığında «zarar verme kasdından dolayı iptal» denilmiş ve maddenin metninde «hileli tasarruflar» deyimine yer verilmemiş ise de, maddenin içeriğinden, borçlunun geniş anlamda hileli tasarruflarının iptalinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.^[2] Bu hükmün kabul edilmesinin temelinde ‘alacaklıların müracaat edebilecekleri iptal sebeplerini, kanunda sayılanlarla sınırlı olmaktan çıkarma amacı vardır.^[3]

Madde, 1.7.2003 tarihli 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda bugünkü şeklini almıştır.^[4]

II- «Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir» (İİK. mad. 280/I, c:1).

Bu madde uyarınca, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla yapmış olduğu hileli işlemlerin (tasarrufların) iptal edilebilmesi için;^[5]

a) Borçlunun malvarlığı, borçlarını ödemeye yetmemelidir.

b) Borçlu, alacaklılarına zarar verme (mal kaçırma) kasdı ile üçüncü kişilerle tasarrufta (işlemden) bulunmuş olmalıdır.

beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân olunduğunu ispatla çürütülebilir.»

Not: İsviçre İİK.nun bu maddeye tekabül eden 288.maddesi aşağıdaki şekildedir:

“3. Hile

Borçlunun, iflasın ilamı ve hacizden önceki beş yıl içinde, alacaklılarına zarar verme niyetiyle, işlemin diğer tarafını tanıdığı hallerde, alacaklılarına zarar verdiği veya bir alacaklısını diğer alacaklılarına karşı daha avantajlı konuma getirdiği tüm hukuki fiiller iptal edilebilirdir.

Borçlunun bir yakını lehine yapmış olduğu hukuki fiiler nedeniyle iptal davası açıldığı takdirde, zarar verme niyetinden sorumlu olamayacağını kanıtlamak bu kişiye düşer. Şirketler topluluğuna dahil şirketler de birbirleri arasında yakın kişi gibi kabul edilir.”

** İzmir Barosu Avukatlarından (9 Ey. Üni. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

[1] UYAR, T. Alacaklılara Zarar Vermek Kasdı İle Yapılan (Hileli) Tasarruflardan Dolayı İptal (İBD. Kasım-Aralık/2008 , s:2901-2923)

[2] KURU. B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:1409 vd.

[3] ERDÖNMEZ, G. Alacaklılara Zarar Verme Kasdıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2017, s: 6

[4] Bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi

[5] MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, C: 2, s: 1828 vd. - MUŞUL, T. Tasarrufların İptali Davaları, 2015, s: 315 vd. - AKKAYA, T. İcra ve İflas Hukukunda İptale Tabi Tasarruflar «İİK. m. 277-284» (Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, S:11, s:40 vd.) - GÜNEREN, A. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufların İptal Davaları, 2012, s:816 vd.

Bir borçlu eğer, alacaklılarına zarar vermek (alacaklarından mal kaçırmak) için, bir alacağını *gerçekte borçlu olmadığı üçüncü bir kişiye temlik ederse* bu temlik «hileli bir tasarruf» olarak bu maddeye göre iptale tabidir. Fakat, borçlu eğer, üçüncü bir kişideki alacağını -ödeme yerine geçmek üzere- *gerçekten borçlu olduğu üçüncü bir kişiye temlik ederse*, bu temlik bu madde (İİK. mad. 280) anlamında «iptale tabi bir tasarruf» niteliğinde sayılamaz. Çünkü, borçlu borcunu ‘*nakit olarak*’ ödeyebilir. Bu ödeme İİK. mad. 280’nin kapsamına girmez. Ya da borçlu ‘*çek vererek*’ de borcunu ödeyebilir. Bu ödeme de bu maddenin kapsamına girmez...

c) *Borçlunun tasarrufla (işlemden) bulunduğu üçüncü kişiler iyiniyetli (MK. mad. 3) olmamalıdır.* Borçlunun içinde bulunduğu mâli durumun (yani; borçlunun malvarlığının borçlarını karşılamadığının) ve alacaklılarına zarar verme kasdının, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişilerce bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emareler (karineler) olmalıdır. Yani, borçlu ile işlemde bulunan *üçüncü kişi, borçlunun kasdını* biliyor olmalıdır.^[6] Bu şartın gerçekleşmiş olması için, «*tasarruflardan yararlanan üçüncü kişinin, gereken dikkati gösterdiği takdirde, borçlunun durumunu ve işlemin mahiyetini anlayabilecek durumda olması*» yeterlidir. Başka bir deyişle, «*üçüncü kişi, küçük bir soruşturma, dikkat veya gözlem ile borçlunun durumunu bilebilecek durumda ise*», bu şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir.^[7]

Başka bir deyişle; İİK.’nin 278 ve 279. maddelerine dayanılarak ‘tasarrufun iptali davası’ açabilmesi için **doktrinde** «*objektif şart*» diye isimlendirilen «*alacaklıların zarar görmesi*» şartının gerçekleşmesi yeterli iken, ‘*zarar verme kasdından dolayı*’ iptal davası açılabilmesi için «*sübjektif şart*» denilen «*borçlunun zarar verme kasdı ile bu kasden üçüncü kişi tarafından bilindiği*»nin de ispat edilmesi zorunludur.^[8]

İİK.’nin 280. maddesinde düzenlenmiş olan iptal sebebi bir ‘*genel iptal sebebi*’dir.^[9] İİK.’nin 278 ve 279. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmemesi nedeni ile bu maddelere göre tasarrufun iptali davası açamayan alacaklı, bu maddeye göre dava açabilecektir.

[6] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 4107/1451; 14.2.2017 T. 23889/1460; 01.02.2017 T. 24893/871; 24.01.2017 T. 19676/484; 17.01.2017 T. 11030/166; 28.12.2016 T. 7253/12054; 13.12.2016 T. 18886/11527; 06.12.2016 T. 2847/11210; 25.10.2016 T. 7077/9343; 25.10.2016 T. 18523/9342; 18.10.2016 T. 16588/904206

[7] BERKİN, N. İfâs Hukuku, 1972, s:511 - AKKAYA, T. agm. s:42

[8] ERDÖNMEZ, G. age. s: 7

[9] ERDÖNMEZ, G. age. s: 10 vd.

Borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdı ile yaptığı (hileli) tasarrufların iptal edilebilmesi için; az önce belirttiğiniz emarelerin (karinelerin) varlığı davacı-alacaklı tarafından^[10] *her türlü delille*^[11] - özellikle; yaşam deneyi kuralları ile, hayatın olağan akışı ile^[12] ^[13] - ispat edilebilir. Burada «tam ispat» aranmayıp, «yaklaşık ispat» kuralları ile yetinilir.^[14]

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ «Borçlu ile davalı arasında tasarruf öncesinde kiracılık ilişkisi olduğu, borçlu ile ticari ilişki içinde olan davalının borçlunun mal kaçırma kastını bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun anlaşıldığını- Davalı dördüncü kişinin davalı borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğunun ispat edilememesi halinde bu davalı yönünden davanın reddi gerekeceğini»^[15]

√ «İİK.nun 280/1 maddesinde malvarlığı borçlarına yetmeyen borçlunun alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı işlemlerin borçlunun içinde bulunduğu alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı işlemlerin borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafça bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebileceğini- İİK.nun 280/1 maddesi uyarınca yapılan tasarrufun iptal edilebilmesi için 4. ve 5. kişi konumunda olan davalıların kötü niyetli olduğunun davacı tarafça kanıtlanmasının gerekeceğini»^[16]

belirtmiştir.

[10] Bknz: 17. HD. 31.03.2011 T. 2459/2907; 16.02.2011 T. 5347/998; 22.5.2008 T. 2023/2766; 15. HD. 5.7.2006 T. 2786/4194; HGK. 21.12.2005 T. 15-625/736; 15. HD. 25.6.2003 T. 2619/3490; 9.6.2003 T. 441/3358; 18.9.2002 T. 3826/3946; 13.4.2004 T. 1152/2104; 11.5.2000 T. 532/2327; 6.4.1994 T. 260/2072; 21.11.1989 T. 2793/4876

[11] Bknz: 17. HD. 17.05.2011 T. 9509/4909; 21.5.2009 T. 1786/3457; 4.3.2010 T. 10307/1887; 14.5.2009 T. 1293/3131; 9.4.2009 T. 2083/2224; 16.9.2008 T. 1215/4098; 22.5.2008 T. 2023/2766

[12] KURU, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 669 – KURU, B. El Kitabı, s:1410 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C: 3, 2014, s: 4436

[13] Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 11030/166; 06.12.2016 T. 2847/11210; 15.11.2016 T. 17928/10506; 25.10.2016 T. 18523/9342; 14.10.2016 T. 14167/8533; 27.09.2016 T. 12977/8287 vb.

[14] PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, s:866 - AKKAYA, T. agm. s:44

[15] Bknz: 17. HD. 26.01.2015 T. 21944/905

[16] Bknz: 17. HD. 15.01.2015 T. 15750/309

Ayrıca önemi nedeniyle belirtelim ki; «*vakıa ve karinelere olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötünüyetinin, diğer tarafa isbat ettirilmesine gerek bulunmadığı*»ndan;^[17] davalı (borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin (ya da, üçüncü kişi ile işlemde bulunmuş olan dördüncü kişinin) «*iyiniyet iddiasında bulunamayacak konumda olması halinde*» bu kişilerin «*kötünüyetli oldukları*»nın ayrıca davacı tarafından kanıtlanmasına gerek yoktur.

Yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak;

√ «*İptali istenen tasarrufların borçtan sonra yapılmış olduğu, kat'i aciz belgesinin sunulmuş olduğu, davalının borçlunun kayınbiraderi olması nedeniyle onun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu, dolayısıyla dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 maddesi gereğince iptale tabi olduğunu, borçlu hakkındaki icra takibi devam ettiğinden nakten tazminata dönüşen dava konusu taşınmaz yönünden hükmedilen tazminata satış tarihinden itibaren faiz uygulanmamasında bir isabetsizlik bulunmadığını*»^[18]

√ «*Dosya kapsamında ipotek ve hacizlerin davalı 4.kişi tarafından ödendiği, davalı 3.kişinin borçlunun köylüsü olduğu anlaşıldığından dava konusu tasarrufun dava konusu takip dosyası yönünden İİK'nun 278/3-2 ve 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğu, davalı 4. kişinin da borçlunun kardeşi olması nedeniyle tasarrufun da İİK'nun 280/1 maddesi gereğince iptale tabi olması nedeniyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini*»^[19]

√ «*Davacılar, davalı ve ortağı olduğu şirket aleyhine icra takibi yaptıkları borçlulardan davalının şirketteki paylarını devrettikten sonra kendisine ait olan dava konusu taşınmaz eşinin kardeşi olan diğer davalıya sattığı anlaşıldığından, borçlu davalının yaptığı satışın İİK'nın 278/3-1 ve 280.madde hükmüne göre iptale tabi olduğunu*»^[20]

√ «*Tanık olarak dinlenen kişi, mali müşavir olarak görev yaptığını, borçlunun da müşterisi olduğunu, dava konusu taşınmazın satışı için kendisine vekaletname verdiğini ve taşınmazları teyzesinin oğlu olan davalıya sattığını belirttiğinden mahkemece üçüncü kişinin İİK'nun 280.maddesi gereğince borçlunun mali durumunu ve*

[17] Bknz: İçt. Bir. K. 14.02.1951 T. 17/1

[18] Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 19066/11014

[19] Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 20574/11015

[20] Bknz: 17. HD. 28.11.2016 T. 21387/10965

alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadığının tartışılması gerekeceğini»^[21]

√ «*Aynı gün yapılan satışlarda satın alan kişiler arasındaki bağlantı ve sonraki satışlardaki temsilciler arasındaki irtibatın, üçüncü kişinin İİK'nun 280. madde kapsamında borçlunun mali durumunu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğunun kabulünü gerektireceğini, bu durumda mahkemece, davacının davasının kabulü ile dava konusu taşınmazın üçüncü kişinin borcu nedeni ile icrada satıldığı ve davanın bedele dönüştürüldüğü olguları dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»^[22]*

√ «*Aciz hali sabit olan borçlunun borcun doğumundan sonra dava konusu tasarrufu gerçekleştirmesi durumunda, dava ön koşullarının gerçekleşmiş olacağını- Davalı borçlu, üçüncü kişi ve dava dışı bir kişi adına tapuya tescilli taşınmazın, önce davalı borçlu ve üçüncü kişiye satıldığı sonra birlikte çekilen kredi karşılığında bir banka tarafından her iki davalının hisseleri üzerinde ipotek tesis edilmiş olduğu anlaşıldığından, İİK. mad. 280 gereğince üçüncü kişinin borçlunun mali durumunu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olduğunu ve bu nedenle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[23]*

√ «*Dava konusu tasarrufların borçlu ile oğulları arasında yapılmış olması nedeniyle İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi olması nedeniyle davanın kabulüne dava konusu 17.8.2005 tarihli tasarrufların davacının dava konusu 2007/1509 sayılı takip dosyasındaki bakiye 3.268 TL alacağı ile sınırlı olarak iptaline, davacıya 3.268 TL alacağı ile sınırlı olarak dava konusu taşınmazlar üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesi gerekeceğini»^[24]*

√ «*Davalıların borçlunun çocukları olması ve borçlu babalarının durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olmaları nedeniyle dava konusu taşınmaz (bu taşınmaz yönünden 1/3 hisse borçluya ait olduğundan 1/3 hisse ile sınırlı olarak) davanın İİK'nun 280/1 madde gereğince kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[25]*

√ «*Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunduğu gibi, davalı borçlu şirket ortağı ile davalı 3 .kişinin aynı köy, cilt ve hanede nüfusa kayıtlı olduklarını, aynı yörede ticari faaliyette bulduklarını, davalının savunmasından borçlunun durumunu*

[21] Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 21921/10751

[22] Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 15012/10738

[23] Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 20934/10741

[24] Bknz: 17. HD. 01.11.2016 T. 17062/9672

[25] Bknz: 17. HD. 01.11.2016 T. 19655/9677

ve amacını bildiği, yine emsal olarak sunulan ve Dairece düzeltilerek onanan ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin dosyasından da davalı borçlu şirket ortağı adına kayıtlı taşınmazı davalı 3. kişinin ağabeyine, borçlu şirketin adına kayıtlı taşınmazı da 4. kişiye, onun da davalının ortağı olduğu şirkete devrettiğinden, her iki tasarrufun da iptaline karar verildiği, iptal hükmünün Dairece onandığı, dolayısıyla anılan dosyanın da güçlü delil niteliğinde olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK'nun 278/3-2, 280/1 maddeler gereğince iptale tabi olduğunu»^[26]

belirtmiştir.

III- Yüksek mahkeme, borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin «borçlunun mâli durumunu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bildiği» konusunda -yani; İİK. mad. 280/I kapsamındaki- konularla ilgili olarak;

√ «*Davalı borçlunun alacaklı olduğu icra dosyasındaki alacağını, üçüncü kişi davalı eşine temlik etmesi halinde, davalıların karı-koca oldukları ve davalı üçüncü kişinin, eşi olan davalı borçlunun davacılar borcu olduğunu bilebilecek durumda olduğu, davacıların alacağını sonuçsuz bırakmak amacı ile temlikin yapıldığı anlaşıldığından davanın kabulü ile davacıların alacakları ile sınırlı olmak üzere temlik tasarrufunun iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[27]*

√ «*Borçlunun durumu hakkında bilgi sahibi olan ve alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken yakınlıkta davalılar aleyhine açılan iptal davasına konu tüm devir işlemlerin muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[28]*

√ «*Davalı üçüncü kişi, 'dava konusu aracın ilk alınma tarihinde kredi limiti nedeni ile borçlu şirket adına alındığını ancak baştan itibaren kendisi tarafından kullanıldığını, fakat kredi çeken şirketin ekonomik sıkıntı nedeni ile 'gel artık aracı üzerine al' demesi üzerine geri kalan kredi borcu kapatılarak üzerine aldığı' belirterek borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğunu ifade etmiş olduğundan, tasarrufun iptaline ilişkin davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[29]*

√ «*Davalının diğer kardeşi ile birlikte aynı gün 8 bağımsız bölüm satın alması ve borçlular ile aynı cadde üzerinde ticari faaliyette bulunması sebebiyle borçlunun mali durumunu bilebilecek şahıslardan olduğunu»^[30]*

[26] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 17057/9324

[27] Bknz: 17. HD. 10.04.2017 T. 20990/3853

[28] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 4107/1451

[29] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23889/1460

[30] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23919/1454

√ «Satışın akrabalar arasında yapılmış olmasına ve davalıların davacının durumunu amacını bilebilecek kişilerden olması karşısında tasarrufun iptaline karar verilmesi gerektiğini- Mahkemece davalı 4. kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilmişse de, davalı 4. kişinin diğer davalılar ile aynı köyde ikamet eden, birbirini yakinen tanıyan ve davalı borçlunun durumunu bilen bilebilecek kişilerden olduğu ve bunun yanında dava konusu taşınmazların tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen bedel arasında misli fark bulunduğu anlaşıldığından, yapılan tasarrufun İİK. mad. 280/1 gereğince iptale tabi olduğunu»^[31]

√ «Davalı borçlu ile taşınmazı sattığı davalı 3. kişinin babası, dedesi ve amcasının altı yıllık site komşusu olduğu anlaşıldığından bu durumunun İİK'nun 280/1 madde kapsamında değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»^[32]

√ «Davalıların ceza dosyalarında borçlu ile husumeti ve alacağı olan bu alacağın tahsili imkanı bulamadığı için suç sayılacak eylemlere yönelmiş olan ve sanık sıfatını alan kişinin yakın akrabaları olduğu, bu hali ile borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kasdı ile hareket ettiğini bilebilecek şahıslardan olduğunun anlaşıldığı, yine davalının borçludan birden fazla taşınmaz satın aldığı dava konusu bağımsız bölümü, bahsi geçen sanığın kardeşinden satın aldıktan kısa bir süre sonra aynı şahsın amcasına satış yaptığı bu iç içi ilişki içerisinde davalının da borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kasdı ile hareket ettiğini bilebilecek şahıslardan olduğunun anlaşıldığını»^[33]

√ «Davalı borçlunun aynı günde 19 adet taşınmaz sattığı bu taşınmazlardan üçünü davalıya, beşini davalı ile aynı soyadını taşıyan kişilere satıldığı, yine takip dosyasındaki ihalede dava konusu takip borçlularına ait iki taşınmazın icra ihalesi sonucu davalı tarafından alındığı, borçlu ile davalının aynı ilçe, köy ve ciltte nüfusa kayıtlı olduğu, faaliyet yerleri farklı olsa da faaliyet alanlarının aynı olması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında davalının İİK'nun 280/1 maddesi kapsamında borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olduğunun kabulü gerektiğini; yine borçlu vekilinin savunmasında diğer davalının satış bedelinin 25.000 TL'sini banka aracılığıyla ödediğini, kalan 12.715,30 TL'nin de takip borçlusu şirketin borcuna mahsup edildiğini belirttiğinden diğer davalının da borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek durumda olduğunun kabulü gerektiğinden dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 maddesi gereğince davacının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[34]

[31] Bknz: 17. HD. 01.02.2017 T. 24893/871

[32] Bknz: 17. HD. 24.01.2017 T. 19676/484

[33] Bknz: 17. HD. 24.01.2017 T. 22158/493

[34] Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 11030/166

√ «Davalı 4. kişinin borçlunun oğlu olması nedeniyle dava konusu satışın İİK. mad. 280/1 gereğince iptale tabi bulunduğunu- Borçlu ile davalı arasında akrabalık, komşuluk, sosyal ve ticari ilişki bulunmayan, davalı 4.kişilerin, dava konusu evin davalı 4.kişiler tarafından camdaki ilan üzerine aynı apartmanda oturan tanığın aracılığıyla alındığı, davacı ile borçlu arasındaki ihtilafları bildiğinin iddia ve ispatlanmadığı, davalı 4.kişilerin dava konusu taşınmazı fiilen teslim almak için idari ve adli yollara (tespit, Kaymakamlık men kararı, füzuli işgal nedeniyle meni müdahale davası...gibi) başvurması, dava konusu taşınmazı mahkeme kararı gereğince icra yoluyla teslim almaları, aldıktan sonra eve değer arttırıcı imalatlar yapmaları gibi maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı 4.kişilerin kötüniyetli olduklarının kabulünün mümkün olmadığını, aksinin de yani kötüniyetli olduklarının da davacı tarafından ispatlanamaması nedeniyle adı geçen davalılar yönünden davanın reddi gerektiğini, bu durumda, davalı 3.kişi hakkındaki davanın İİK. mad. 283/2 gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davalı 3. kişinin davacının kat'i aciz belgesindeki alacağı ile sınırlı olarak tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğini»^[35]

√ «Tasarrufa konu taşınmazın satış tarihinde belirlenen değeri gözetildiğinde, İİK'nun 278/2 maddesinde belirtilen edimler arasındaki aşırı fark olmadığı ve İİK'nun 280. madde kapsamında davalının, borçlunun mali durumunu ve alacaklıları ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olduğu ispatlanmadığından, bu davalı yönünden davanın reddi gerektiğini»^[36]

√ «Davalı vekilinin cevap dilekçesi ile davalılar arasındaki muvazaalı işlemin kabul edildiği, davalının eşinin borçlunun kefil olduğu, borcun ödenmeyince üzerindeki taşınmazları önce davalıya daha sonra da diğer davalının teklifleri ile davalı 3. kişiye devredildiğinin ikrar edildiği, ayrıca davalının bu taşınmazı alım gücü olmadığı gibi borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğundan İİK'nun 280.maddeye göre tasarrufun iptali gerektiğini- Davalı 3. kişinin halde çalıştığı, borçlunun da aynı alanda iştiğal ettiği, dava konusu taşınmazların da bu ilçede bulunduğunu, davalı tanıkları 'davalı 3. kişinin borçlunun mali durumunu bilmediğini' ifade etmişler ise de, davalının açık ikrarı, dava konusu taşınmazların ticari işletmenin tüm taşınmazı olarak devrinin, İİK'nun 280/3 maddesine göre iptali gerektiğini»^[37]

√ «Takip konusu borcun kredi sözleşmesinden doğmasına, haciz tutanaklarının İİK'nun 105 maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olup bunun

[35] Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 6585/171

[36] Bknz: 17. HD. 28.12.2016 T. 7253/12054

[37] Bknz: 17. HD. 13.12.2016 T. 18886/11527

dışında -(borç tasfiye protokolü gereğince on bankaya 21.153.996,48 Euro borcu bulunan)- davalı, borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılmasına karşısında, davalı borçlunun aynı gün davalıya yirmi adet, bir gün ara ile diğer davalıya yedi adet taşınmaz satıp davalı 3. kişinin satın aldığı taşınmazlar için satıştan 22-23 gün önce 100.000 Doları davalı borçluya elden ödemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığını, ve mevcut durumun davalılar tarafından borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu gösterdiğini, davalı borçlunun davalı 3.kişinin amcasının torunu olması nedeniyle bu davalının borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle, bu davalı ile yapılan dava konusu tasarrufların da İİK'nun 280/1.madde gereğince iptale tabi bulunduğunu»^[38]

√ «İİK'nun 278. maddesinde belirtilen karı ve koca ile usul ve fîru, neseben veya şihren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar ile evlat edinilen evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar söz konusu olmadığı gibi taşınmazın satış bedeli ile gerçek değeri arasında fahiş fark bulursa dahi aynı maddede belirlenen haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki sene içinde kalan bir tasarrufun olmadığını, kaldı ki bu hususta mahkemece banka hareketleri gibi deliller üzerinde de durulmadığını, ayrıca davalılar arasında alacağa mahsuben bir satış yapıldığı da iddia ve ispat edilmediğini, davalıların borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızrar kasdı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden oldukları(İİK. 280/I) hususu da belirlenemediğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»^[39]

√ «Davalı borçlu, üçüncü kişi ve dava dışı bir kişi adına tapuya tescilli taşınmazın, önce davalı borçlu ve üçüncü kişiye satıldığı sonra birlikte çekilen kredi karşılığında bir banka tarafından her iki davalının hisseleri üzerinde ipotek tesis edilmiş olduğu anlaşıldığından, İİK. mad. 280 gereğince üçüncü kişinin borçlunun mali durumunu ve alacaklarını ızrar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olduğu ve bu nedenle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[40]

√ «Tanık olarak dinlenen kişi, mali müşavir olarak görev yaptığını, borçlunun da müşterisi olduğunu, dava konusu taşınmazın satışı için kendisine vekaletname verdiğini ve taşınmazları teyzesinin oğlu olan davalıya sattığını belirttiğinden mahkemece üçüncü kişinin İİK'nun 280. maddesi gereğince borçlunun mali durumunu ve alacaklarını ızrar kastını bildiği veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadığını tartışılması gerekeceğini»^[41]

[38] Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 2847/11210

[39] Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 21380/11206

[40] Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 20934/10741

[41] Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 21921/10751

√ «*Takip dosyası içeriği ve hacizler ile borçluların aciz hallerinin sabit olduğu, davalıya yapılan satışlar yönünden ivazlar arasında fahiş bedel farkı olmakla birlikte, anılan davalının borçlu şirketin mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğunun açıkça ifade edilmiş bulunmasına ve diğer davalının ise takip borçlularından birinin kayınpederi olması nedeni ile İİK'nun 280. maddesi gereğince borçluların mali durumunu ve alacaklılarını ızzar kastını bildikleri veya bilmeleri gerekmesine göre açılan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini*»^[42]

√ «*Borçlu ile davalı şirket arasındaki söz konusu tasarruf yönünden tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel arasında misli fark bulunması nedeniyle İİK'nun 278/3-2, ayrıca davalı borçlunun ortağı ve temsilcisi olduğu şirket ile davalı şirket arasındaki ticari ilişki nedeniyle davalı 3.kişi şirketin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması nedeniyle İİK'nun 280/1. madde gereğince iptale tabi olduğunu- Davalı 4. ve 5. kişiler, muhtelif şirketlerde ortak ve yönetici olarak bulunmalarına rağmen adı geçen kişiler ile ortağı oldukları şirketlerin davalı borçlu ve onun ortağı olduğu şirket ile ticari ilişkisi içinde bulunduğu, aralarında organik ve fiili bağ olduğu davacı tarafından ispatlanamadığından dolayısıyla davalı 4.ve 5 kişinin kötüniyetli oldukları davacı tarafından ispatlanamadığından 4 ve 5 kişi durumundaki davalılar hakkındaki davanın reddine; bu durumda, davalı şirket hakkındaki davanın İİK'nun 283/2 madde gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davacının dava konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı 3.kişi şirketin dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli olan 3.800.000,00 TL tazminatla sorumlu tutulmasına (aynı taşınmaza ilişkin olarak başka alacaklılar tarafından açılan ve tazminat olarak hükmedilerek kesinleşen dosyalar var ise o dosyalarla da tekerrür oluşturmayacak şekilde) karar verilmesi gerekeceğini*»^[43]

√ «*Dosya kapsamından davalının 26.3.2010-21.2.2013 tarihleri arasında davalı borçlu şirketin eski eşi ile birlikte ortağı olduğu, eski eşinden 15.12.2008 tarihinde boşanmasına rağmen 2010 yılında alınan dava konusu aracın banka kredisine kefil olduğu, kredi borcunu 19.4.2013 tarihinde 20.000 TL olarak ödeyerek dava konusu aracı 22.4.2013 tarihinde borçlu şirketten aldığı, davalı ile eski eşi arasındaki ceza dosyasındaki 12.11.2012 tarihli hazırlık ifadelerinden tarafların birlikteliklerinin 2011 yılına kadar devam ettiğinin anlaşıldığını, yine dava konusu aracın 12.11.2012 tarihli tutanaktan davalının kullanımında olduğunun anlaşıldığını, takip konusu borcun tanzim tarihi olan 20.9.2012 tarihinde davalının borçlu şirketin ortağı olduğunu, 12.11.2012 tarihli tartışma ve kavganın borçlu şirketin borçları nedeniyle meydana geldiğini, dolayısıyla davalının ortağı olduğu*

[42] Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 20381/11217

[43] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 7077/9343

şirketin durumunu ve amacını yani borçlarını bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, yine dava konusu aracın davalı tarafından alacağa mahsuben (aracın banka kredi borcunu ödemiş olması) alınmış olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK'nun 279/3-2 ve 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu»^[44]

√ «Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunduğu gibi, davalı borçlu şirket ortağı ile davalı 3. kişinin aynı köy, cilt ve hanede nüfusa kayıtlı oldukları, aynı yörede ticari faaliyette buldukları, davalının savunmasından borçlunun durumunu ve amacını bildiği ve emsal olarak sunulan ve Yargıtay tarafından düzeltilerek onanan bir diğer dosyada da 'davalı borçlu şirket ortağı adına kayıtlı taşınmazı davalı 3. kişinin ağabeyine, borçlu şirketin adına kayıtlı taşınmazı da 4. kişiye, onun da davalının ortağı olduğu şirkete devrettiği her iki tasarrufun da iptaline karar verildiği' görüldüğünden, dava konusu tasarrufun İİK'nun 278/3-2, 280/1. maddeleri gereğince iptale tabi olduğunu»^[45]

√ «İvazlar arasında fahiş fark olduğu, borçlu ile davalının kardeş, diğer davalı ile ise aynı köyde ve aynı mahallede oturdukları ve aynı kooperatifte birlikte çalıştıklarından 'borçlunun mali durumunu bildikleri veya bilmesi lazım gelen şahıslardan olduğu'ndan bahisle davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[46]

√ «İvazlar arasında fahiş fark olmadığı gibi davalının borçlunun mali durumunu bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğu ispat edilmemiş olup, borçlunun bu amaçla hareket etmesi bir başka deyişle kötü niyeti yeterli olmayıp üçüncü kişinin bu amaçtan haberdar olduğunun ispatı gerekeceğini- Tapu yazılı belge niteliğinde olduğundan burada yazılı olan bedelin davalı üçüncü kişi tarafından ödendiğinin kabul edilmesi, aksi iddianın ileri süren tarafından ispatı gerekirken anılan davaya usule aykırı olarak ispat külfeti yüklenerek, 'bedeli ödemediğini ispatlayamadığı' gerekçesi ile reddinin isabetli olmadığını»^[47]

√ «İİK'nın 278/2 maddesinde edimler arasındaki aşırı farkın bağışlama hükümünde sayılıp yapılan tasarrufun iptale tabi olduğu gibi, her iki üçüncü kişi de borçluyu yakından tanıyan birbirleri için kredi çekebilecek yakınlığa sahip oldukları dosya içeriği ile sabit olduğundan, İİK'nun 280. maddesi gereği borçlunun mali durumunu bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden de olduklarından, davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[48]

[44] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 18523/9342

[45] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 17057/9324

[46] Bknz: 17. HD. 18.10.2016 T. 16588/9042

[47] Bknz: 17. HD. 11.10.2016 T. 17002/8797

[48] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 14976/8546

√ «Dava konusu ev önce borçlunun yakın arkadaşı ve daha sonra borçlunun kardeşine satılmış olduğundan ve her iki davalının da borçlunun mali durumunun bozuk olduğunu bildiği açık ikrarları ile sabit olduğundan, tasarrufun iptali davasının da kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[49]

√ «Borç, dava dışı banka ile imzalanan kredi sözleşmesi ile doğmuş olup bu tarihten sonraki borçlu tasarrufları için iptal davası açılmasının mümkün olduğu, davacının sözleşmesinin kefil olması ve borçlu yerine ödemeyi tasarruf tarihinden sonra gerçekleştirmiş olduğu gerekçesi ile davanın reddinin isabetli olmadığını- Davalılardan amca-yeğen olması nedeniyle, dava konusu tasarrufun 'iyiniyet ve bedel farkına bakılmaksızın' İİK'nun 278/3-1, davalı üçüncü kişinin 'borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle' de İİK'nun 280/1 maddesi gereğince iptale tabi bulunduğunu»^[50]

√ «İpotek bedeli dikkate alındığında ivazlar arasında fahiş fark olmadığı, davalı üçüncü kişinin 'borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bildiği' yönünde delil sunulmadığından bahisle tasarrufun iptali davasının reddi gerektiğini»^[51]

√ «Davalılardan şirket ile borçlu şirket ve yetkilisi arasında bir yakınlık ya da ilişki olduğunun saptanamadığı, ayrıca İİK'nun 280. madde kapsamında borçlunun mali durumunu veya alacaklılarını ızzar kastını bildiği veya bilmesi gereken şahıslardan olduğunun tesbit edilemediği, araç satışının alacağa mahsuben yapıldığı yönünde bir iddia ve savunma da bulunulmadığından, söz konusu araç peşinen satışının 'alacağa mahsuben yapılmadığı' kabul edilerek aksinin ispatını anılan davalı şirkete yükleyerek 'bu hususun ispatlanmadığı'ndan bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu»^[52]

√ «Davalı 3.kişinin borçlunun komşusu, diğer davalı 3.kişinin ise borçlunun vekili olduğu, aynı gün borçlu tarafından davalı 3. kişiye sekiz araç, diğer davalı 3. kişiye farklı iki günde 6 araç satılmış olması nedeniyle davalı 3.kişilerin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması ve bu durumun ticari işletmenin kısmen devri mahiyetinde olması nedeniyle, reddedilen araçlar yönünden de 'davanın İİK'nun 280.maddesi gereğince kabulüne karar verilmesi' gerekeceğini»^[53]

[49] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 17071/8551

[50] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 9663/8542

[51] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 17141/8554

[52] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 15172/8547

[53] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 14167/8533

√ «Borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılması, iptali istenen tasarrufların dava konusu takip dosyasındaki 25.3.2011 tanzim 3.7.2012 vadeli senetle doğan borçtan sonra 17.8.2011 tarihinde yapılmış olması, davalı 3. kişinin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufların İİK. mad. 280/1 gereğince iptale tabi olduğunun»^[54]

√ «Borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılması, iptali istenen tasarrufların dava konusu takip dosyasındaki senetle doğan borçtan sonra yapılmış olması ve davalı 3. kişinin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1. madde gereğince iptale tabi olduğu- Borcun doğumunun, iptali istenen tasarruflardan sonra olması halinde, tasarrufun iptali davasının, 'dava şartı yokluğu' nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceği- Davalı borçlunun itirazı üzerine icra takibinin durması ve davacı tarafından itirazın iptali davası açılması halinde, davanın davacı lehine sonuçlanmış ve kesinleşmiş olması halinde, tasarrufların iptaline, aksi takdirde kesinleşmemiş ise kesinleşmesinin beklenmesi, davalı borçlu lehine sonuçlanmış ve kesinleşmiş ise anılan takip dosyası yönünden davanın önkoşul yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekeceğini»^[55]

√ «Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değeri arasında misli fark bulunduğu, davalının borçlu davalının durumunu ve amacını bilen kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun iptale tabi olduğu, davalının dava konusu taşınmazı elden çıkardığından ve hakkındaki dava bedele dönüştürüldüğüne ilişkin yerel mahkemece verilen kabul kararının 'haciz tutanağının İİK'nun 105 maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olması' ve dava konusu tasarrufun İİK'nun 278/3-2, 279/2 ve 280/1. maddelere göre iptale tabi bulunması karşısında onanması gerektiğini»^[56]

√ «Kısa aralıklar ile yapılan satışın diğer deliller ile desteklenmediği takdirde tek başına kötü niyet karinesi olarak kabul edilemeyeceğini»^[57]

√ «Dava konusu taşınmazın üzerinde bulunan işletme ile aynı alanda faaliyette bulunan bitişik işletme sahibi davalı şirketin borçlunun mali durumunu bildiği veya bilmesi gereken şahıslardan olduğunun kabulü ile bu davalı yönünden de davanın kabulü ile tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[58]

[54] Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 10184/8285

[55] Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 5547/8283

[56] Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 14882/8282

[57] Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 10902/8238

[58] Bknz: 17. HD. 20.09.2016 T. 4991/7978

√ «Aciz halinde olan borçlunun alacaklarını zarara uğratmak için aynı evde birlikte oturdularından, davalının aynı zamanda kayınpederi olan şahsa satış yaptığından, her ne kadar borçlu eşinden boşanmış ise de davalının dava konusu taşınmazları edinme tarihinde borçlu ile kızının evli olduğundan ve boşanmanın kesinleşmediğinden, aralarındaki tasarrufun bağışlama niteliğinde olduğundan iptali gerektiğini- İşyeri niteliğindeki taşınmazın devrinin İİK. mad. 280 gereğince de iptali tabi olduğunu»^[59]

√ «Davalı borçlu şirket tarafından davalı 3.kişi şirkete satışı yapılan taşınmazın üzerinde benzin istasyonu bulunduğundan dava konusu tasarrufun ticari işletme devri niteliğinde olması nedeniyle İİK. mad. 280/3 gereğince, bayilik sözleşmesinden davalı borçlu şirketin davalı 3.kişi şirketin bayisi olduğu, borç tasfiye ve yenileme protokolü ile borç tasfiye ve işletme ortaklık protokolünden de davalı borçlu şirketin davalı 3.kişi şirkete borçları olduğu dolayısıyla davalı 3. kişi şirketin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu, davalı borçlu şirketin (18,9 hissesi oranında) dava konusu parsellerin davalı 3.kişi şirkete devrine ilişkin tasarrufun davacının alacak ve ferileriyle iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[60]

√ «Takip konusu borcun satış sözleşmesinden doğmuş olmasına, borçlu hakkında düzenlenmiş kati aciz belgesinin sunulmasına, davalı 3.kişinin borçlunun çalışanı olması nedeniyle borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi bulunduğunu- İİK'nun 283/1 madde gereğince davacının, iptal davası sabit olduğu takdirde bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak (kati aciz belgesi düzenlenmiş ise kati aciz belgesindeki miktarla sınırlı olarak) cebri icra yolu ile hakkını elde etme yetkisini elde edeceğini, iptal davası, 3.kişinin elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa bu değerler nispetinde 3.kişi davacının alacağı ve fer'ileriyle sınırlı olarak (kati aciz belgesi düzenlenmiş ise kati aciz belgesindeki değer üzerinden) nakten tazminata mahkum edileceğini- Tazminata dönüşen bağımsız bölüme ilişkin iptal ve tazminat hükmünün alacakla sınırlı olarak kurulması gerekirken alacak, faiz ve masraflar dahil edilerek hüküm kurulmasının hatalı olduğunu»^[61]

√ «Dava konusu taşınmazla, rayiç değerinden çok düşük değere borçludan satın alan davalı 3.kişinin borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden olmadığından

[59] Bknz: 17. HD. 20.09.2016 T. 1714/7970

[60] Bknz: 17. HD. 21.06.2016 T. 5636/7564

[61] Bknz: 17. HD. 21.06.2016 T. 14477/7559

söz edilemeyeceği gibi dava tarihi olan 15.08.2007 tarihi ile tasarruf tarihi olan 07.02.2003 tarihi arasında 5 yıllık hak düşürücü süre geçmemiş olduğundan 'davanın süresinde açılmadığı'ndan da söz edilemeyeceğini- Davalının satın aldığı taşınmazların cebri icra sonucu elinden çıktığı ve iptal koşullarının gerçekleştiği ve davanın bedele dönüştüğü sabit olduğuna göre, dava konusu taşınmazların cebri icra ile satışı yapılan icra dosyası getirtilerek ihale bedeli belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[62]

√ «Dava üçüncü kişinin vekilinin cevap dilekçesindeki açıklamalardan müvekkilinin borçlunun mali durumu hakkında bilgisi olduğunu net bir biçimde ifade ettiği ve dosya içeriğinden dava konusu parsel üzerinde borçlunun işyeri olduğu ve satış sonrası üçüncü kişi tarafından işyeri olarak kiraya verildiği, bu hali ile İİK. mad. 280/1, 280/3 gereğince tasarrufun iptali gerektiğini»^[63]

√ «Borçlu tarafından verilen şikayet dilekçesindeki iddiaları ve bu iddiaları teyid eden tanık anlatımları dikkate alındığında borçlu ile davalı üçüncü kişinin önceden tanışıklıkları olduğu ve borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğu sabit olduğundan, İİK'nun 280.maddesi gereğince borçlunun alacaklılarından ızzar kastını bildiği anlaşılan davalı üçüncü kişi yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[64]

√ «Takip konusu borcun tasarruftan önce olması, borçlu hakkındaki takibin kesinleşmesine, haciz tutanaklarının geçici aciz belgesi niteliğinde olması ve davanın beş yıllık hakdüşürücü süre içinde açılmış bulunması, davalı borçlu ile diğer şirketler ve dahili davalı arasında organik ve hukuki bağ bulunması nedeniyle dava konusu satışların İİK'nun 280/1-3. maddesi gereğince iptale tabi olduğunu»^[65]

√ «Davacının davalıdan zimmetine geçirdiği para nedeni ile alacağı olduğu iş mahkemesi ilamı ile belirlenmiş olup, taleple bağlı kalınarak kesinleştiği, davalı eyleminin gerçekleştiği tarihin ceza dosyası kapsamı ile sabit olduğunu, dava konusu taşınmazın satın alındığı tarih ve 1/2 hissenin ve önceden akraba olan daha sonrada avukatı olan kişi ve eşinin borçlunun durumunu bilmemesi mümkün bulunmadığından davanın kabulü gerektiği- TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin davada, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın alacaklının alacak ve ferileri ile sınırlı olarak davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini»^[66]

[62] Bknz: 17. HD. 16.06.2016 T. 14219/7367

[63] Bknz: 17. HD. 14.06.2016 T. 15719/7273

[64] Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 16653/6939

[65] Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 14749/6338

[66] Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11539/6283

√ «Dava konusu taşınmazlarını çok düşük bedel ile satın aldığı, davalı üçüncü kişinin borçlu hastanenin kurucusu olduğu ve aynı zamanda dördüncü kişi şirketin ortağı olan şirketin de ortağı olduğu anlaşıldığından, satışların mal kaçırma amacı ile yapıldığının anlaşıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[67]

√ «Davalının taşınmaz satışı için ödediği ve belgelediği bedele göre taşınmazın satış bedeli ile rayiç bedeli arasında fahiş fark olmadığı ve borçlunun mali durumunu bilebilecek şahıslardan olduğu da ispatlanmadığından bahisle verilen bozma ilamı sonrasında bu davalı yönünden dava tefrik edilerek onun davasının reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[68]

√ «Dava konusu büroların icra ihalesi sonucu alan kişi tarafından alınarak dahili davalılara satıldığı savunulduğundan bu konudaki savunma da değerlendirilerek taraf teşkilinin sağlanması ve dava konusu tasarrufların İİK'nun 278, 279, 280, 283/2 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini- Tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen bedel arasında misli fark bulunmamakla birlikte davalının taşınmazı, borçluya iade ettiği evin bedeli olarak senetle birlikte yani alacağına mahsuben aldığını beyan ettiğinden ve adı geçen davalılar arasında yeni başka bir taşınmaz satışı bulunduğu davalının borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu anılan taşınmaz yönünden yapılan tasarruflun İİK. mad. 280/1. madde gereğince iptaline, anılan taşınmaz daha sonra iyiniyetli bir başka davalıya satıldığından, davanın bedele dönüşmesi nedeniyle taşınmazın erken çıkarıldığı tarihteki bilirkişi tarafından belirlenen tazminatın davacının dava konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesi gerektiğini»^[69]

belirtmiştir.

IV- Taraflar arasında organik bağ bulunması (yani; «borçlu» ile «üçüncü kişi»nin şirket (tüzel kişi) olup, ortaklarının ve/veya yöneticilerinin aynı kişiler (ya da yakın akrabalar olması) halinde; borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin «borçlunun malvarlığını ve zarar verme kastını» bildiği farz edilerek, mahkemece dava konusu işlemin -davacı alacaklı bakımından- iptaline karar verilir.

Sorumluluğun genişletilmesi bakımından başvuru olan «organik bağ» kavramı Türk Yargı kararlarında geliştirilen ve sıkça kullanılan bir kavramdır. Bu kavramla; farklı tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesine imkan sağlanmaktadır. Mahkemeler, özellikle bir tüzel kişiye olan alacakların takip edilmesinde, bu

[67] Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11919/6285

[68] Bknz: 17. HD. 10.05.2016 T. 15735/5696

[69] Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 13025/6947

takibin asıl borçlu şirket ile birlikte onunla belirli bir düzeyde hukuki ilişkiye ve bağına sahip olan şirkete karşı da yapılabilmesi veya devam ettirilebilmesi için «organik bağ» kavramından faydalanmaktadırlar.

Doktrinde^[70] «organik bağın varlığını kabul edebilmek için belli bir ekonomik ve ticari bağımlılık, kader birliği, birlikte hareket olgusu veya benzer bir özelliğin varlığı» aranmaktadır.

«Perdenin kaldırılması teorisi» ile «organik bağ» kavramları arasındaki benzerlikler şu şekilde belirlenebilir. Bir kere; «perdenin kaldırılması teorisi»nde bazı şartların varlığı halinde, borçlu şirketten farklı ve ayrı kişiliği olan şirket ortaklarına müracaat edilebilmekte ve bu ortaklar borçtan şahsen sorumlu tutulabilmektedir. Bu yönüyle «organik bağ» ile «perdenin kaldırılması teorisi» birbirine benzemektedir. Çünkü organik bağın varlığı halinde de borçlu şirketin tüzel kişiliğinden ayrı ve bağımsız bir kişinin (tüzel kişinin) sorumluluğuna gidilmektedir. İkinci olarak; «perdenin kaldırılması teorisi»nin uygulanması ile «organik bağ» kavramının uygulanması genel olarak «dürüstlük kuralı»na ve «hakkın kötüye kullanılması» ilkesine dayanır.

«Organik bağ»ın varlığı için ayrı tüzel kişiler arasında belirli bir iktisadi ve ticari bağımlılığın, kader birlikteliğinin veya birlikte hareket olgusunun başka bir özdeşliğin bulunması gerekir. Yani «organik bağ»ın temelini de «perdenin kaldırılması teorisi»nde olduğu gibi **hakkın kötüye kullanılması yasağı** ve **dürüstlük kuralı** oluşturmaktadır.^[71]

Yüksek mahkeme bu konuyla -yani; «organik bağ»la- ilgili olarak;

√ «Davalı 4. ve 5. kişiler, muhtelif şirketlerde ortak ve yönetici olarak bulunmalarına rağmen adı geçen kişiler ile ortağı oldukları şirketlerin davalı borçlu ve onun ortağı olduğu şirket ile ticari ilişkisi içinde bulunduğu, aralarında organik ve fiili bağ olduğu davacı tarafından ispatlanamadığından dolayısıyla davalı 4. ve 5 kişinin kötüniyetli oldukları davacı tarafından ispatlanamadığından 4 ve 5 kişi durumundaki davalılar hakkındaki davanın reddine; bu durumda, davalı şirket hakkındaki davanın İİK'nun 283/2 madde gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davacının dava konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı 3.kişi şirketin dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli olan 3.800.000,00 TL tazminatla sorumlu tutulmasına (aynı taşınmaza ilişkin olarak başka alacaklılar

[70] ERDÖNMEZ, G. age. s: 169 - ÖZTEK, S./MEMİŞ, T. Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması («Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması» isimli sempozyuma sunulan tebliğ, 2008, s: 211)

[71] ÖZTEK, S./MEMİŞ, T. a.g. tebliğ, s: 209 vd.; 213

tarafından açılan ve tazminat olarak hükmedilerek kesinleşen dosyalar var ise o dosyalarla da tekerrür oluşturmayacak şekilde) karar verilmesi gerekeceğini»^[72]

√ «Davalı borçlu ile üçüncü kişi şirket arasında organik bağ olduğu, dava konusu taşınmazın satışından sonra borçlunun organik bağ içinde olunan diğer şirket ortaklığından ayrıldığı satıştan sonra ancak dava dayanağı takipten önce aralarında uyumsuzluk çıktığı ve davaların bulunduğu, takip dayanağı 900.00 USD olarak büyük miktardaki borcun 30.05.2008 tarihinde verilmiş olmasına rağmen senedin vadesinin 30.12.2011 tarihine verildiği, alacaklı tarafından dava konusu taşınmazın tapu kayıtlarının istendiği anlaşıldığından, mahkemece, davacı alacaklının takip konusu bononun düzenlendiği 30.05.2008 tarihinde 900.000 USD elden borç verebilecek mali duruma sahip olup olmadığı kolluk aracılığı ile araştırılması, davacının şirketi var ise bu şirket kayıtlarında böyle bir alacak borç ilişkisinin varlığı ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, alacağın gerçek olup olmadığının tespiti gerektiğini»^[73]

√ «Takip konusu borcun tasarruftan önce olması, borçlu hakkındaki takibin kesinleşmesine, haciz tutanaklarının geçici aciz belgesi niteliğinde olması ve davanın beş yıllık hakdüşürücü süre içinde açılmış bulunması, davalı borçlu ile diğer şirketler ve dahili davalı arasında organik ve hukuki bağ bulunması nedeniyle dava konusu satışların İİK'nun 280/1-3 maddesi gereğince iptale tabi olduğunu»^[74]

√ «Borçlunun aciz halinin sabit olduğu, alacaklı ile borçlu arasında yapılan borç ödeme planının bu durumu değiştirmeyeceği, 5 yıllık hak düşürücü sürede borçlu baba ile davalı kızı arasındaki tasarrufun iptali gerektiğini, diğer davalı şirket ortakları ile borçlu arasında organik bağ olduğundan, borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızzar kastını bildiğinin kabulü gerektiğini»^[75]

√ «Kural olarak çekte vade olmamakla birlikte ticari hayatta çeklerin de bono gibi vadeli kullanıldığının bilinen bir gerçek olduğunu, dosyada mevcut ticari sicil kayıtlarından davacının ticari ilişki içinde olduğunu ve borcun doğumuna ilişkin kereste sattıklarını beyan ettiği dava dışı şirket ile davalı borçlu şirket arasında ortak ve kurucuları bakımından organik bağ bulunduğu, o halde mahkemece davacının borcun doğumuna ilişkin iddiasının değerlendirilmesi amacıyla davacı ile dava dışı şirkete ait ticari defterler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması adı geçen taraflar arasında kereste satımına ilişkin ticari ilişki bulunup bulunmadığı, ticari ilişki var ise bu ilişkinin başlangıç tarihi, belirlenecek

[72] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 7077/9343

[73] Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 20994/6940

[74] Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 14749/6338

[75] Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 3963/5340

bu tarihin iptali istenen tasarruftan önce olması halinde bu defa davalı borçlu ile dava dışı şirketin ticari defterleri ve banka kayıtları üzerinde inceleme yapılarak birbirlerinin borçlarını ödeyip ödemedikleri, birlikte çalışıp çalışmadıkları değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»^[76]

√ «Bozma ilamı doğrultusunda, 'davalı şirketler arasında organik bağ bulunduğu, dava konusu tasarrufların, İİK. mad. 280/1-2 gereğince iptale tabi olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, dava konusu tasarrufların iptaline, davacının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak araç üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına, dava konusu dava dışı 4.kişiye satılan araç yönünden, değeri olan tutarın alacak ve fer'ilerle sınırlı olarak davalıdan tahsiline' karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[77]

√ «Tarafların ticari defterleri üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan 31.07.2008 ve 18.05.2009 tarihli bilirkişi raporlarından, davalı A. firmasının borçlu ile ticari ilişkisinin olduğu, borçlunun ... TL borcu olduğu daha sonra organik bağ içinde olduğu Y. Gıda Şirketine ait ... TL borcunda borçlu Ö. Gıda tarafından üstlenildiği, Y. Gıdaya ait 3 adet çek bedeli karşılıksız çıkması nedeni ile ek masrafi dahil ... TL borcunda borçlu şirkete devredildiği bu borçlara karşılık ...tarihli ... TL'lik temlikin yapıldığı anlaşıldığından, davalı, borçlu ile ticari ilişkisini temlik tarihinden öncesinde ve sonrasında devam ettirmiş ve temlik miktarı kadar gerçek bir alacağı olduğunu ispatladığından bu davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[78]

√ «Borçlunun kendi yaptığı tasarruflar için dava açılması mümkün olduğu gibi parasını kendi verdiği ancak muvazaalı olarak başkası adına tescil edilen mallar için de dava açılmasının mümkün olduğu, bu gibi tasarrufların nam-ı müstear olarak adlandırıldığı- Somut olayda da davalı borçlu şirket tarafından diğer davalı adına taşınmaz satın alınması dava edilmiş olmasına göre gerçek kişilerin hangi şartlar dahilinde bu taşınmaza sahip olabilecekleri, davalılar arasındaki organik bağlantının olup olmadığı üzerinde de durularak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»^[79]

√ «Dava konusu araçların borcun doğumundan sonra borçlu tarafından mali durumunu bilen üçüncü kişi ve borçlu şirket ortakları ile organik bağ içinde bulunan şirkete yapılan satışların iptalinin yerinde olduğunu- Alacaklı tarafından 4. kişinin davaya dahil edilmemesi halinde davanın, 3. kişi yönünden malı elinden çıkardığı

[76] Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 613/5012

[77] Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 1050/1736

[78] Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 1313/10510

[79] Bknz: 17. HD. 22.06.2015 T. 8287/8983

tarihteki rayiç değer üzerinden tazminata dönüştüğü kabul edilerek tazminatın hüküm altına alınması gerektiğini»^[80]

√ *«Borçlu ve diğer davalı şirket ortakları arasındaki yakın organik bağ nedeni ile İİK'nin 280. maddesi gereğince borçlunun içinde bulunduğu mali durum ve zarar verme kastının davalı şirket tarafından bilindiğinin kabulü ile tasarrufların iptaline karar vermek gerektiğini»^[81]*

√ *«Borçlular ve davalı üçüncü kişi şirket aynı adreste faaliyette buldukları ve ortakları arasında organik bağ bulunduğu anlaşıldığından ve iptali istenilen takip konusu alacağın varlığı, borçlu ve üçüncü kişi şirketin ticari defterleri ile ispatlanmamış olduğundan, icra takip dosyasının muvazaalı olduğundan iptalinin gerektiği, ancak hacizli malların ihale ile dördüncü kişiye satıldığı ve anılan şahsın kötü niyetli olduğu ispatlanmadığından, davanın bedele dönüştüğü dikkate alınarak davacının takip dosyalarındaki alacak ve ferileri ile sınırlı olarak ihale bedelinin davalı üçüncü kişiden tahsiline karar verilmesi gerektiğini»^[82]*

√ *«Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında misli fark bulunması, davalı şirketler arasındaki organik bağ nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK 278/3-2,280/1 maddeler gereğince iptale tabi olduğunu- Tasarrufun iptali davalarında vekalet ücreti takip konusu alacak miktarı ile (aciz belgesine bağlanmış ise aciz belgesindeki alacak miktarı) ile iptali istenen tasarrufun tasarruf tarihindeki değeri karşılaştırılarak düşük olan değer üzerinden nispi olarak hesaplanması gerekeceğini»^[83]*

belirtmiştir.

V- Davalı -borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarında *«hayatın olağan akışına aykırılık»* bulunması halinde, bu tutarsız iddia ve savunmalar, taraflar arasında yapılmış olan tasarrufların iptaline neden olur.

«Hayatın olağan akışına aykırılık» ne demektir? «Hayatın olağan akışı» kriteri, hukukçuların olaylara yorum getirmede kullandıkları ölçülerden ve prensiplerden birisidir. Buna göre insanların genelinin, sosyal yapı içerisinde yapageldikleri

[80] Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 1509/7638

[81] Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 18088/7628

[82] Bknz: 17. HD. 11.05.2015 T. 18938/7248

[83] Bknz: 17. HD. 25.11.2014 T. 13374/16824

davranışlar «*hayatın olağan akışı*» kriterini oluşturmakta ve bu kriter de hukuki problemlerin yorumlanmasında kullanılmaktadır.^[84]

Başka bir deyişle; tecrübe (hayatın olağan akışı) kuralları «*hayatta sık tekrar eden, tekrarlanması ihtimal dahilinde olan olayların veya bilimsel ve teknik bilgilerin oluşturduğu ve kendilerini oluşturan somut olaylardan bağımsız hale gelmiş kurallar*»dır; vak'a tesbitinde, hukukun olaya uygulanmasında, hakim bir değer hükmü vermesinde, delillerin değerlendirilmesi ve bir delilin ispat değerinin saptanmasında, muhtevası belli olmayan kuralların (kötüniyet gibi) uygulanmasında önemli rol oynar.^[85]

«*Hayatın olağan akışı*» kriteri, Yargıtay ve diğer üst derece mahkemelerinde, pek çok alandaki hukuki problemlerin çözülmesinde bir yorum kuralı olarak kullanılmaktadır. Yargıtay «*hayatın olağan akışı*» kriterini, «*olayların sebep-sonuç ilişkisine uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin irdelenmesi, sosyal yapı içerisinde olağan karşılanacak türden olup olmadığının belirlenmesi*» şeklinde anlamaktadır. Söz gelimi «*bir ikrarının delil değerinin ortaya konulması için diğer şartların yanında hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediğinin de araştırılması gerektiği*» ifade edilmektedir.^[86]

«*Hayatın olağan akışı*» kriterinin uygulama alanı oldukça geniştir. Aynı zamanda, «*aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen bir karine*» olduğundan, hukukçular için adaletili karar vermede kullanılan, oldukça pratik bir kriter niteliğini taşımaktadır.

Sonuç olarak «*hayatın olağan akışı*» kriteri, mevcut hukukumuzda hukukçuların hemen her alanda uygulayabildikleri, onların işlerini kolaylaştıran önemli bir prensiptir.^[87] Hangi olayların «*hayatın olağan akışına aykırı olduğu*» tasarrufun iptali davasına bakan mahkeme tarafından takdir edilecektir.^[88]

Uygulamada;

- Borçlunun, taşınmazı satın aldıktan çok kısa bir süre sonra elinden çıkarmış olması,

[84] DEMİR, A. Yargıtay İçtihatlarındaki Hayatın Olağan Akışı Kriteri (Terazi Der. Aralık/2008, S:28, s:129)

[85] ALANGOYA, Y. «Senede Karşı Senetle İspat» Kuralı ve «Hayatın Olağan Akışı» Kavramı (N. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, 2004, s:528, dipn. 32)

[86] DEMİR, A. agm. s:130

[87] DEMİR, A. agm. s:133

[88] ERDÖNMEZ, G. age. s: 167

- Borçlunun taşınmazını elinden çıkardığı halde, taşınmazda uzun süredir oturuyor olması,
- Taşınmazın halen borçlunun boşandığı eşi tarafından kullanılıyor olması,
- Borçlunun aracının sattıktan sonra, aracının kullanmaya devam etmesi,
- Üçüncü kişi tarafından taşınmazın rayiç bedelinin iki katı bir bedelle satın alınması,
- Üçüncü kişinin, borçluya ait çok sayıda, örneğin yedi adet taşınmazı satın alması,

hayatın olağan akışına uygun düşmeyen işlemler kabul edilmektedir.^[89]

Yüksek mahkeme «tasarrufun iptali davaları»nda 'hayatın olağan akışı' kriteri ile ilgili olarak;

√ «*Davalı borçlunun aynı günde 19 adet taşınmaz sattığı bu taşınmazlardan üçünü davalıya, beşini davalı ile aynı soyadını taşıyan kişilere satıldığı, yine takip dosyasındaki ihalede dava konusu takip borçlularına ait iki taşınmazın icra ihalesi sonucu davalı tarafından alındığı, borçlu ile davalının aynı ilçe, köy ve ciltte nüfusa kayıtlı olduğu, faaliyet yerleri farklı olsa da faaliyet alanlarının aynı olması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında davalının İİK'nun 280/1 maddesi kapsamında borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olduğunun kabulü gerektiği; yine borçlu vekilinin savunmasında diğer davalının satış bedelinin 25.000 TL'sini banka aracılığıyla ödediğini, kalan 12.715,30 TL'nin de takip borçlusu şirketin borcuna mahsup edildiğini belirttiğinden diğer davalının da borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek durumda olduğunun kabulü gerektiğinden dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 maddesi gereğince davacının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini*»^[90]

√ «*Takip konusu borcun kredi sözleşmesinden doğmasına, haciz tutanaklarının İİK'nun 105 maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olup bunun dışında -(borç tasfiye protokolü gereğince on bankaya 21.153.996,48 Euro borcu bulunan)- davalı borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılmasına karşısında, davalı borçlunun aynı gün davalıya yirmi adet, bir gün ara ile diğer davalıya yedi adet taşınmaz satın aldığı 3. kişinin satın aldığı taşınmazlar için satıştan 22-23 gün önce 100.000 Doları davalı borçluya elden ödemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı ve mevcut durumun davalılar tarafından borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu gösterdiği, davalı borçlunun davalı 3.kişinin amcasının torunu olması nedeniyle bu davalının borçlunun durumunu*

[89] SERTKAYA, A. Ş. /KUL, S. Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 352

[90] Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 11030/166

ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle bu davalı ile yapılan dava konusu tasarrufların da İİK'nun 280/1.madde gereğince iptale tabi bulunduğunu»^[91]

√ «Gaziantep'te oturan ve orada ticaretle uğraşan davalının 80.000 TL civarında rayiç değer sahip Giresun Keşap'da bulunan taşınmazı 19 yaşındaki davalıdan alması, anılan taşınmazın boş olarak tutulması hayatın olağan akışına uygun bulunmadığından tasarrufun İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu»^[92]

√ «Dosya kapsamından davalının 26.3.2010-21.2.2013 tarihleri arasında davalı borçlu şirketin eski eşi ile birlikte ortağı olduğu, eski eşinden 15.12.2008 tarihinde boşanmasına rağmen 2010 yılında alınan dava konusu aracın banka kredisine kefil olduğu, kredi borcunu 19.4.2013 tarihinde 20.000 TL olarak ödeyerek dava konusu aracı 22.4.2013 tarihinde borçlu şirketten aldığı, davalı ile eski eşi arasındaki ceza dosyasındaki 12.11.2012 tarihli hazırlık ifadelerinden tarafların birlikteliklerinin 2011 yılına kadar devam ettiğinin anlaşıldığı, yine dava konusu aracın 12.11.2012 tarihli tutanaktan davalının kullanımında olduğunun anlaşıldığı, takip konusu borcun tanzim tarihi olan 20.9.2012 tarihinde davalının borçlu şirketin ortağı olduğu, 12.11.2012 tarihli tartışma ve kavganın borçlu şirketin borçları nedeniyle meydana geldiği, dolayısıyla davalının ortağı olduğu şirketin durumunu ve amacını yani borçlarını bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, yine dava konusu aracın davalı tarafından alacağı mahsuben (aracın banka kredi borcunu ödemiş olması) alınmış olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK'nun 279/3-2 ve 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu»^[93]

√ «Davalı 3.kişinin borçlunun komşusu, diğer davalı 3.kişinin ise borçlunun vekili olduğu, aynı gün borçlu tarafından davalı 3. kişiye sekiz araç, diğer davalı 3. kişiye farklı iki günde 6 araç satılmış olması nedeniyle davalı 3.kişilerin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması ve bu durumun ticari işletmenin kısmen devri mahiyetinde olması nedeniyle reddedilen araçlar yönünden de davanın İİK'nun 280.maddesi gereğince kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[94]

√ «Borçlunun aciz halinde olduğunun anlaşılmasına, iptali istenen tasarrufların dava konusu takip dosyasındaki 25.3.2011 tanzim 3.7.2012 vadeli senetle doğan borçtan sonra yapılmasına, 4.6.2013 ve 26.8.2013 tarihli tasarrufların dava açıldıktan sonra yapılmış olmasına, davalı 3.kişilerin borçlunun eşi ve kızı, davalı 4.kişi şirketin borçlunun çocuklarına ait yine davalı 4.kişinin de ekonomik durumu

[91] Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 2847/11210

[92] Bknz: 17. HD. 15.11.2016 T. 17928/10506

[93] Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 18523/9342

[94] Bknz: 17. HD. 04.10.2016 T. 14167/8533

itibarıyla dava konusu aracı almasının hayatın olağan akışına aykırı olması nedeniyle dava konusu 12.10.2011 ve 20.10.2011 tarihli tasarrufların İİK'nun 278/3-1 ve 280/1 madde, 4.6.2013, 26.8.2013 tarihli tasarrufların da İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu»^[95]

√ «Borçlunun aynı gün üç adet dükkan niteliğindeki taşınmazını aynı kişiye satması ve bu taşınmazların (haciz ve ipotekle yüklü) rayiç değerlerinin çok üzerinde bir bedelle satılması hayatın olağan akışına uygun olmadığından, tasarrufların İİK. mad. 280/1 gereğince davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[96]

√ «Dava konusu 3 adet parselin borcun doğumundan sonra aynı gün davalıya satıldığı ve satışa rağmen borçlu tarafından kullanıldığı, üçüncü kişinin traktörü olmadığından borçlunun dava konusu taşınmazları kiraladığı iddia edilmiş ise de bu iddia yaşam deneyimlerine uygun olmadığını»^[97]

√ «Haciz tutanağının İİK'nun 105 maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu ve davacı tarafından aciz belgesi de sunulduğu; iptali istenen tasarrufun ise takip konusu alacaklardan sonra yapıldığı anlaşıldığından, davanın süresinde açıldığı ve dava ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerektiğini- Tapu masrafından kaçınmak için yapıldığını ileri sürmüş ise de, borcun doğumundan sonra, tarafların imzaladığı sözleşmeye aykırı olacak şekilde ve bedelsiz olarak arsa sahibi adına tescil yapılmasının yaşam deneyimlerine uygun olmadığı ve İİK. mad. 278/1 gereğince bağış niteliğinde olup iptali gerektiğini»^[98]

√ «Davacının iş aktinden doğan alacağının olduğunu ve bu alacak ile ilgili dava açıldıktan sonra, borçlunun aracı sattığı ve bu satışa rağmen fiilen kullanmaya devam ettiği anlaşıldığından, bu hali ile satışın alacaklıları ızzar kastı ile yapıldığının sabit olduğu ve tasarrufun iptali davasının kabulü gerektiğini- Satıştan sonra trafik cezasının borçlu şirket temsilcisi adına kesildiği, bunun aracın arızasını kontrol amacı ile yapıldığı iddiasının satıştan 2 yıldan fazla süre sonra böyle bir kontrolün yaşam deneyimlerine uygun bulunmadığını»^[99]

√ «Üzerinde haciz ve ipotek olan taşınmazın rayiç bedelinin iki katına bir bedelle satın alınmasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, borçlu ile davalının hemşehri olması, dava konusu taşınmazın borçlunun annesi tarafından

[95] Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 12977/8287

[96] Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 13025/6947

[97] Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 3347/5339

[98] Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 4425/5341

[99] Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 20386/4953

kullanılması gibi maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde ‘dava konusu tasarrufların İİK 280/1-2 madde gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği’ne değinen bozma ilamı üzerine davanın kabulüne dair verilen kararın isabetli olduğunu»^[100]

√ *«Bozma sonrasında, mahkemece, dava konusu takip dosyasındaki senedin verilmiş tarihlerindeki çelişkili ifadeler, takibe konu borcun, borçlu tarafından aynı gün kabul edilerek kesinleştirilmiş olması nedeni ile davanın kabulüne karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[101]*

√ *«Mahkemece alınan bilirkişi raporunda taşınmazı satan şahısların mameleklerinde bir artış olmadığı gibi satın alan şahıslarında alım gücünün olmadığı belirtildiğinden, zaten müteahhit olan borçlunun tüm taşınmazları kızı, eşi ve yakın akrabaları adına tescilinin de yaşam deneyimlerine uygun olmadığı anlaşıldığından bu taşınmazlar yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[102]*

√ *«Dava konusu taşınmazın borçlunun amcası olan davalıya devredilmesine rağmen borçlunun taşınmazda oturmaya devam etmesinin muvaazaya karine teşkil ettiğini»^[103]*

√ *«Dava konusu taşınmazla ilgili işlemlerinin borcun doğumundan önce yapıldığından bu taşınmazlar yönünden davanın reddinin yerinde olduğunu- Mahkemece alınan bilirkişi raporunda taşınmazı satan şahısların mameleklerinde bir artış olmadığı gibi satın alan şahısların da alım gücünün olmadığı belirtildiğinden, zaten müteahhit olan borçlunun tüm taşınmazları kızı, eşi ve yakın akrabaları adına tescilinin de yaşam deneyimlerine uygun olmadığı anlaşıldığından bu taşınmaz yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[104]*

√ *«Tapu akit tablosuna göre davalılardan üçüncü kişi ile borçlunun komşu olduğu, davalı üçüncü kişinin taşınmazı borçludan satın aldıktan kısa süre sonra borçlunun kardeşine satış yapmasının iyiniyetli olmadığı dolayısı ile borçlunun mali durumunu bildiği kabul edileceğinden, taşınmazın gerçek değeri ile satış bedeli arasındaki bedeli farkının tesbitine gerek bulunmadığı halde bu yönde davacıya keşif masrafı yatırılması için süre verilmesinin isabetsiz olduğunu- Davanın konusuz kalması halinde, ‘konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer*

[100] Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 603/5011

[101] Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 11699/4946

[102] Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 12040/4257

[103] Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 13376/4258

[104] Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 11974/4256

olmadığına, yargılama giderinin ise, tarafların haklılık durumları tesbit edildikten sonra oluşacak sonuca göre hükmedilmesi gerektiğini»^[105]

√ «Mülkiyeti muhafaza kaydı ile dava konusu aracı satma imkanı bulunan davacının bu yolu tercih etmeden 35 ay vadeli araç satması, aracı sattığı gün muaccel olmayan alacağını (araç bedelinin) takibe koyması takibin aynı gün kesinleştirilmesi ve ertesi gün araca haciz koyması hayatın olağan akışına uygun görülmediği gibi davalının alacağının ve takibinin muvazaalı olduğu iddia ve ispatlanamadığından eldeki davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»^[106]

√ «Davalı-üçüncü kişinin, borçlunun eşinin muhasebecisi olması nedeniyle borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olması gereken kişilerden sayılacağı, ayrıca 2009 yılından itibaren peyderpey verilen para için 2013 yılında alacağın teminat altına alınması için ipoteğin tesis edildiği iddiasının hayatın olağan akışına uygun bulunmadığından mahkemece 'ipoteğin muvazaalı olduğunun ispatlanmadığı' şeklindeki gerekçenin isabetli olmadığını»^[107]

√ «Rayiç bedelin oldukça üstünde fazla bedel ödenmesi hayatın olağan akışına uygun olmadığını- Davalı 3.kişinin borçlunun eşinin teyzesi, diğer davalının ise borçlunun eşinin teyzesinin eşi olduğu dolayısıyla davalı 3.kişilerin İİK'nun 280/1 madde kapsamında borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle tasarrufun iptali davasının kabulü gerektiğini»^[108]

√ «Tasarrufa konu taşınmazın dükkan niteliğinde olması ve o taşınmaz üzerinde borçlunun ortağı olduğu şirkete ait lokanta bulunmasının taşınmazı ticari işletmenin mühim bir parçası olduğunun kabulünü gerektirmediği, davalı borçlunun tasarrufu, lokanta işletmeciliği yapan şirkete ait hisse satışı değil, dükkanın mülkiyetine ait hisse satışı (dükkan satışı) olduğu anlaşıldığından, İİK'nin 280/son maddesinin uygulanma imkanının bulunmadığını»^[109]

√ «Davalı vekilinin savunmasından davalının borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğu anlaşıldığından ve dava konusu taşınmazın satışına rağmen halen borçlu tarafından bedelsiz olarak kullanılmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığından, İİK. mad. 280/1 gereğince davacının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[110]

[105] Bknz: 17. HD. 08.03.2016 T. 12156/2887

[106] Bknz: 17. HD. 01.03.2016 T. 12704/2476

[107] Bknz: 17. HD. 23.02.2016 T. 833/2110

[108] Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 1873/1740

[109] Bknz: 17. HD. 15.02.2016 T. 17984/1574

[110] Bknz: 17. HD. 22.12.2015 T. 6298/14743

√ «Davacı banka tarafından ibraz edilen borçlu şirkete ait mizan tablosundan davalı üçüncü kişi şirket ile borçlu şirket arasında cari hesap ilişkisinin olduğunu anlaşıldığı, borçlu şirket ile üçüncü kişi şirket arasında cari hesap ilişkisinin olduğunu anlaşıldığı, tacir olan tarafların taşınmazı satın almadan yaklaşık 4 ay önce bedel ödemelerinin yaşam deneyimlerine aykırı olduğu, bu durumda, davalı üçüncü kişi şirketin, borçlu şirketin mali durumunu ve alacaklılardan mal kaçırma amacını bildiğinin kabulü ile bu tasarrufun iptali gerekeceğini- Tasarrufun iptali davalarında, 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde, İİK'nın 283/2 maddesi uyarınca davanın bedele dönüşeceği ve üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekeceğini»^[111]

√ «Bağımsız bölümü satın alan M. Ç.'in borçlu davalının eniştesi olduğu, diğer davalılar ile borçlu davalı arasında akrabalık, komşuluk ve yakınlık olduğunun dosyadaki zabıta araştırmasından anlaşılması yanında hepsi aynı ilçeden olan davalıların birbirlerini tanımamaları ve borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilmeyecekleri hususu hayatın olağan akışı ile örtüşmediğinden, bu durumda mahkemece dava ve temyize konu taşınmazlara ilişkin tasarrufların İİK'nın 278/III-1 ve 2. maddesi ile 280/1 ve 2. maddesi uyarınca iptali gerekip gerekmediğinin irdelenmesi ondan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[112]

√ «Dava konusu araç borcun doğumundan sonra ... tarihinde borçlu tarafından davalı A.'a satıldığı, ... tarihinde haciz için borçlu şirket adresine hacze gidildiğinde aracın, adresin önünde görüldüğü ve aracın tescil belgesi borçlu şirket çalışmanı tarafından icra müdürüne teslim edildiği, aracın halen borçlu elinde bulunma nedeninin de izah edilemediği, bu durumda araç satışa rağmen borçlu tarafından kullanıldığına göre satışın iyiniyetli olduğundan söz edilemeyeceğini (İİK.md.280/1)»^[113]

belirtmiştir.

VI- «Borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kasdıyla yaptığı tüm (hileli) tasarrufların iptali davalarında», borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişilerin, 'borçlunun mâli durumunu ve zarar verme kasdını bildiğine' dayanarak teşkil eden emarelerden bir diğeri ise, «borçlu ile üçüncü kişinin aynı sektörde faaliyet göstermesi»^[114]

[111] Bknz: 17. HD. 30.06.2015 T. 3089/9338

[112] Bknz: 17. HD. 25.06.2015 T. 2349/9126

[113] Bknz: 17. HD. 09.06.2015 T. 3022/8463

[114] ERDÖNMEZ, G. age. s: 225 vd.

Borçlunun tasarrufta bulunduğu (taşınır ve taşınmaz mallarını devrettiği, üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarını temlik ettiği) üçüncü kişinin, «borçlu» ile **aynı sektörde (işkolunda)** –örneğin; inşaat sektöründe, tekstil sektöründe, özel hastane işletme sektöründe, ilaç sektöründe, basın sektöründe, petrol işletmeciliği sektöründe, turizm ve otelcilik sektöründe, taşımacılık sektöründe, gıda sektöründe, tarım sektöründe, emlak sektöründe vb. çalışıyor olmaları veya «borçlu» ile «üçüncü kişi» arasında taşeronluk ilişkisi bulunması halinde- «üçüncü kişi»nin «borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmediğini» ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırı bulunacağından, yüksek mahkeme öteden beri verdiği bütün kararlarında bu durumda, ‘borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini’ istikrarlı bir şekilde belirtmiştir. Gerçekten, **yüksek mahkeme;**

√ «Aynı sektörde faaliyet gösteren ve borçlu şirketin mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğu anlaşılan 4. kişi hakkında da tasarrufun iptali davasının kabulünün isabetli olduğunu»^[115]

√ «Davalı üçüncü kişinin müdürü olduğu dava dışı şirkette borçlulardan birinin hissedar olduğu, diğer borçlunun ise diğer bazı ortaklara vekaleten genel kurula katıldığı ve aynı iş kolunda faaliyette bulduklarından borçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızrar kastını bildiği ve bilmesi gereken şahıslardan olduğu ve bu durumda İİK. mad. 280 uyarınca tasarrufların iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[116]

√ «Dava konusu araç davalı borçlu şirket tarafından üçüncü kişiye, onu tarafından da dördüncü kişiye satılmış, üçüncü kişinin borçlu ile aynı iş hanında faaliyette bulunduğunu, diğer davalı dördüncü kişinin de hem iş yeri hem de oturduğu yer olarak borçluların komşuları olduğunu iddia edildiğinden, belirtilen firma kayıtlarının getirtilerek borçlu ile aynı faaliyet alanında iş yapıp yapmadığı, borçlular ile aynı iş hanında faaliyette bulunup bulunmadığı ve dördüncü kişinin’de borçluların komşusu olup olmadığı araştırılarak İİK. mad. 280 kapsamında borçluların mali durumları ve alacaklılarını ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini»^[117]

√ «Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile rayiç değeri arasında ipotekler dikkate alındığında fahiş bedel farkı olmamakla birlikte davalı üçüncü kişinin, borçlu ile aynı alanda faaliyette oldukları ve borçluyu eskiden beri tanıdığı yönündeki açıklamaları karşısında borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğunun

[115] Bknz: 17. HD. 11.04.2017 T. 541/3933

[116] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23898/1459

[117] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 23903/1462

anlaşılması bulunduğundan dava konusu taşınmazın davalı üçüncü kişi tarafından satın alınmasından 6 gün sonra dava dışı Esnaf ve Sanatkarlar Odasına satılması mal kaçırma amacına yönelik olduğundan iptali gerektiğini»^[118]

√ «*Dava konusu taşınmazın borcun doğum tarihinden sonra, üzerindeki hacizlerle birlikte davalı 3. kişiye, onun da aynı şekilde 4. kişiye rayicinden düşük bedelle satıldığı, dava konusu taşınmazın bulunduğu binanın davalı borçlu tarafından yapıldığı, aynı binada 4. kişi davalının da başka bir taşınmazının bulunduğu aralarında önceye dayalı bir ticari ilişkinin bulunduğu davalıların borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden oldukları gerekçesiyle davanın kabulü ile tasarrufların iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[119]*

√ «*Aralarındaki ticari ilişki ve aynı sektörde faaliyet göstermeleri nedeniyle 3. kişi konumundaki davalı şirketin borçlu davalının mali durumu ile alacaklılarını ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğunu»^[120]*

√ «*Davalı borçlu ile 3. kişinin aynı sektörde ve yan yana fabrikalarda faaliyet gösterdikleri anlaşıldığından dava konusu tasarrufun 6183 sayılı AATUHK'nun 30. maddesi gereğince, ayrıca dava konusu taşınmaz üzerindeki fabrika binası ve teferruatları ile birlikte satılmış olduğundan ticari işletme devri mahiyetinde olması nedeniyle kıyasen İİK'nun 280/3 maddesi gereğince iptale tabi olduğunu»^[121]*

√ «*Davalıların savunmalarından dava konusu taşınmaz devirlerinin borca mahsuben yapıldığı anlaşıldığından dava konusu dört adet taşınmaz hisse devrine ilişkin davalılar arasındaki 04.04.2011 tarihli tasarrufun İİK'nun 279/1-2. maddesi gereğince (borca mahsuben yapılan taşınmaz devrinin mutad ödeme olmaması nedeniyle) ve yine davalı A. K.'nin borçlu Halit'in kefili olması, aynı işkolunda çalışmaları nedeniyle davalı A. K.'nin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle İİK'nun 280/1 madde gereğince 09.09.2011 tarihli aciz belgesinde belirtilen alacak miktarıyla sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[122]*

√ «*Davalıların gıda sektöründe faaliyette buldukları, aynı zamanda villa komşuları olduğu, tanık beyanlarının ağırlıklı olarak 'dava konusu taşınmazın borçlular tarafından kullanıldığı' yönünde olduğu, dava konusu taşınmazın davalı 3. kişi tarafından kullanılmaması ve kiraya verilmemesine rağmen yapılan keşif*

[118] Bknz: 17. HD. 12.04.2016 T. 9909/4624

[119] Bknz: 17. HD. 07.04.2016 T. 7938/4381

[120] Bknz: 17. HD. 15.02.2016 T. 634/1577

[121] Bknz: 17. HD. 10.11.2015 T. 5118/11878

[122] Bknz: 17. HD. 29.09.2015 T. 978/9814

sırasındaki mahkeme gözleminde evin eşyalı olduğunun tespit edildiği, yatırım amacıyla alınan lüks villanın sekiz yıl boyunca kiraya verilmemesi ticaretle uğraşan davalı 3. kişi açısından hayatın olağan akışına uygun olarak değerlendirilemeyeceği gözetildiğinden, davalı 3. kişinin borçluların durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunun kabulü ile dava konusu tasarrufun davacıların alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak İİK. mad. 280/1 madde gereğince iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[123]

√ «Aralarındaki ticari ilişkiler, aynı sektörde faaliyet göstermeleri, davalı taraftan ibraz edilen sözleşme örneği ve tüm dosya kapsamından diğer davalının, borçlu-davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen konumda olduğu, bu nedenle satışın muvazaalı olduğu kabul edilerek, tasarrufun iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[124]

belirtmiştir.

VII- Kanun koyucu, İİK. mad. 280'de, alacaklıya düşen *ispat yükünü* kolaylaştırmak amacı ile *iki karine* koymuştur:

a) Birinci karine borçlunun yakın hısımları ile yaptığı hileli işlemlerde, «borçlu aleyhine» konulmuş olup; «borçlu ile tasarrufta (işlemden) bulunan üçüncü kişinin, borçlunun *karısı veya kocası, usul (üstsoyu) veya füruu (altsoyu)* ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri (kayın) hısımları, evlât edineni veya evlatlığı ise borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bildiğinin farzedileceği» İİK. mad. 280/II'de öngörülmüştür.

Borçlu ile tasarrufta (işlemden) bulunan ve borçlunun yakın hısımları olan üçüncü kişi, bu karinenin aksini -yani; borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket etmediğini- ancak İİK. mad. 279/II'ye göre ispat edebilir (İİK. mad. 280/II, c:2).^[125]

Yüksek mahkeme, İİK. mad. 280/II'de öngörülen bu karine ile ilgili olarak;

√ «Davalının, annesi olan borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle tasarrufun iptali gerekeceğini (İİK. 280/II)»^[126]

[123] Bknz: 17. HD. 25.06.2015 T. 18016/7756

[124] Bknz: 17. HD. 01.07.2014 T. 7633/10394

[125] Bu konuda ayrıca bknz: KAZANCI, İ.T. Tasarrufun İptali Davalarında İspat, 2015, s: 178 vd.

[126] Bknz: 17. HD. 29.04.2013 T. 9644/5808

√ «Borçlunun taşınmazını satın alan üçüncü kişinin, borçlunun eşinin kardeşinin oğlu olması halinde, borçlunun amacını ve mali durumunu bilebilecek kişilerden sayılması gerekeceğini»^[127]

√ «Davalının taşınmazlarının kayınvalidesine devredilmesinin muvazaalı olduğunu»^[128]

√ «Boşanan eşlerin birbirinin aciz halinde bulunduğunu bilebilecek kişiler olduğu, uygulamada tarafların anlaşmalı boşanmaları halinde eşe yapılan mal temliklerinin iptale tabi tasarruf gibi kabul edildiğini»^[129]

√ «Davalının, borçlunun eşinin amcasının oğlu olması nedeniyle borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını izrar kasdı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğundan tasarrufun iptalinin gerekeceğini (İİK. 280/I)»^[130]

√ «Davalının, borçlunun kardeşinin eşi olmasından dolayı tasarrufların iptale tabi olduğunu»^[131]

√ «Davacı banka ile davalı borçlu arasında imzalanan kredi sözleşmesinin tarihinin borcun doğum tarihi olarak kabul edilmesi gerekeceği, bunun yerine borcun doğumunun hesap katının gerçekleştirildiği tarih olarak kabul edilemeyeceğini- İptale konu tasarrufun borçlunun üçüncü kişi kardeşinin eşine olan borcuna karşılık yapılmış olmasının İİK.nun 279/2 maddesine aykırı olacağı, ayrıca borçlu ile üçüncü kişinin kardeş olması nedeniyle aralarındaki tasarrufun İİK 278/3-1 kapsamında iyiniyet ve bedel farkına bakılmaksızın bağışlama hükmünde olup iptale tabi olacağı, İİK 280/1-2 madde kapsamında da davalı üçüncü kişinin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle tasarrufun iptale tabi olacağını»^[132]

√ «Davalı üçüncü kişinin borçlu kardeşinin borcunu bilebilecek durumda olması nedeniyle kendisine yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[133]

√ «Borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin, borçlu ile akraba olmasına rağmen yurtdışında yaşadığını, 'borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olmadığını' ileri sürmesi halinde, davalının

[127] Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 7518/4620

[128] Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 8490/4518

[129] Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 4980/2718

[130] Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6740/4074

[131] Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 5485/3517

[132] Bknz: 17. HD. 06.11.2012 T. 2454/12116

[133] Bknz: 17. HD. 08.05.2012 T. 349/5884

bu savunmasıyla ilgili delillerinin toplanarak sonucuna göre mahkemece bir karar verilmesi gerekeceğini»^[134]

√ «*Davacı tarafından ibraz edilen senet sureti, olayların akışı ve tüm dosya kapsamından borcun doğum tarihinin tasarruftarihinden önce olması ve davalının borçlunun kardeşi olması nedeniyle İİK. mad. 280/1-2 uyarınca davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»^[135]*

√ «*Davalı üçüncü kişinin, borçlunun görümcesinin kocası olması nedeniyle, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[136]*

√ «*Davalı 'borçlu' ile diğer davalı 'üçüncü kişi' konumundaki kocasının, boşandıkları halde aynı evde karı-koca gibi yaşadıklarının tanık beyanları ile kanıtlanması halinde borçlu tarafından eski kocasına yapılan satışın iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[137]*

√ «*Davalı üçüncü kişinin, borçlunun eski eşinin kardeşi olması nedeniyle, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bilebilecek durumda sayılması gerekeceğini»^[138]*

√ «*Dördüncü kişi davalının, borçlunun kayınpederi olması nedeniyle, borçlunun mali durumu ile alacaklılarına zarar verme kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden sayılması gerekeceğini»^[139]*

√ «*Borçlu, davalı üçüncü kişinin halasının kocası olduğundan, davalı üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması' nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[140]*

√ «*'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun karısı olması nedeniyle, üçüncü kişi-davalının, borçlunun mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerden bulunması nedeniyle, borçlu ile eşi arasındaki işlemin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[141]*

[134] Bknz: 17. HD. 07.04.2011 T. 2882/3211

[135] Bknz: 17. HD. 05.04.2012 T. 1041/4153

[136] Bknz: 17. HD. 16.05.2011 T. 10116/4860

[137] Bknz: 17. HD. 09.04.2009 T. 2083/2224; 16.05.2011 T. 10158/4861

[138] Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 12734/3908

[139] Bknz: 17. HD. 26.04.2011 T. 12695/3913

[140] Bknz: 17. HD. 18.04.2011 T. 7112/3608

[141] Bknz: 17. HD. 15.03.2011 T. 11574/2277

belirtmiştir.

√ «Borçlunun davalı üçüncü kişinin kocasının kardeşi olan üçüncü kişiye yaptığı satışın -üçüncü kişinin, davalı borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[142]

√ «Davalı borçlu ile davalı üçüncü kişinin teyze çocukları olma nedeniyle, üçüncü kişinin, davalı borçlunun mali durumunu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilen veya bilebilecek kişilerden olması nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satış işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[143]

√ «Davalı üçüncü kişinin, borçlunun gelini olması nedeniyle, borçlunun alacaklılarından mal kaçırma kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satış işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[144]

√ «Davalı üçüncü kişinin, borçlunun amcasının oğlu olması nedeniyle, üçüncü kişinin borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiğini bilebilecek durumda olması nedeniyle, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satışın iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[145]

√ «Davalı-borçlu ile ondan taşınmazı satın alan diğer davalı üçüncü kişi karı-koca olduklarından, 'borçlu eşinin alacaklılarından mal kaçırdığını ve dolayısıyla onlara zarar verme kastıyla hareket ettiğini' diğer eş bilebilecek durumda bulunduğundan, 'borçlu' ile 'eşi' arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[146]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun «kayınvalidesi» olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[147]

[142] Bknz: 17. HD. 07.03.2011 T. 6669/1992

[143] Bknz: 17. HD. 17.02.2011 T. 4968/1236

[144] Bknz: 17. HD. 14.02.2011 T. 322/1162; 09.12.2010 T. 5405/10816

[145] Bknz: 17. HD. 24.01.2011 T. 4362/344

[146] Bknz: 13. HD. 06.03.1980 T. 967/1461; 15. HD. 17.02.2004 T. 6989/783; 17. HD. 29.01.2008 T. 5643/364; 17.05.2011 T. 4221/4905; 17.01.2011 T. 3115/43

[147] Bknz: 17. HD. 10.07.2007 T. 3370/2423; 21.03.2011 T. 7158/2516; 15.06.2010 T. 3835/5516

√ « 'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin 'kardeşi' olmaları nedeniyle, davalı üçüncü kişinin, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilemeyeceğini kabul etmenin hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden, borçlu ile kardeşi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[148]

√ « 'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'babası'/'annesi' (ya da 'kızı/oğlu') olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[149]

√ «Davalı üçüncü kişinin, borçlunun hisselerini devrettiği şirketteki ortağının eşi olması nedeniyle borçlunun amacını ve mal kaçırma kastını bilebilecek durumda olduğunu»^[150]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'bacanağı' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[151]

√ «Borçlunun kayınbiraderi olan üçüncü kişinin, borçlunun amacını ve mal kaçırma kastını bilebilecek durumda olduğunu»^[152]

√ «Borçlunun dayısının damadı olan üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma kastını bilebilecek durumda olduğunu»^[153]

[148] Bknz: 17. HD. 05.02.2009 T. 3951/417; 18.03.2010 T. 1064/2401; 15. HD. 15.10.1984 T. 243/3070; 17. HD. 16.05.2011 T. 9871/4857; 26.04.2011 T. 11007/3955; 15.03.2011 T. 11729/2279; 22.02.2010 T. 9936/1462; 07.02.2011 T. 6376/887; 03.02.2011 T. 5618/676; 31.01.2011 T. 6147/598; 27.01.2011 T. 4961/423; 24.01.2011 T. 6229/348; 20.01.2011 T. 12533/221; 16.12.2010 T. 10842/11124; 04.11.2010 T. 5659/9381; 02.11.2010 T. 6028/9280; 02.11.2010 T. 6813/9287; 26.10.2010 T. 5588/8809; 08.06.2010 T. 2935/5293; 14.03.2013 T. 5830/3302

[149] Bknz: 17. HD. 09.05.2011 T. 9937/4456; 25.04.2011 T. 8866/3892; 25.04.2011 T. 8141/3884; 31.01.2011 T. 6481/603; 17.01.2011 T. 4328/47; 25.11.2010 T. 9212/10056; 25.11.2010 T. 3467/10047; 21.03.2013 T. 6405/3886

[150] Bknz: 17. HD. 1.4.2010 T. 1302/2952

[151] Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 10849/1141; 12.11.2009 T. 8029/7490; 10.11.2009 T. 7895/7322 vb.

[152] Bknz: 17. HD. 22.02.2011 T. 9364/14959; 20.12.2010 T. 4575/11294; 19.1.2010 T. 8719/99

[153] Bknz: 17. HD. 15.12.2009 T. 7524/8463

√ «Borçlunun amcasının torunu olan üçüncü kişinin, aynı zamanda borçlunun ortağı olduğu şirketin de çalışanı olması halinde, borçlunun amacını ve mal kaçırma kasdını bilebileceğini»^[154]

√ «Borçlu ile işlemde bulunan diğer davalı arasında kayınpeder-damat ilişkisi bulunması nedeniyle, borçlunun iyiniyetli bir şahıstan beklenmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü kişinin bu durumu bilmesi gerektiğinden, mahkemece dava konusu tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[155]

√ «Borçlunun kardeşi ile evli olan üçüncü kişi davalının kardeşinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[156]

√ «Üçüncü kişinin, borçlu şirketin hakim ortağı olan kişinin teyzesi olması halinde, borçlunun amacını ve mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[157]

√ «Borçlunun halasının eşi olan üçüncü kişinin, borçlunun mal kaçırma kasdını ve amacını bilebilecek durumda olduğunu»^[158]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'bacanağı' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[159]

√ «Üçüncü kişi, borçlunun arkadaşının annesinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek konumda olduğunu»^[160]

√ «Borçlunun kardeşinin damadı olan üçüncü kişinin, borçlunun amacını ve mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[161]

[154] Bknz: 17. HD. 15.12.2009 T. 7471/8455

[155] Bknz: 17. HD. 17.01.2011 T. 4529/50; 20.09.2010 T. 7886/7054; 10.12.2009 T. 5827/8206; 12.10.2009 T. 4091/6213; 15. HD. 14.6.2005 T. 1068/3563 vb.

[156] Bknz: 17. HD. 10.11.2009 T. 7214/7365

[157] Bknz: 17. HD. 16.6.2009 T. 2029/4312

[158] Bknz: 17. HD. 28.5.2009 T. 1990/3657

[159] Bknz: 17. HD. 28.5.2009 T. 1227/3656; 17.9.2007 T. 3738/2618; 28.5.2007 T. 1728/1813

[160] Bknz: 17. HD. 14.9.2009 T. 6018/5324

[161] Bknz: 17. HD. 18.5.2009 T. 547/323

√ «Üçüncü kişi borçlunun teyzesinin eşinin, borçlunun mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğunu»^[162]

√ «'Borçlu' ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin, borçlunun 'kuzeni' olması halinde, bu kişinin borçlunun içinde bulunduğu mâli durumu ve alacaklılarına zarar verme kasdını bilmesi gereken konumda bulunduğundan, borçlu ile bu kişi arasındaki işlemin -İİK. 280/I ve II uyarınca- iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[163]

belirtmiştir.

b) İkinci karine borçlunun, ticari işletmesini ya da işyerindeki ticari mallarını üçüncü kişilere devretmesi ile ilgili olup; «borçlunun ticari işletmesinin ya da işyerinde bulunan ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alarak işyerini işletmeye başlayan yahut bu malların bir kısmını borçludan almakla beraber, işyerini sonradan işgal eden üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde alacaklılarına zarar verme koşulu ile hareket ettiği» kabul edilir.^[164]

Bu karine, ancak iptal davası açan alacaklıya sözü geçen devrin, satış veya ticari işletmenin (işyerinin) terk edildiği tarihten en az üç ay önce durumun yazılı olarak bildirildiği veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaların asılmasıyla birlikte ticaret sicili gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde, bütün alacaklıların öğrenmelerini temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilân bulunduğu ispat edilerek çürütülebilir (İİK. mad. 280/III)

Başka bir deyişle, kanun koyucu İİK. mad. 280/III'de «tacir olan borçlular için» özel bir durum öngörerek, bu halde, gerek «borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdını» ve gerekse üçüncü kişinin «bu kasdı bildiklerini» farzetmiştir.

Bu hükme göre; borçlu - tacir, «ticari işletmesinin önemli bir kısmını devretmiş veya satmışsa yahut, işyerindeki ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını devretmiş veya satmışsa» alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket etmiş sayılır.

Aynı şekilde; «borçlunun ticari işletmesinin veya işyerindeki mevcut ticari mallarının tamamını veya önemli bir kısmını borçludan devir veya satın alan

[162] Bknz: 17. HD. 5.5.2009 T. 611/2870

[163] Bknz: 17. HD. 26.1.2009 T. 197/173; 28.1.2009 T. 9724/540; 6.11.2007 T. 4050/3434

[164] Bu konuda ayrıca bknz: ERİŞİR, E. Ticari İşletmenin Devrinde İstihkak ve Tasarrufun İptali Davaları Arasındaki İlişki «Karar İncelemesi» (BATİDER, 2008/Aralık, C:XXIV, S:4, s:271 vd.) - MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s: 322 vd.

ve böylece ticari işletmesini veya işyerini sonradan işgal eden «üçüncü kişinin «borçlunun, alacaklılarına zarar verme kasdını bildiği» farzedilir.

Kanunun kabul ettiği bu karine ancak iki şekilde çürütülebilir:

√ «*Borçlu ya da üçüncü kişi, devir, satış veya terk tarihinden itibaren en az üç ay önce, durumu iptal davasını açan alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini*» ya da,

√ «*Borçlu ya da üçüncü kişi, yine devir, satış veya terk tarihinden itibaren en az üç ay önce, ticari işletmenin bulunduğu yerde, bu durumu belirten, görülebilir levhalar asmakla beraber ayrıca Ticaret Sicili Gazetesiyle, bu mümkün olmadığı takdirde, bütün alacaklıların öğrenebilecekleri şekilde, uygun vasıtalarla ilan ettiklerini*» isbat ederlerse, aleyhlerindeki karineyi çürütebilirler.^[165]

Açıklanan bu hükümlerle, iptal davalarına konu olabilecek tasarruflar arttırılmıştır.^[166]

Yüksek mahkeme, buraya kadar açıklanan İİK. mad. 280/III'de öngörülen bu 'karine' ile ilgili olarak;

√ «*Davacının ticari defterleri üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi ile borcun tasarruftan önce doğduğu anlaşıldığından ve borçlu ve davalı üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satışının işyeri devri niteliğinde olduğundan İİK. mad. 280 uyarınca gerekli işlemlerin yapılmaması karşısında tasarrufun iptaline karar verilmesi gerektiğini*»^[167]

√ «*Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen bedeli arasında fahiş fark bulunmamakla birlikte, dava konusu taşınmazın fabrika işyeri olduğu sabit olup maddede belirtilen devir koşullarının gerçekleştiği iddia ve ispat edilmediği, bu durumda davalılar arasındaki satış işleminin işyeri devri mahiyetinde olduğu anlaşıldığından davanın İİK 280. madde gereğince kabulüne karar verilmesi gerektiğini, ancak dosya içerisindeki belgelerden, dava konusu taşınmazın dava dışı banka tarafından davalı üçüncü kişi şirkete borcundan dolayı ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yaptığı anlaşıldığından, mahkemece, anılan takip dosyasının da incelenerek İİK'nun 283. maddesi gereğince davanın bedele dönüşüp dönüşmediğinin de değerlendirilmesi gerektiğini*»^[168]

[165] Bu konuda ayrıca bkz: KAZANCI, İ.T. age. s: 180 vd.

[166] SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s:54)

[167] Bknz: 17. HD. 14.02.2017 T. 24001/1455

[168] Bknz: 17. HD. 24.01.2017 T. 22302/495

√ «Davalılar arasında satış işleminin işyeri devri mahiyetinde olduğu anlaşıldığından tasarrufun iptaline ilişkin davanın İİK. mad. 280 gereğince kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[169]

√ «Protokole göre çeklerin bedelsiz olduğu, asıl davalı şirketin aktiflerini devralan şirketin İİK. mad. 280/4 ve TTK.mad. 687/1 gereği davacı borçlunun bilerek zararına hareket ettiği gerekçesiyle, dava konusu çeklerden dolayı davacının davalılara borçlu olmadığına tespiti gerektiğini»^[170]

√ «Dava konusu iptali istenen tasarrufların tarafı olmayan davalılar hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddi gerektiğini- Davalı borçlu şirket tarafından davalı 3.kişi şirkete satışı yapılan taşınmazın üzerinde benzin istasyonu bulunduğundan dava konusu tasarrufun ticari işletme devri niteliğinde olması nedeniyle İİK. mad. 280/3 gereğince, bayilik sözleşmesinden davalı borçlu şirketin davalı 3.kişi şirketin bayisi olduğu, borç tasfiye ve yenileme protokolü ile borç tasfiye ve işletme ortaklık protokolünden de davalı borçlu şirketin davalı 3.kişi şirkete borçları olduğu dolayısıyla davalı 3. kişi şirketin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK'nun 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğu, davalı borçlu şirketin (18,9 hissesi oranında) dava konusu parsellerin davalı 3.kişi şirkete devrine ilişkin tasarrufun davacının alacak ve ferileriyle iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»^[171]

√ «Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile rayiç değeri arasında taşınmaz üzerindeki ipotek dikkate alındığında fahiş bedel farkı olmamakla birlikte davalı üçüncü kişi ile borçlu arasındaki taşınmaz satışı işyeri devri niteliğinde olduğundan, İİK. mad. 280 gereğince iptali gerektiğini»^[172]

√ «Dava konusu taşınmazın aynı zamanda borçlunun işyeri niteliğinde olduğu, ödeme emrinin borçluya bu işyerinde tebliğ edildiği anlaşıldığından, tasarrufun İİK.'nün 280.maddesi kapsamında ticari işletme devri şeklinde gerçekleştiğinin kabulü gerektiğini- Dava konusu taşınmazın borçlu ile ilişkisi olduğu anlaşılan kişilerce kurulan 3.kişi şirket tarafından, kuruluşundan iki gün sonra satın alınmış olduğu, davalı 3.kişi şirket ortağının taşınmaz üzerinde ipoteği olup bu itibarla borçlunun içinde bulunduğu durumu, alacaklıları, ızzar kasdını bilebilecek kişilerden olduğu gözetildiğinde, davanın kabulü ile tasarrufun iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[173]

[169] Bknz: 17. HD. 07.02.2017 T. 17421/1093

[170] Bknz: 19. HD. 22.09.2016 T. 18158/12599

[171] Bknz: 17. HD. 21.06.2016 T. 5636/7564

[172] Bknz: 17. HD. 12.04.2016 T. 14542/4637

[173] Bknz: 17. HD. 18.02.2016 T. 20766/1876

√ «Taşınmazı satın alan üçüncü kişiler arasındaki yakın irtibat nedeni ile davalının borçlu şirketin amacını ve durumunu bilebilecek kişilerden olduğu gibi taşınmazın şirketin malvarlığının önemli bir kısmını oluşturduğundan dava konusu tasarrufun İİK 280/1.maddeler gereğince 5 yıllık süreye tabi olduğu, dava tarihi itibari ile 5 yıllık sürenin henüz dolmadığından, İİK. mad. 280 uyarınca davanın bu taşınmaz yönünden de kabulüne karar verilmesi gerektiğini»^[174]

√ «İşçilik alacağına dayanan davacı alacaklının borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleştiği, kati aciz belgesi bulunduğu, borçlu şirketin iki ortağından birinin borçlu şirketteki hisselerini takip konusu alacaktan sonra devrederek, davalı 3.kişi şirkette ortak olduğu, borçlu şirketin üç adet bilet satış noktası ve yazıhanesinin davalı 3.kişi şirket tarafından kullanıldığı anlaşıldığından, davalılar arasındaki işlemlerin örtülü işyeri devri mahiyetinde olup İİK. mad. 280/3 gereğince iptale tabi olduğunu- İİK. mad. 283/1 uyarınca, Kati aciz belgesi ile belirlenen meblağ ile sınırlı olarak davalı 3.kişinin malvarlığı üzerinde haciz ve satış yetkisi verilmesi gerektiğini»^[175]

√ «Tasarrufa konu taşınmazın dükkan niteliğinde olması ve o taşınmaz üzerinde borçlunun ortağı olduğu şirkete ait lokanta bulunmasının taşınmazı ticari işletmenin mühim bir parçası olduğunun kabulünü gerektirmediği, davalı borçlunun tasarrufu, lokanta işletmeciliği yapan şirkete ait hisse satışı değil, dükkanın mülkiyetine ait hisse satışı (dükkan satışı) olduğu anlaşıldığından, İİK'nin 280/son maddesinin uygulanma imkanının bulunmadığını»^[176]

√ «Borçlu şirketin tek malvarlığı olduğu anlaşılan alacağın temlikinin İİK'nun 280.maddesinde belirtilen ticari işletmenin büyük bir kısmının devri niteliğinde olduğundan davalıların borçlunun alacaklılarını ızzar kastını bildiğinin kabulü gerektiği gibi, davalıların Burdur gibi bir ilde aynı alanda faaliyette buldukları, borçlu şirket hakkında açılan iflas erteleme davasında davalının müdahil olduğu bu nedenle de borçlunun mali durumu hakkında bilgi sahibi olduklarından bahisle davanın kabulü ile tasarrufun iptaline karar verilmesi gerektiğini»^[177]

belirtmiştir.

[174] Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 7649/1742

[175] Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 18812/1732

[176] Bknz: 17. HD. 15.02.2016 T. 17984/1574

[177] Bknz: 17. HD. 01.12.2015 T. 6314/13079

VIII- Burada, **İİK. mad. 280/III** ile **İİK. mad. 44** arasındaki ilişkiyi ve her iki hükmün kapsamı ile uygulama alanlarını, uygulamada taşıdığı önem nedeniyle açıklamak yararlı olacaktır.^[178]

«*Ticareti terk edenler*» kenar başlığını taşıyan ve 'ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin' için düzenlendiği *gereğesinde*^[179] ifade edilen **İİK. mad. 44**^[180] de; ticareti terk eden bir tacirin hem «onbeş gün içinde durumu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmesi» ve hem de «ticaret sicil memurluğuna bütün aktif ve pasifi ile alacaklıların isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunması» istenilmiştir.

[178] Bu konuda ayrıca bkz: MUŞUL, T. age. s: 330 vd.

[179] Bknz: 538 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi:

«Ticareti terketme suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek kaçınılmaz bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terkeden kötünyetli borçluların işyerlerini terkettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir. Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflâs Kanununun sistemi içinde madde tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye muhalefet 337 a maddesiyle cezalandırılmıştır.» (UYAR, T. Gereğçeli-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2006, Üçüncü Baskı, C:3, s:3518)

[180] Madde: 44 - «Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösterir bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilânlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilân olunur. İlân masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır.

Bu ilân tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflâs yolu ile takip yapılabilir.

Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez.

Üçüncü şahısların zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlât edinenle evlâtlık arasındaki iktisaplarda iyiniyet iddiasında bulunulamaz.

Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicili daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu serhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir.»

Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra müdürü marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9'ncu maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verebilir.»

Ticareti terk eden tacir, gerekli giderlerini vererek durumu hem «*ticaret sicili gazetesi*»nde hem de «*alacaklılarının bulunduğu yerlerde, mutad ve münasip vasıtalarla*» ilan ettirmek zorundadır.

Ticareti terk eden tacir, bu yükümlülüğünü -yukarıda açıklanan biçimde yerine getirmese, bunun müeyyidesi (yaptırımı) nedir? Bu zorunluluğa uymamanın biri cezaî diğeri hukuki olmak üzere iki müeyyidesi vardır: **a)** Ticareti terk eden borçlu-tacirin bu eyleminden zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, icra ceza mahkemesi, borçlu-tacirin –İİK. mad. 337 a hükmüne göre– «üç aydan bir seneye kadar hafif hapis cezası» ile cezalandırılmasına karar verir.^[181]

b) «Ticaretin terk edildiği» (işyerinin devreldiği) hususu, ticareti terk etmiş olan borçlu-tacirin alacaklılarına karşı hüküm ifade etmez (geçerli olmaz). Başka bir deyişle, ticareti terk etmiş (işyerini devretmiş) olan borçlu-tacirin alacaklıları, «işyeri devrinin geçersiz olduğunu, halâ işyerinin borçluya ait sayılması gerektiğini» ileri sürerek, borçlu tacirin borcundan dolayı orada haciz yaptırabilirler... Ancak burada alacaklıların karşısına, onların yaptırdığı (yaptıracağı) haciz işlemini etkisiz hale getirecek «üçüncü şahısların zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyiniyetle elde ettiği haklar saklıdır» şeklindeki İİK. mad. 44/III. c. 1 hükmü çıkar. Gerçekten; ticareti terk eden tacirin İİK. mad. 44/I'deki formaliteyi yerine getirmemesi halinde, bu ticareti terk durumu, alacaklılarına karşı geçersiz sayılırsa da, ticareti terk eden borçlu -tacirden, işyerini devir almış olan iyiniyetli üçüncü kişilerin bu iktisapları -medeni hukukun temel ilkeleri (MK. mad. 763, 988, 1023) uyarınca- korunur. Üçüncü kişilerin «iyiniyetli oldukları»da asıl olduğundan (MK. mad. 3), alacaklıların bu kişilerin kötüniyetli olduklarını -yani ticareti terk eden borçlu tacirden, onun alacaklılarından mallarını kaçırma amacı (kasdını) bilerek işyerini ondan devralmış olduklarını- ispat etmeleri gerekir. Bunun isbatının ise, alacaklılar için ne kadar güç -hatta imkânsız olduğu- ortadadır. Kanun koyucu, burada sadece, ticareti terk eden borçlu tacirin, işyerini «karı ve kocasına, usul ve fûruuna, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısmına, evlât edinene, yahut evlâtlığına» devretmesi halinde, «bu kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacaklarını» belirterek, alacaklılara çok sınırlı bir kolaylık sağlamıştır. Buna bir de «*vakia ve karinelere olayda kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olanlar*»^[182] -örneğin; ticareti terk eden tacirin, işyerini işortağına, yanında çalışan kalfasına, işçisine devretmesi halinde, bu kişiler de «iyiniyetli olduklarını» ileri süremezler- eklemek gerekir.

[181] Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Fiiller (İcra ve İflâs Suçları), 1987, s:199 vd.

[182] Bknz: İçt. Bir. K. 14.2.1951 T. 17/1 (R.G. 11.4.1951 T. 7782 s.) (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları «Yargıtay Yayınları», C:IV, s:309 vd.)

Doktrinde^[183] «*ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticaret işlemeyi kapatmak, dağıtmak*» şeklinde tanımlanan ticareti terk etmek, kısmen olmuşsa, yani bir tek ticari işletmeye sahip olan bir tacir, işletmesinin belirli bir kısmını başkasına devretmiş ya da birden fazla ticari işletmesi olan bir tacir, üzerinde en az bir ticari işletme bırakarak, diğer ticari işletmelerini başkasına devretmiş, kapatmış ya da dağıtmışsa, acaba İİK. mad. 44 hükmü yine bu tacir hakkında uygulanabilecek midir? 44. maddenin «alacaklıların hak ve çıkarlarını korumak amacı ile düzenlenmiş olan **birinci fıkrasının** -'ticaretin bırakıldığının onbeş gün içinde bildirilmesi ve mal bildiriminde bulunması'na ilişkin hükümün- ticareti kısmen bırakmış olan tacirler hakkında da uygulanması yerinde olur. Çünkü, alacaklılara zarar vermek amacıyla, kötüniyetle ticareti bırakmak isteyen bir tacir, küçük bir işletmeyi (ya da ticari işletmedeki küçük bir payı) üzerinde bırakıp, asıl önemli olan ticari işletmelerini (ya da ticari işletmenin çok büyük bir kısmını) başkalarına devrederek ya da kapatarak İİK. mad. 44 (ve 337a) hükümlerinden kurtulabilir. Bu durum ise, bu hükümlerin konuluş amacına aykırı bir sonuç doğurur.^[184]

Uygulamada; borçlunun işyerine haciz için giden alacaklılar, işyerinin borçlu tarafından bir süre önce üçüncü bir kişiye devir edildiğini, vergi levhasının bu üçüncü kişi adına düzenlendiğini görmekte, bunun üzerine, orada haciz yapılmasını istemeleri halinde, icra memurunca haciz yapılmakta ancak «haciz edilen şeylerin üçüncü kişi elinde bulunduğu» belirtilerek, İİK. mad. 99 uyarınca alacaklıya, üçüncü kişiye karşı istihkak davası açması için 7 gün süre verilmektedir.^[185]

İstihkak davaları üzerine -icra mahkemelerince verilen kararları incelediği dönemde **İcra ve İflâs Dairesi**^[186] **Yargıtay 13. Hukuk Dairesi**^[187] ile **15.**

[183] KARAYALÇIN, Y. Ticaret Hukuku, C:1, 1970, s:212

[184] KURU, B. Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tabi Bulunduğu Hükümler (AHFD. 1970/1-2, s:111)

[185] UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bastı, 1994, s:1036 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, 2006, C:6, s:8832 vd.

[186] Bknz: İİD. 27.3.1970 T. 3277/3313; 22.3.1969 T. 993/3183; 30.5.1968 T. 5761/565 - UYAR, T. İstihkak Davaları, s:566 vd.)

[187] Bknz: 13. HD. 17.12.1983 T. 8265/941; 29.11.1982 T. 6417/7225; 29.11.1982 T. 6561/7207; 7.10.1982 T. 5027/5761; 16.9.1982 T. 5776/5374; 1.7.1982 T.4562/4962; 7.6.1982 T. 3775/4203; 17.5.1982 T. 3188/3520; 11.5.1982 T. 3080/3399; 27.4.1982 T. 2573/2879; 1.4.1982 T. 1888/2211; 25.12.1981 T. 7290/8491; 14.12.1981 T. 7626/8178; 28.9.1981 T. 5194/6081; 19.2.1976 T.5757/1206; 3.7.1975 T. 5409/4629 (UYAR, T. İstihkak Davaları, s:561 vd.)

Hukuk Dairesi^[188] önceki kararlarında, açılan istihkak davalarında, yukarıda açıklanan İİK. mad. 44 ile İİK. mad. 280/IV hükmünü birlikte uygulayarak «... bir ticarethanenin ne suretle devredileceği İİK. mad. 44 ve 280/de gösterilmiştir. Borçlu, işyerini bu maddelere uygun olarak devretmediğine göre... ve öte yandan, anılan yasanın 280. maddesi hükmüne göre de 'borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla hareket ettiği ve alıcının da bu kasdı bildiği' kabul olunur...» diyerek, açılan istihkak davalarını genellikle alacaklılar lehine sonuçlandırmıştır. Fakat daha sonra, **15. Hukuk Dairesi**^[189] -bir karar düzeltme istemi üzerine- *İİK. mad. 280/IV hükmünü istihkak davalarında uygulanamayacağını, bu karinenin iptal davalarına özgü olduğunu*» belirtmiştir.

Hacze gittiği işyerinin, bir süre önce borçlu tarafından -İİK. mad. 44/I'deki formalite yerine getirilmeden- başkasına devredilmiş olduğunu haciz sırasında öğrenen alacaklının hangi yolu izlemesi kendisi için daha pratik ve yararlı olur? Bu durumda, alacaklının şu yolu izlemesi **kanımızca** yararına olur: **Eğer** borçludan işyerini devralan üçüncü kişi, İİK. mad. 44/IV. c2'de öngörülen «*borçlunun karı veya kocası, usul veya furuu, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlı, evlât edineni veya evlâtlığı*» ise yahut -14.2.1951 T. 17/1 s. İct. Bir. K. uyarınca- «*vakıa ve karinelere olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda olan* -örneğin; borçlunun iş ortağı, kalfası, işçisi vb. gibi- bir kişi» ise, işyerinde haciz yaptırıp, icra memurunun İİK. mad. 99 uyarınca kendisine vereceği 7 günlük süre içinde, işyerini devralan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açıp, «*işyeri devrinin İİK. mad. 44'deki koşullara uyulmadan yapıldığını, geçersiz olduğunu*» belirtmelidir.^[190] Buna karşın, **eğer** borçludan işyerini devralan üçüncü kişi yukarıda belirtilen kişilerden birisi değilse, o zaman işyerinde haciz yaptırmadan -dolayısı ile kendisine üçüncü kişiye karşı «istihkak davası» açma külfetinin yüklenmesine neden olmadan- doğrudan doğruya hem «borçlu» ve hem de «işyerini devralan üçüncü kişi» aleyhine İİK. mad. 280'e göre «iptal davası» açıp, bu davada «*işyeri devrinin, kendisinden mal kaçırmak amacı ile yapıldığını, hileli ve muvazaalı olduğunu*» belirtip, «*yapılan devrin kendisi bakımından iptalini*» istemelidir. Böylece, açtığı bu iptal davasında, İİK. mad. 280/IV'de yer alan -alacaklı lehine konulmuş olan- karineden yararlanır ve ispat yükü davalılara -özellikle; borçluya- düşer. Davalılar, «işyeri devrini en az üç ay önce alacaklıya yazılı olarak bildirdiklerini» yahut «devir durumunu

[188] Bknz: 15. HD. 25.11.1987 T. 3207/4081; 5.11.1987 T. 3143/3799; 14.9.1987 T. 2015/3102 (UYAR, T. İstihkak Davaları, s:550 vd.)

[189] Bknz: 15. HD. 3.2.1988 T. 4355/383

[190] YILDIRIM, M. K. 4949 sayılı Kanuna Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (Yeditepe Üniv. Huk. Fak. D. 2005, C:I, S:2, s:472, 477)

işyerinin bulunduğu yerde görülebilir levhalar asmak suretiyle ve Ticaret Sicili Gazetesiyle yahut bütün alacaklıların öğrenmesini sağlayacak münasip vasıtalarla ilan ettiklerini» ispat edemezlerse, dava, alacaklı lehine sonuçlanır.

IX- a) Borçlu tarafından yapılmış olan muvazaalı tasarrufun İİK. mad. 280'e göre iptaline karar verilebilmesi için; *dava konusu tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine davacı-alacaklı tarafından «haciz» veya «iflâs» yoluyla takibe girilmiş olmalıdır* (İİK. mad. 280/I, c:2).^[191]

Madde -17.7.2003 tarihinde- 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu duruma gelmiştir. Bu düzenleme *'dava açma süresinin «işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren» değil -İİK. mad. 278/I ve 279/I'de olduğu gibi- mukayeseli hukuka uygun olarak «haciz tarihi veya takip tarihi yahut iflâsın açılması tarihi» olarak düzenlenseydi daha isabetli olacağı -yani işlemin gerçekleştiği tarihten ileriye doğru değil, takip (haciz veya iflâs) tarihinden geriye doğru beş yıl içinde yapılan işlemlerin iptale tabi hale getirilmesinin daha doğru olacağı-* bugünkü hali ile İİK. mad. 280'de öngörülen sürenin alacaklılar aleyhine kısaltılmış olduğu' gerekçesi ile eleştirilebilir.^[192]

Doktrinde^[193] -yapılacak kanun değişikliğinde (De Lege Ferenda)- *«beş yıllık süre içinde takip yapma zorunluluğu»*nun kanundan çıkarılması, kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanununda olduğu gibi, *«hacizden, acizden veya iflâsın açılmasından geriye doğru işleyen beş yıllık»^[194] sürede yapılan tasarrufların iptale tâbi olması»*nın daha isabetli olacağı -kanımızca da yerinde olarak- belirtilmiştir...

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ *«İİK'nin 277 vd maddelerine dayalı olarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin dava 16.07.2013 açılıp tasarruf 16.07.2008 tarihinde yapıldığından davanın süresi içinde açıldığı kabul edilerek diğer dava koşulları araştırılıp var ise esasa girileceğini»^[195]*

√ *«Dava konusu taşınmazla, rayiç değerinden çok düşük değere borçludan satın alan davalı 3.kişinin borçlunun durumunu bilebilecek kişilerden olmadığından*

[191] Bknz: 15. HD. 27.6.2006 T. 1517/3956; 24.11.2005 T. 1121/6310; 29.12.2003 T. 6284/6334

[192] YILDIRIM, M.K. 4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra ve İflâs Kanununda Yer Alan İptal Davalarına ve İflâsın Ertelemesine İlişkin Yeni Hükümler (Yeditepe Ün. Huk. Fak. Der. C: 1, S: 2, 2005, s: 479)

[193] ERDÖNMEZ, G. age. s: 46

[194] Bu süre Almanya'da on yıldır (ERDÖNMEZ, G. age. s: 27)

[195] Bknz: 17. HD. 08.11.2016 T. 19199/10225

söz edilemeyeceği gibi dava tarihi olan 15.08.2007 tarihi ile tasarruf tarihi olan 07.02.2003 tarihi arasında 5 yıllık hak düşürücü süre geçmemiş olduğundan davanın süresinde açılmadığından da söz edilemeyeceğini- Davalının satın aldığı taşınmazların cebri icra sonucu elinden çıktığı ve iptal koşullarının gerçekleştiği ve davanın bedele dönüştüğü sabit olduğuna göre dava konusu taşınmazların cebri icra ile satışı yapılan icra dosyası getirilerek ihale bedeli belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[196]

√ «280. maddede sayılan iptal nedenleri için 5 yıllık hak düşürücü süre içinde dava açılmasının mümkün olduğunu»^[197]

√ «İİK'nin 278.maddesinde düzenlenen iptal nedenleri için açıklanan haciz veya aciz yahut iflastan evvelki 2 senelik sürenin, bu maddede öngörülen akrabalık ve bedel farkından dolayı iptal ile borçlunun kendisine yahut 3.bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri için belirlenen bir süre olduğu, İİK'nin 280.maddesinde sayılan iptal nedenleri için uygulanmayacağı- İİK. mad. 280'de sayılan iptal nedenleri için ise 5 yıllık hak düşürücü süre (İİK md 284) içerisinde dava açılmasının mümkün olduğu- İİK'nin 278.maddesinde öngörülen sürenin ise, ivazsız tasarrufların butlanına ilişkin ve iptale tabi tasarrufun sınırını gösteren süre olduğunu»^[198]

√ «İvazlar arasında fahiş fark sebebiyle bağış niteliğinde bulunduğundan tasarruf iptale tabiyse de, haciz tarihi ile tasarruf tarihi arasında iki yıldan fazla süre geçmiş olduğundan ve mahkemece borçlu ile üçüncü kişinin hemşehri olmaları nedeniyle borçlunun durumunu bilebilecek şahıslardan olduğu belirtilmiş ise de davalının borçluyu tanıdığı ve durumunu bildiği konusunda somut bir bilgi bulunmadığından İİK. mad. 280'da yer alan beş yıllık sürenin dava konusu olayda uygulanma imkanı olmadığı»^[199]

belirtmiştir.

b) Borçlu tarafından yapılmış olan muvazaalı tasarrufların TBK. mad. 19'a göre iptaline karar verilebilmesi için, Yargıtay (17. Hukuk Dairesi) bugüne kadar hiç sapma göstermeden oluşturduğu içtihatlarında^[200] «.... borçlu

[196] Bknz: 17. HD. 16.06.2016 T. 14219/7367

[197] Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 15163/6933

[198] Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 7649/1742

[199] Bknz: 17. HD. 20.01.2015 T. 13759/591

[200] Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11539/6283; 24.05.2016 T. 2682/6341; 14.03.2016 T. 3265/3119; 23.02.2016 T. 11349/2104; 01.06.2015 T. 5605/8012; 17.03.2015 T.

ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin ‘muvazaalı (danışıklı) mal kaçırmaya yönelik olduğu’ iddiası ile TBK. m. 19’a dayalı olarak açılmış tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için, ‘davacı-alacaklı tarafından, davalı-borçlu hakkında icra takibinde bulunmuş olmasına’ ve ‘borçlu hakkında aciz belgesi almış olmasına’ gerek bulunmadığı » belirtmekte olduğundan, TBK. mad. 19’a dayalı «muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davalarında **«alacaklının dava konusu (muvazaalı) tasarrufun yapıldığı tarihten, itibaren beş yıl içinde, borçlu aleyhine ‘haciz’ veya ‘iflâs’ yolu ile takipte bulunmuş olması»** şartı aranmayacak demektir...

Yargıtay’ımızın öteden beri yerleşmiş içtihatları uyarınca «‘muvazaa iddiası’na (TBK. mad. 19) dayalı tasarrufun iptali davalarının her zaman açılabilmesi, bu davaların ‘hak düşürücü’ ya da ‘zamanaşımı süresi’ne bağlı olmaması», TMK.’nun 2. maddesinin uygulanması yani ‘tasarrufun iptali davasının, tasarrufun yapıldığı tarihten -5 yıldan çok sonra- yirmi/otuz/kırk yıl sonra açılmış olmasının **hakkın kötüye kullanılması** niteliğinde sayılmasını gerektirir mi? Yüksek mahkemenin bu konuya deyin bir içtihadına rastalamadık. «İşlem emniyeti» bakımından bunun mümkün olması kanısındayız. Yani, bu davaların yıllar sonra açılması halinde pekâlâ «tasarrufun iptali davasının bu şekilde açılmasının ‘dürüstlük kuralı’na aykırılık (‘hakkın kötüye kullanılması’) teşkil etmesi nedeniyle dinlenemeyeceği» s o n u c u n a varılması isabetli olacaktır...

Yüksek mahkeme; «muvazaa iddiasına dayalı tasarrufun iptali davaları’ gibi her zaman (bir süreye bağlı olmadan) açılabilen ‘muris muvazaası’ davalarının, muvazaalı temlikin yapıldığı ya da mirasbırakanın ölümünden yirmi/otuz/kırk/elli beş yıl sonra açılmasının TMK’nun 2. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini» çeşitli içtihatlarında vurgulamıştır...

Gerçekten, **yüksek mahkeme (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu),**

A-a) «..... mirasbırakanın ölüm tarihinden 23 yıl sonra açılan muris muvazaası iddiasına dayanan tapu iptali ve tescil davasının TMK.’nun 2. maddesi uyarınca reddedilemeyeceğini...» (1. HD. 10.01.2017 T. E: 2014/13173, K: 140)

– «..... temlik tarihinden 33 yıl ve muris ölümünden 16 yıl geçtikten sonra muris muvazaası davasının açılmasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmeyeceğini...» (1. HD. 08.11.2016 T. E: 2014/14787, K: 10176)

2203/4344; 04.11.2014 T. 11472/15070; 04.11.2014 T. 8340/15066; 27.10.2014 T. 10682/14362; 10.06.2014 T. 3653/9318; 09.04.2013 T. 7539/5112; 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619; 27.11.2008 T. 11563/13096 vb.

– «..... muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davasının, temlikten 50-55 yıl geçtikten sonra açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığını...» (1. HD. 20.09.2016 T. E: 2014/10877, K: 8391; 20.09.2016 T. E: 2014/10876, K: 8390)

– «..... temlikten 44 yıl sonra açılan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davasının, 'TMK.'nun 2. maddesi hükmüyle bağdaşmadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğini...» (1. HD. 21.03.2016 T. E: 2014/14726, K: 3328)

– «..... hak düşürücü süreye tâbi olmasa da, yaklaşık 45 yıl sonra açılan muris muvazaası nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davasının 'hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu' gerekçesiyle reddedilemeyeceğini...» (1. HD. 14.03.2016 T. E: 2014/14925, K: 3044)

– «..... murisin ölüm tarihinden, dava tarihine kadar yaklaşık 30 yıl geçtikten sonra açılan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davasının 'hakkın kötüye kullanılması' ve 'dürüstlük ilkesi'ne aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğini...» (1. HD. 15.12.2015 T. E: 11547, K: 14625)

A- b) «..... murisin ölüm tarihinden 33 yıl geçtikten sonra açılan muris muvazaasına dayalı tapu iptali ve tescil davasının açılmasının TMK.'nun 2. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini...» (HGK. 06.05.2015 T. E: 2003/1-12302, K: 1313)

B- «..... mirasbırakanın öldüğü 6.4.1991 tarihinden, dava tarihi olan 10.02.2010 tarihine kadar muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil davasının açılmamış olduğu, her ne kadar muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı açılan davalarda 'zamanaşımı ve hak düşürücü süre' söz konusu değil ise de, oradan bunca zaman -9 yıl- geçtikten sonra dava açılmasının, TMK.'nun 2. maddesi hükmüyle bağdaşmadığının açık olduğunu...» (1. HD. 30.01.2014 T. E: 2013/21600, K: 1631)

b e l i r t m i Ő t i r . . .

Yukarıdaki kararlarda bahsedilen '*muris muvazaası*' hukuksal nedenine dayalı 'tapu iptali ve tescil' davaları, taşınmazın a y n ı n a ilişkin bir dava olmasına rağmen, '*tasarrufun iptali*' davaları ise bu nitelikte olmayıp Ő a h s i (kişisel) dava olduklarından, bu kararlarda varılan sonucun, '*tasarrufun iptali*' davaları için geçerli olmayacağı kanısındayız...

IX- «Muvazaalı işlemler»in İİK. mad. 280/I, c:1 çerçevesinde ‘iptaline karar verilmesi gerekeceği’ni, **yüksek mahkeme** çeşitli içtihatlarında açık seçik belirtmiştir. Gerçekten; bu konuyla ilgili olarak **yüksek mahkeme**;

√ «Haciz sırasında ‘dava konusu taşınmazı, anlaşmalı olarak arkadaşı olduğunu belirttiği davalı-üçüncü kişiye sattığını’ belirten borçlunun bu beyanın, İİK. 280 kapsamında değerlendirilmesi gerekeceğini»^[201]

√ «Borçlu tarafından kurulan ipoteğin -ipotek bedelinin taşınmazın değerinden yüksek olması, tarafların başka bir şirkette ortak olması vb. nedenlerle- muvazaalı olduğu kabul edilerek, ipotek tesisine ilişkin işlemin iptaline dair verilen kararda isabetsizlik bulunmadığını»^[202]

√ «Satışın, ‘davalı borçlunun, diğer davalı üçüncü kişiden faizle aldığı borca karşılık (mahsuben) teminat amacıyla’ yapılmış olduğunun anlaşılması halinde, satışın iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[203]

√ «Boşanma kararından hemen önce noterde yapılmış olan hisse devri sözleşmesinin, eşlerin boşanmış olmalarına rağmen boşanan kadının kocasına ait soyadını kullanmaya ve kocası ile boşanmadan önce, kocasının kardeşine ait evde oturmaya devam etmesinin, boşanmanın mal kaçırma amacıyla ve muvazaalı olduğunu göstereceğini»^[204]

√ «Dava konusu kooperatif payının, boşanma davasından önce, düşük bedelle ve mal kaçırmak amacı ile eşler arasında yapılan devir işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[205]

√ «Davalı borçludan, onun icra dosyasındaki alacağını temlik almış olan diğer davalı üçüncü kişinin hem borçlu ile aralarında bulunan akrabalık bağı ve hem de davalılar arasındaki temlikin gerçek bir alacak-borç ilişkisine dayanmaması nedeniyle iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[206]

√ «Davalılar arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde mahkemece ‘icra takibinin iptali’ yönünde hüküm kurulması gerekeceğini»^[207]

[201] Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 10792/1140

[202] Bknz: 17. HD. 5.10.2009 T. 7492/5972

[203] Bknz: 17. HD. 15.6.2009 T. 3851/4239

[204] Bknz: 17. HD. 7.5.2009 T. 41/1897

[205] Bknz: 17. HD. 3.3.2009 T. 4540/1079

[206] Bknz: 17. HD. 30.6.2008 T. 2632/3594

[207] Bknz: 4. HD. 8.11.2017 T. 12753/13696

√ «Resmi bir belgeye dayanmayan takip üzerine, kendisine tebligat yapılmadan icra dairesine giderek, kendisine tanınan yasal sürelerden feragat edip takip konusu borcu kabul eden borçlu hakkındaki takibin gerçek bir alacağı yansıtmadığının diğer delillerle kanıtlanması halinde, takibin iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[208]

√ «Satışı resmi şekle bağlı olan sözleşmelerin de ayrıca 'iptal davası' açılmasına gerek bulunmadan- muvazaalı olduğunun tesbiti için dava açılabilceğini»^[209]

√ «Kaydına ihtiyati tedbir konulan taşınmazın, muvazaalı olarak üçüncü kişiye devredilmiş ve muvazaa iddiasının kanıtlanmış olması halinde, İİK. 277 vd.'deki koşulları aramaya gerek kalmadan tapunun iptaline ve ihtiyati tedbirin infazına imkan verecek şekilde 'tapunun iptali ile satıcı adına tesciline' karar verilmesi gerekeceğini»^[210]

√ «Borçlunun, 'muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi' işleminin iptal davasına konu edebileceğini»^[211]

√ «Muvazaa iddiasına dayalı ipotek davalarında zamanaşımının söz konusu olmadığını»^[212]

belirtmiştir.

X- Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki; -İİK. mad. 278 ve 279'da olduğu gibi- İİK. mad. 280'de iptal edilebilecek tüm tasarruflar sayılarak belirtilmemiş olduğundan, dava dilekçesinde İİK'nun 278, 279 ve 280. maddelerinden hangisine dayanıldığının belirtilmesi zorunlu olmadığı gibi, dilekçede bu maddelerden birisi gösterilmiş olsa bile, mahkemenin kendisini bununla bağlı saymayıp, kendiliğinden olayı ayrı ayrı İİK. mad. 278, 279 ve 280 bakımından değerlendirerek uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gerekir...^[213]

belirtmiştir.

XI- 4949 sayılı Kanun ile 17.7.2003 tarihinde -İİK.mad. 280'de yapılan değişikliğin «alacaklı lehine» mi yoksa «borçlu lehine»mi olduğu da **doktrinde**^[214]

[208] Bknz: 15. HD. 25.9.2002 T. 3370/4178

[209] Bknz: 15. HD. 30.12.1994 T. 6362/8082

[210] Bknz: 15. HD. 8.4.1993 T. 3243/3940

[211] Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3260

[212] Bknz: 4. HD. 17.3.2008 T. 1813/3444

[213] Bknz: 17. HD. 25.5.2009 T. 785/3563; 25.11.2008 T. 3756/5534; 11.11.2008 T. 2109/5231; 10.7.2007 T. 3405/2424; 15. HD. 5.10.1994 T. 1728/5538

[214] AKŞENER, H.S. İcra ve İflâs Yasasının 280. Maddesinde 4949 sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Üzerine İnceleme (Legal Huk. D. 2003/Eylül, s:2212)

tartışma konusu olmuştur. **Bir görüşe göre** «bu değişiklik alacaklılar lehine» olmuştur... **Diğer bir görüşe göre**^[215] ise «*özellikle maddenin Hükümet Tasarısı'nda açıklanan gerekçesinde vurgulandığı gibi; uygulamada İİK'nun 278 ve 279. maddelerinin kapsamı dışında kalan pek çok tasarrufun İİK'nun 280. maddesinin kapsamına dahil edilerek iptal edildiğini saptayan Komisyon, iptal koşullarını daha belirli hale getirerek ve 'borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kasdının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde'* iptal kararı verilebileceğini vurgulayarak, maddeyi yeniden düzenlemiş ve bu suretle iptal edilebilecek tasarruf sayısını çoğaltmak değil azaltmak istemiştir.»

Nihayet bu konudaki **başka bir görüşe göre** ise «*bugüne kadar İcra ve İflas Kanununun iptal hükümlerinde hep alacaklı lehine değişiklik yapılmışken, 4949 sayılı Kanunla ilk kez tersi yapılmıştır.*^[216] *Kanun koyucunun hedefi gerekçeden tesbit edilememektedir, bu konsepten yoksun olma demektir. İcra ve İflas Hukuku sisteminde, iptal davalarının, alacaklı bakımından etkin bir silah olma işlevi korunmalıdır. Kanun değişikliği isabetli değildir.*^[217]

XII- İcra ve İflâs Kanununda -mad. 280- öngörülen, «borçlunun alacaklılara zarar vermek kasdı ile yaptığı hileli tasarruflarının iptali» için gerçekleşmesi gereken koşullar hakkında yaptığımız açıklamalar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında (ki) Kanun ile düzenlenen «borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdıyla yaptığı hileli tasarrufların iptali» için de -kural olarak- aynen geçerlidir.

Gerçekten, bu konu, anılan kanunda «*amme alacağının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla yapılan tasarruflar*» kenar başlıklı 30. maddede^[218] -İİK. mad. 280 hükmüne paralel şekilde- düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanun açısından, borçlunun -doğmuş veya doğacak- kamu borçlarını ödememek amacı ile ve kötüniyetle yaptığı tasarrufların iptali için, öncelikle yapılan tasarrufun *tek taraflı* mı *iki taraflı* mı olduğuna bakılması gerekecektir.

[215] UYAR, T. İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Getirdiği Yenilikler (Tür. Bar. Bir. D. 2003/Kasım-Aralık, s:198)

[216] UMAR, B. Son (4949 sayılı Yasa ile Getirilen) İİK. Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi (İİK. Değişiklikleri Sempozyumu, Ön Malzeme Metinleri, 2004 s:44 vd.) «Yeditepe Ün. Huk. Fak. Yayını»

[217] YILDIRIM, M. K. agm. s:475

[218] MADDE: 30- «Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde âmme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muameleler, tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.»

Eğer; tek taraflı bir tasarruf söz konusu ise, bunlar -ödeme güçsüzlüğü içinde bulunan borçlunun, kamu borcunu ödemesi gereken tarihten- geriye doğru beş yıllık süre içinde kalması koşulu ile mutlak olarak -kamu alacaklısı kurum bakımından- hükümsüz sayılacaktır. Eğer iki taraflı bir tasarruf söz konusu ise, bunların -geriye doğru beş yıllık süre içinde yapılanlarının- iptali için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötüniyetli (yani; borçlunun kamu borcunu ödememek için, mal kaçırma kasdını bilen veya bilmesi icabeden) olması gerekmektedir.^[219]

6183 sayılı Kanun'un 30. maddesinde, İİK. mad. 280'deki, alacaklı yararına kabul edilen «*kötüniyet karinesi*» yer almadığından, bu kanunun uygulanmasında, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişi borçlunun eşi, usul ve furuu ve üçüncü dereceye kadar sıhri hısım dahi olsa, bunların «*kötüniyetli oldukları*»nın, alacaklı kamu kurumu tarafından ayrıca isbat edilmesi gerekecektir.^{[220][221]}

Keza, yine 6183 sayılı Kanununun 30. maddesinde, İİK. mad. 280/IV'deki «*işyerinin devri ile ilgili kötüniyet karinesi*»ne yer verilmediğinden, İİK. mad. 280/IV'deki karine, kamu alacağından dolayı açılan iptal davalarında uygulanmaz. Ancak **yüksek mahkeme**^[222] aksi görüştedir.

[219] Bknz: 17. HD. 25.9.2007 T. 3237/2798; 17.7.2007 T. 2805/2550; 15. HD. 18.7.2006 T. 2879/456; 26.2.2004 T. 6715/1058; 29.11.2001 T. 5078/5528 vb.

[220] UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Bası, s:423 - SAVAŞ, H. H. Kamu alacaklarında İptal Davaları (Mükellefin Dergisi, 2000, S:88, s:115) - YILMAZ, H. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, s:386 - ÇELİK, B. Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, s:97 - TOKTAŞ, M. Kamu Alacaklarının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, s:121 - ÇOŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, 2011, s:278 - TOMBALOĞLU, M. L. Amme Alacakları Takip ve Tahsil Usulü, 2011, s:324 - ÜNLÜ, M. C. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s:283

[221] Karş: AKŞENER, H.S. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Bası, s:476 - GÜNEREN, A. age. s:1275 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, s:290 - KORKUSUZ, M.R. İcra Hukuku ve Uygulaması, s:544 - ÖZMEN, İ. 6183 sayılı Yasadan Kaynaklanan Tasarrufun İptali Davaları (Tür. Not. Bir. Huk. D. Mayıs/2009, S: 142, s: 50)

[222] Bknz: 17. HD. 1.11.2007 T. 2501/3333

Kanımızca, bu madde uyarınca iptal davası açılabilmesi için, *dava konusu tasarrufun, kamu alacağının doğumundan önce veya sonra yapılmış olması önem taşımaz.*^[223] Ancak **yüksek mahkeme** aksi görüştedir.^[224]

Buraya kadar açıklanan 6183 sayılı Kanununun 30. maddesi hükmü; aynı Kanununun 27-29. maddelerinin kapsamı dışında olan ancak kamu borcunun bir kısmını ya da tamamını ödememek amacı ile -kötüniyetle- yapılan tasarrufların da iptalini sağlayan ve 27-29. maddelere nazaran *genel* bir hükümdür.^[225] Bu nedenle, 27-29. madde hükümlerinin olaya uygulanmadığı durumlarda bu madde uygulanır.

Yüksek mahkeme bu konuyla -yani; 6183 s. Kanununun 30. maddesi- ile ilgili olarak verilmiş olduğu çeşitli içtihatlarında;

√ «*Davanın, 6183 sayılı Yasa'nın 24 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğunu- Davalı ile borçlunun, birlikte iş yaptığı sabit olduğundan 6183 sayılı Yasa'nın 30.maddesine göre borçlunun mali durumunu bilebilecek şahıslardan olduğunu- Arabaların satış bedelleri ile gerçek bedelleri arasında fahiş fark bulunduğundan, bu tasarrufların da yine 6183 sayılı Yasanın 28/2.maddesi gereğince bağış niteliğinde olduğundan iptale tabi olduğunu*»^[226]

√ «*Borçlu şirketin ortağı olan kişiyle yapılan tasarrufun ve davalı temlik alan şirketin ortakları ile borçlu şirketin ortaklarının aynı kişiler olması nedeniyle bu şirket ile yapılan tasarrufun 6183 s.K. mad. 30 gereğince iptale tabi olduğu; temlik tasarruflarının davacının dava tarihindeki alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu*»^[227]

√ «*Davanın, 6183 sayılı Yasa'nın 24 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğunu- Dava konusu taşınmazın, borçlu tarafından davalı S.'dan satın alındığı ve aynı gün Banka tarafından kredi için taşınmaz üzerine ipotek konulduğu, aynı taşınmazın borcun doğumundan sonra borçlu tarafından yine ipotekli olarak 22.000,00 TL'ye davalı S.'a satıldığı, bu*

[223] Aynı görüşte; KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası (Yarg. D. 1991/1-2, 14; 17-Yasa D. 1990/9, s:1237, 1240) - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4492 - TOKTAŞ, M. age. s: 59

[224] Bknz: 17. HD. 01.11.2007 T. 2501/3333; 15. HD. 27.02.2007 T. 7545/1231; 27.10.1997 T. 2820/4539; 30.9.1997 T. 4241/4073

[225] ŞİMŞEK, E. Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 1996, s: 245

[226] Bknz: 17. HD. 11.05.2015 T. 489/7258

[227] Bknz: 17. HD. 14.04.2015 T. 19087/5861

olgularla davalı S.'in borçluyu tanıdığı ve mali durumu hakkında bilgi sahibi olduğunun kabulü gerektiğini»^[228]

√ «*Davalı dördüncü kişi savunma dilekçesinde dava konusu taşınmazların bir kısmının satın almadan önce icar suretiyle kullandığını, borçlunun teklifi üzerine taşınmazları satın aldığını belirttiğinden ve davalıların ikametgahının aynı köy oluşu gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında davalı dördüncü kişinin borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu taşınmazlar yönünden davanın 6183 s. K. mad. 30 gereğince kabulü ile tasarruf tarihine kadar olan davacı alacak ve ferileriyle sınırlı olarak tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini- 6183 s. K.'na dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davası sonucunda maktu vekalet ücretine takdir edilmesi gerekeceğini»^[229]*

√ «*Borçluların borcun doğumundan sonra adlarına kayıtlı taşınmazlarını tapudaki değerleri ile gerçek değerleri arasında fahiş fark olacak şekilde ve borçluların mali durumunu bilebilecek olan şahıslar olarak taşınmazlarını devrettiklerinden bahisle 6183 sayılı K. uyarınca açılan tasarrufun iptaline ilişkin davanın kabulünün isabetli olduğunu- 6183 s. Kanun'un uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarının maktu olarak belirlenmesinin gerekeceğini»^[230]*

√ «*Davanın, 6183 sayılı yasaya dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu- 6183 sayılı Yasanın 28/2.maddesine göre edimler arasındaki fahiş fiyat farkının bulunması halinde yapılan tasarrufun bağışlama hükmünde sayılacağı, 30. maddesinde de borçlunun malının bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak amacıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimseler ile yapılan tüm muamelelerin hükümsüz olacağı»^[231]*

√ «*Dördüncü kişi konumunda davalıların, borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olması halinde tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini- Tasarrufun iptali davalarında karar harcının tasarrufa konu malın tasarruf tarihindeki gerçek (rayiç) değeri ile davacının alacak miktarından hangisi daha az ise o değer üzerinden hesaplanması gerekeceği- 6183 s. K.'nın uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarının maktu olarak belirlenmesi gerekeceğini»^[232]*

[228] Bknz: 17. HD. 14.04.2015 T. 19623/5912

[229] Bknz: 17. HD. 14.04.2015 T. 13863/5867

[230] Bknz: 17. HD. 06.04.2015 T. 18019/5396

[231] Bknz: 17. HD. 12.02.2015 T. 15408/2602

[232] Bknz: 17. HD. 12.02.2015 T. 5732/2646

√ «6183 s. AATUHK'nun 24 vd. maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin davada davalıların ikametgah yeri olan mahkemenin yetkili olduğu; bu tür davalarda aciz belgesi sunulma zorunluluğu bulunmadığı; davalının borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufların 6183 s. AATUHK'nun 30. maddesi gereğince iptale tabi olduğu ve davacı idare yararın maktu vekalet ücretine takdir edilmesi gerekeceğini»^[233]

√ «Davalı borçlunun satın aldığı taşınmazı on beş gün sonra daha yüksel bir bedelle devretmesinde yasaya aykırı bir durum olmadığı, taraflar arasında akrabalık, arkadaşlık ve ticari ilişki gibi bir münasebet tespit edilemediğinden ve 6183 s. K.'un 27, 28, 29 ve 30. maddeleri kapsamında tasarrufun iptali nedenleri bulunmadığından davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğu»^[234]

√ «Davanın 6183 sayılı yasanın 24 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu, davalının borçlunun annesi olmasından dolayı tasarrufların iptale tabi olduğunu»^[235]

√ «6183 s. K. mad. 24 uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin davada, bonoları borçlu davalıdan ciro yolu ile alan ve 3. kişi konumunda olan davalı arasında ticari ilişki olup olmadığı ve ciro edilen bonoların hangi ticari veya hukuki ilişki nedeniyle ciro edildiğine ilişkin olarak davalılardan delillerinin istenilmesi, gerektiğinde ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması, davalı ile 3. kişi arasındaki işlemin iptali gerektiği sonucuna varıldığında, davalı 4. kişinin kötüniyetinin kanıtlanamaması nedeniyle 6183 s. K. mad. 31 uyarınca iptal isteminin bedele dönüşeceğinin gözönünde bulundurulması gerektiğini»^[236]

√ «Davaya konu olan aracın ticari olarak işletilip işletilmediği, ticari işletme niteliğinde olup olmadığı ve satılan bu aracın ticari işletmenin devri teşkil edip etmediği üzerinde durulması gerekeceğini- Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarının maktu olarak belirlenmesi gerektiğini»^[237]

√ «Dava konusu taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen değeri arasında misli fark bulunmaması ve davalılar arasında akrabalık bağı olmaması nedeniyle 6183 s. K. mad. 27, 28, 29 gereğince dava konusu tasarruf

[233] Bknz: 17. HD. 09.02.2015 T. 20128/2205

[234] Bknz: 17. HD. 27.01.2015 T. 21268/1041

[235] Bknz: 17. HD. 15.09.2014 T. 3000/11704

[236] Bknz: 17. HD. 11.09.2014 T. 2423/11441

[237] Bknz: 17. HD. 20.05.2014 T. 3480/7870

iptale tabi değil ise de, davacı vekili davalı borçlu ile 3. kişi arasında para alışverişi olduğunu belirttiğinden, davacı vekiline bu konudaki delillerini sunması için süre verilmesi gerektiğinden, davalıların banka hesap hareketleri istenerek aralarında dava konusu taşınmazın alımı dışında ticari ilişkileri bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla anılan tasarrufun 6183 s. K. mad. 30 kapsamında iptale tabi olup olmadığının tespiti; iptale tabi olması halinde aynı yasanın 31. maddesi gereğince davalı 3. kişinin sorumluluğu yönünden inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»^[238]

√ «6183 sayılı Yasanın 27 ila 30. maddelerinden sadece birine dayanılmış olsa dahi mahkeme bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre de iptal kararı verilebileceğini- Borçlu davalılar ile 3. kişi konumunda olan diğer davalılar arasında akrabalık ve organik bağ bulunması nedeniyle 6183 sayılı Yasanın 30. maddesi uyarınca iptal kararı verilip verilmeyeceğinin tartışılması, 6183 sayılı Yasa uyarınca açılan tasarrufun iptali davalarında, aciz belgesi ibrazının zorunlu olmadığına göz önünde tutulması, dava konusu araçlardan davalılar tarafından elden çıkarılanlar yönünden davacı tarafından davanın tazminat istğine dönüşürülmesi nedeniyle bu araçların elden çıkarıldıkları tarihteki gerçek değerlerinin belirlenerek davalı 3. kişilerin davacının alacak miktarını geçmeyecek şekilde tazminata mahkûm edilmeleri gerektiğini»^[239]

√ «Borçlu ile kardeşinin eşi arasındaki tasarrufun 6183 s. K. mad. 28/1-1 uyarınca bağışlama hükmünde sayıldığı ve iptale tabi olduğunu- Davalı üçüncü kişi, kardeşinin eşi olan borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızzar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle de tasarrufun iptali gerekeceğini (6183 s. K. mad. 30)- Mahkemece yapılan tasarrufun, ‘tasarruf tarihinde alacak ve ferileri ile sınırlı olmak üzere iptaline’ karar verilmesi gerekirken, ‘tasarrufa konu satış işleminin iptali’ne karar verilmesi ile yetinilmiş olmasının doğru olmadığını»^[240]

√ «6183 sayılı Kanun’un 28/1. maddesi uyarınca ‘borçlu’ ile ‘eşinin kardeşi’ arasındaki tasarrufun iptale tabi olduğunu»^[241]

√ «Davacı vekili müvekkilinin davalıdan olan vergi alacağı nedeniyle hakkında yaptıkları icra takibi sırasında borçlu davalının amme alacağının tahsilini önlemek amacı ile kendisine ait taşınmazı diğer davalıya sattığını öne sürerek yapılan tasarrufun iptali davasında, davanın muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu

[238] Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 15081/5942

[239] Bknz: 17. HD. 23.01.2014 T. 18087/747

[240] Bknz: 17. HD. 18.04.2013 T. 15493/5793

[241] Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 5485/3517

iptal ve tescil davası olarak görülüp sonuçlandırılmayacağı, 6183 sayılı Yasa'nın 24 ve devamı maddeleri uyarınca yapılan satış işleminin iptalinin talep edilmesi gerekeceğini»^[242]

√ *«Borçlu şirketin vergi borcu nedeniyle, önce şirket daha sonra şirket temsilcisi hakkında yapılan icra takibi sırasında, şirket temsilcisi tarafından boşandığı eşine yapılan taşınmaz satışının iptali için, eski kocasının alacaklılarına zarar vermek amacı ile hareket ettiğini bilen kişi konumunda bulunup bulunmadığının mahkemece değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[243]*

√ *«Davanın 6183 sayılı yasanın 24 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin olduğunu- 6183 sayılı yasanın 30. maddesi borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muamelelerin tarihleri ne olursa olsun hükümsüz olduğunu öngördüğü, bu durumda mahkemece dava konusu taşınmazın 1/3 payının 09.05.2001 tarihinde yapılan satışına ilişkin olarak davalılardan Celal Ö. ile borçlu Abdulvahap'ın aynı ilçe nüfusuna kayıtlı olmaları, davalı Adnan ile borçlunun kardeş olması nedeniyle borçlu davalının alacaklıları ızzar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olup olmadıklarının tartışılması, olayda 6183 sayılı yasanın 30. maddesinin uygulama yeri olup olmadığının irdelenmesi ondan sonra toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»^[244]*

√ *«6183 sayılı Kanun mad. 30/I gereğince, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemlerin, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebileceğini- Davalıların ilişkilerinin ne düzeyde olduğunun belirlenmesi, davalı borçluya ait taşınmazların inanca işlem yolu ile dava dışı kimse adına kayıtlı olup olmadığının belirlenmesi açısından, davalı üçüncü kişi ile dava dışı kişinin sanık olarak yargılandığı dava ile aynı kişilerin davalı oldukları bir diğer iptal davasına ilişkin dosyaların celp edilerek incelenmesi ve davalı üçüncü kişinin eşinin davalı borçlunun vekili olarak görev yapıp yapmadığının araştırılması gerekeceğini»^[245]*

[242] Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 8258/4368

[243] Bknz: 17. HD. 14.03.2013 T. 5562/3300

[244] Bknz: 17. HD. 03.05.2012 T. 3376/5504

[245] Bknz: 17. HD. 02.05.2012 T. 4321/5478

√ « ‘Davalı üçüncü kişilerin, dava konusu tasarrufun borçlu tarafında amme alacağıнын bir kısmının veya tamamının tahsiline imkân bırakmamak maksadıyla yapıldığını bilen veya bilmesi gereken kişilerden oldukları’ ispat edilmedikçe, davalı üçüncü kişi aleyhine iptal kararı verilemeyeceğini»^[246]

√ «Davalı vergi borçlusunun tüm malvarlığını ‘Boşanma Protokolü’ çerçevesinde boşandığı eşine bırakması hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğinden, borçlu tarafından boşanma davası sonucunda eşine bırakılan malların mahkemece iptaline karar vermesi gerekeceğini»^[247]

√ «Borçlunun mali durumu ile alacaklılarından mal kaçırma kasdını bilebilecek durumda olduğu dosya kapsamından anlaşılan davalı-üçüncü kişinin iyiniyetli sayılmayacağını»^[248]

√ «Borçlunun vekili olan ve borçlu adına gönderilen ödeme emrini bizzat alan ve borçlu ile aralarında alacak-borç ilişkisi bulunan davalı üçüncü kişinin, borçlunun mali durumunu ve alacaklılarından malları kaçırma kasdını bilebilecek konumda sayılacağını»^[249]

√ «Borçlu ile ticari ilişki içinde bulunan ve borçluyu tanıyan davalı-üçüncü kişinin, borçlunun mali durumunu ve alacaklılarından mallarını kaçırma kasdını bilebilecek konumda sayılması gerekeceğini»^[250]

√ «Dava konusu taşınmaz borçludan satın almış olan üçüncü kişiden -lehine kurulu ipotekle birlikte- satın alan dördüncü kişi borçlu ile arasındaki bayilik ve borç ilişkisi nedeniyle, borçlunun ekonomik durumunu bilebilecek durumda olduğundan, Hazine ve tarafından yapılan kamu alacağından dolayı takip sonunda açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini»^[251]

belirtmiştir.

[246] Bknz: 17. HD. 07.02.2011 T. 6298/885

[247] Bknz: 17. HD. 17.01.2011 T. 9182/53

[248] Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 10300/8981; 23.11.2009 T. 6735/7776

[249] Bknz: 17. HD. 15.12.2009 T. 881/8453

[250] Bknz: 17. HD. 14.5.2009 T. 1797/3135

[251] Bknz: 17. HD. 7.6.2010 T. 4813/5235; 9.2.2009 T. 484/467

Strazburg, 10 Ekim 2017

CommDH(2017)29

Yalnızca İngilizce

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 36/3 maddesi uyarınca
Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği'nin
Üçüncü Taraf Müdahillği

Başvurucular:

Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey (no. 13252/17)

Alpay v. Turkey (no. 16538/17)

Atilla Taş v. Turkey (no. 72/17)

Bulaç v. Turkey (no. 25939/17)

Ilıcak v. Turkey (no. 1210/17)

Mehmet Hasan Altan v. Turkey (no. 13237/17)

Murat Aksoy v. Turkey (no. 80/17)

Sabuncu and Others v. Turkey (no. 23199/17)

Şık v. Turkey (no. 36493/17)

Yücel v. Turkey (no. 27684/17)

Giriş

1. 29 Ağustos 2017 tarihinde, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri (“Komiser” olarak anılacaktır), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesini (“Mahkeme” olarak anılacaktır) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (“Sözleşme” olarak anılacaktır) 36. maddesinin 3. paragrafı uyarınca, Mahkeme sürecine üçüncü taraf olarak müdahil olacağı yolundaki kararını bildirmiş ve on başvurucudan oluşan, ifade özgürlüğü ile gazetecilerin serbestliği haklarını ilgilendiren Türkiye dosyalarına ilişkin gözlemlerini yazılı olarak sunmuştur.
2. Komiserin, insan haklarına fiilen uyulmasını teşvik etme, üye ülkelere Avrupa Konseyi insan hakları enstrümanlarını kullanmada yardımcı olma, insan hakları ile ilgili olarak yasalardaki ve uygulamadaki muhtemel yetersizlikleri tespit etme ve insan haklarının korunması, insan hakları ihlallerinin önlenmesi için tavsiye ve enformasyon sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.
3. İfade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, gerek tek tek ülkelere özgü çalışmalarında gerekse tematik olarak en yoğun ilgisini bunlara yönelten Komiser için öncelikli meseleler olmuştur. Türkiye ile ilgili olarak, Komiser ve sefeli, yürürlükteki mevzuattan ve bunun yargısal yorumundan kaynaklanan –ve her ikisi de Sözleşmenin 10. maddesinde belirlenen standartlar karşısında yetersiz kalan- yerleşik ifade özgürlüğü ihlalleri örüntüsüne yönelik kapsamlı çalışmalar gerçekleştirmişlerdir.
4. Komiser, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının 15 Temmuz 2016 darbe girişimini takip eden olağanüstü hal döneminde daha da yoğunlaştığını gözlemektedir. Terörle ilgili suçlar başta olmak üzere, gazetecilere ve diğer medya çalışanlarına yönelik soruşturma ve gözaltılar yalnızca Komiser için değil aynı zamanda Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği^[1], Hukuk Aracılığıyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu (“Venedik Komisyonu” olarak anılacaktır)^[2] ve Avrupa Parlamentosu’nun^[3] da aralarında bulunduğu bazı kurumlar için de ciddi kaygı sebebidir.

[1] 25 Nisan 2017 ve 2 Haziran 2016’da kabul edilen Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi hakkında 2156(2017) ve 2121(2016) sayılı kararlar.

[2] Mevcut Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerinde Medya Özgürlüğü ile İlgili Tedbirler Hakkında Venedik Komisyonu Görüşü No. 872/2016, CDL-AD(2017)007, 13 Mart 2017; Türk Ceza Kanununun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri Hakkında Venedik Komisyonu Görüşü No. 831/2015, CDL-AD(2016)002, 15 Mart 2016.

[3] Türkiye’de gazetecilerin durumu ile ilgili Avrupa Parlamentosu kararı, 2016/2935(RSP), 27 Ekim 2016.

5. İşbu müdahillik başvurusu Komiser'in 6-14 Nisan 2016 (İstanbul, Ankara ve Diyarbakır) ile 27-29 Eylül 2016 (Ankara) tarihlerinde Türkiye'ye yaptığı iki ziyarete ve bunu takiben hazırladığı İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü Ön Raporu ("Ön Rapor" olarak anılacaktır)^[4] ile devam etmekte olan ülke gözlemine dayanmaktadır. Bu ziyaretlerde Komiser, bazı devlet görevlileri ile görüşmeler gerçekleştirmiş ve gazeteciler, medya temsilcileri, akademisyenler ve avukatların yanı sıra ulusal ve uluslararası hükümet dışı örgütlerin temsilcileri ile buluşmuştur. Ne yazık ki, genel manzara ifade özgürlüğü ve yalnızca gazetecilerin değil, insan hakları savunucularının, akademisyenlerin, parlamento üyelerinin ve sosyal medya kullanıcılarının güvenliği ve özgürlükleri ile ilgili ciddi müdahaleler olduğu şeklindedir. Gazeteciler, bilhassa, mevsuk olmayan soruşturmalar ve davalarla, üst düzey devlet görevlilerinin aşağılamaları hatta şiddet içeren fiziki saldırılarla yaygın olarak hedef alınmaktadır. Bu durum, meşru ve önemli çalışmaları için olumsuz bir atmosfer yaratmaktadır.
6. İşler bir demokraside gazetecilerin temel işlevi göz önüne alınarak, işbu müdahillik başvurusu Kısım I'de Komiser'in Türkiye'deki hukuki çerçevenin ve mevcut yargı pratiğinin gazetecilerin ifade özgürlüğüne etkisine dair gözlemleri yer almaktadır. Kısım II'de gazetecilere yönelik iddianame öncesi tutukluluk tedbirinin kullanımı ile ilgili sorunlar ve ilgili usuli tedbirlerin eksiklikleri ele alınacaktır. Son olarak Kısım III yargısal faaliyetler aracılığıyla muhalif seslerin sistematik olarak hedef haline getirilmesine yöneliktir ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili kaygılar öne çıkarılmaktadır. Bu hususun anlaşılabilmesi için ilk iki kısım okunmalıdır. Söz konusu kısımları Komiser'in ulaştığı sonuçlar izlemektedir.

I. İfade Özgürlüğüne Dair Gözlemler

7. Komiser ve selefti, Türkiye'de düşünce ve medya özgürlüğünün geniş çapta ihlal edildiğini çeşitli kereler vurgulamışlardır. Türkiye, hakkında Sözleşme'nin 10. maddesinden dolayı en fazla İHAM kararı bulunan ülke olduğu gerçeği de bu durumu ortaya koymaktadır.
8. Komiserin selefti, 2011 tarihli ifade özgürlüğü raporunda, Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Yasası'nın çeşitli hükümlerinin –ki bunlar,

[4] Nils Muižnieks, *Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017.

yukarıda değinilen İHAM kararlarındaki başvuruçuların büyük çoğunluğunun hüküm giydiği maddelerdir- ifade özgürlüğüne ilişkin ciddi olumsuz etkileri olduğunu ifade etmiştir.

9. Komiser'in Nisan ve Eylül 2016 tarihlerinde gerçekleştirdiği ziyaretler, selefının bulgularını teyit etmekle kalmamakta, söz konusu problemin daha belirgin ve yaygın hale geldiğini göstermektedir. Bu anlamda, Komiser Ön Raporu'nda, hükümetin Türk mevzuatını Sözleşme ile uyumlu hale getirmeye yönelik sınırlı girişimlerine rağmen, Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Yasası'ndaki sorun yaratan düzenlemelerin ya dokunulmadan korunduğunu veya belirtilen sorunlara yönelmeksizin suni değişikliklerle geçiştirildiğini belirtmektedir. Komiser'in kaygıları, bu düzenlemelerin bazılarını tehlikeli olabilecek düzeyde muğlak bulan Venedik Komisyonu tarafından da dile getirilmiştir.^[5]
10. Komiser'in kaygılarının eşit derecede ciddi bir başka gerekçesi de, bu düzenlemelerin Türk savcılar ve mahkemeleri tarafından, Mahkeme'nin "devlet kurumlarının baskın konumları, resmi makamların ifade özgürlüğü ile ilgili meselelerde, ceza yargılamasına başvurmayı sınırlandırmalarını gerektirir"^[6] şeklindeki yerleşik içtihadına rağmen, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan faaliyetleri dolayısıyla gazetecilere geniş bir şekilde uygulanıyor olmasıdır.
11. Komiser, gazetecilere yönelik soruşturma ve ceza yargılamalarının büyük oranda bir suç örgütü adına suç işlemek veya bu nitelikte bir örgüte yardım etmek, terör örgütü propagandası yapmak, Türk milletini veya devletin organ ve kurumlarını aşağılamak, devlet başkanı veya diğer devlet görevlilerine hakaret ithamlarından kaynaklandığını gözlemlemiştir. Bilhassa olağanüstü halin ilanını takiben, çok sayıda gazeteci, çeşitli terör örgütlerinin üyeleri oldukları iddiasıyla gözaltına alınıp soruşturulmaya başlanmışlardır. Neredeyse hepsinde gerekçe, resmi makamlar tarafından terör örgütlerinin amaçları ile benzerlik taşıdığı düşünülen ifadeleridir.
12. Komiser, terörle mücadelenin yarattığı artan zorlukları küçümsememekle birlikte, tek başına böylesi bir mücadelenin varlığının, resmi makamları Sözleşme'nin 10. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmekten müstesna kılmadığını düşünmektedir. Bu anlamda Komiser, Mahkeme'nin "ifade özgürlüğü hukuka uygun bir şekilde ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu güvenliği gerekçeleri ile kısıtlanabileceksin de, bu

[5] CDL-AD(2017)007-e, *op.cit.*, prgf. 72.

[6] Örneğin bkz. *Morice v. France*, 23 Nisan 2015 tarihli karar, prgf. 176.

kısıtlamalar yeterli ve geçerli sebeplere dayanmalı ve bir sosyal gerekliliğin yarattığı zorluğa orantılı bir şekilde karşılık verebilecek durumda olmalıdır”^[7] şeklindeki içtihadını yeniden ifade eder. Keza, Komiser, Venedik Komisyonu’nun “üyelik” kavramının dar şekilde yorumlanması ve haklarındaki yegâne delil olarak yayımları gösterilen gazeteciler için asla gündeme gelmemesi gerektiği şeklindeki görüşü benimser.^[8]

13. Gelgelelim, Komiser, Türk yargı pratiğinin, mevzuata ilişkin problemleri daha da ağırlaştıracak şekilde, 10. maddenin gereklerini yerine getirmek konusunda ciddi eksiklik gösterdiğini belirtir. Savcılar, ceza davası açmaktan kaçınmamakta ve alt derece mahkemeler kararlarında, gazetecilerin demokratik toplumun bekçileri olmak şeklindeki işlevlerini göz önüne almamakta, dile getirilen ifadelerin doğru olup olmadığını ve eğer doğru iseler, kamuoyunun bu bilgiye ulaşmak için meşru bir çıkarı bulunup bulunmadığını değerlendirmemektedirler.^[9]
14. Komiser, gazetecilere yönelik ceza yargılamalarının, mevsuk olmayan suçlamalara dayandığını ve tümüyle gazetecilik faaliyetleri dışında hiçbir başka somut delilin bulunmadığını gözlemlemiştir. Bunun bir ifadesi olarak, Komiser, Ön Raporu’nda, Mahkeme’nin elindeki dosyanın başvurucları arasında yer alan *Cumhuriyet* gazetesi çalışanları ve yöneticileri hakkındaki sulh ceza hâkimliği tutuklama kararı hakkındaki kaygılarını dile getirmiştir. Bu gazeteciler, Ceza Kanunu’nun 220/6. maddesi uyarınca “terör örgütü üyesi olmaksızın örgüt lehine faaliyet yürütmek” ile suçlanmaktadır. Haklarındaki deliller, yalnızca, Cumhuriyet gazetesinde yayımlanmış bazı haberlerdir. Yerel mahkeme bu haberleri FETÖ (“Fethullahçı Terör Örgütü”) ve PKK (Kürdistan İşçi Partisi) silahlı terör örgütlerinin propagandası olarak değerlendirmiştir. Komiser, mahkemenin değerlendirmesinde ifade özgürlüğü hususuna hiç değinilmemiş olması, hem FETÖ hem de PKK için aynı anda propaganda yapma iddiasının açık imkânsızlığı –bu iki örgüt birbirlerine karşıtlar- ve yukarıda ifade olunan kamusal meseleler ile ilgili eleştirel gazete haberleri dışında, şüpheliler ile bu örgütler arasındaki bağlantıyı ortaya koyacak maddi delillerin eksikliği karşısında şoke olmuştur.
15. Benzer şekilde, aynı gazetede gazetecilik yapan ve başvurusu İHAM’da derdest bulunan Ahmet Şık ile ilgili tutuklama kararında, bu kişinin

[7] Bkz. *Döner and others v. Turkey*, 7 Mart 2017 tarihli karar, prgf. 102.

[8] *Ibid.*, CDL-AD(2017)007-e.

[9] CommDH(2017)5, *op.cit.*, prgf. 90.

PKK, Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi (DHKP/C) ve FETÖ örgütlerinin propagandası yaptığı ileri sürülmektedir. Komiser, Bay Şık hakkındaki bu iddiaların ciddi şekilde güvenilmez olduğunu gözlemlemektedir. Zira Komiser'in selefinin 2011 yılında Türkiye'ye gerçekleştirdiği ziyaret esnasında Bay Şık, Fethullah Gülen hareketinin Türk devletine sızışını teşhir etmesinin intikamı olarak, Gülençi savcılarının yürüttükleri, kasıtlı oldukları anlaşılan soruşturmalar nedeniyle tutuklu bulunmaktadır.

16. Komiser'in Ön Raporu'nda ele aldığı bir başka tutuklama kararı, terör örgütü üyeliği ve Ceza Kanunu'nun 312. maddesinde düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırma iddiasıyla tutuklanmış olan başvuru Ahmet Altan hakkındadır. Bir kez daha, hâkim tarafından göz önüne alınan yalnızca, Ahmet Altan'ın daha evvel genel yayın yönetmeni olduğu Taraf gazetesindeki editör köşesinde yazılanlar ile darbe girişiminden bir gece önce bir TV programında "askeri darbeye zemin hazırlama" olarak kabul edilen ifadeleridir.
17. Daha genel olarak, Komiser gazetecileri özgürlüklerinden mahrum bırakan tedbirlerin meşru ve orantılı olmadıklarının, aksine devlet kurumlarının fiil ve eylemlerine ilişkin araştırma ve değerlendirme yapmak isteyen herhangi bir araştırmacı gazeteci için oto sansür ortamı yaratılmasına katkı yaptıklarının altını çizer.

II. Özgürlükten Mahrum Bırakmaya Dair Gözlemler

18. Komiser ve selefinin daha evvel defalarca işaret ettikleri üzere, tutuklama tedbirinin aşırı kullanımı ve bu tedbir uygulanırken mahkemelerin yeterli ve geçerli muhakeme yürütmedeki eksiklikleri, Türkiye için, ifade özgürlüğü alanında ciddi olumsuz etkileri olan ve uzun süredir bilinen bir problemdir. Ön Raporu'nda Komiser, Türkiye'deki tutuklu gazeteci sayısının alarm verecek düzeylere ulaştığını belirtmiştir. TGS (Türkiye Gazeteciler Sendikası), TGC (Türkiye Gazeteciler Cemiyeti) ve DİSK (Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu)'e göre, olağanüstü hal döneminde 210 gazeteci tutuklanmıştır.^[10] Bu sayısının, söz konusu dönemde gözaltına alınmış, sorgulanmış ve adli kontrol ile serbest bırakılmış çok daha fazla sayıdaki gazeteciye içermediği ifade edilmelidir.
19. Ayrıca, Komiser'in Ön Raporu ile aynı dönemde, Avrupa Konseyi yürütücülüğündeki Gazeteciliğin ve Gazetecilerin Güvenliği Korunması

[10] CDL-AD(2017)007, *op.cit.*, prgf. 73.

Platformu, 20 Ocak 2017 tarihi itibarıyla, partner örgütlerinden gelen 250 acil mesajından 86'sının Türkiye ile ilgili olduğunu bildirmiştir –işbu metnin kaleme alınması esnasında 324 aktif mesajdan 77'si Türkiye ile ilgilidir.^[11]

20. Ceza yargılamasındaki yüksek tutuklama oranlarının arkasında yatan önemli nedenlerden biri, genellikle tutuklamanın ancak diğer seçenekler yetersiz kalacak ise ve daima masumiyet karinesine uygun bir şekilde uygulanması gereken istisnai bir tedbir olduğunu görmezden gelme şeklindeki yargı pratiğidir. Komiser, iddianame öncesi tutuklamaya ilişkin mevzuatta bir değişiklik olmamasına rağmen, gazetecilere ve insan hakları savunucularına uygulanan kısıtlayıcı tedbirlerin olağanüstü hal döneminde dramatik şekilde arttığını ifade eder. Komiser bir kez daha, bu davaların pek çoğunda gazetecilerin mevsuk olmayan suçlamalarla ve herhangi bir suç isnat edilemeyecek az sayıda veya hiç bulunmayan kesin olmayan karinelere dayalı olarak tutuklandıklarını üzülenek bildirir.
21. Komiser, olağanüstü hal nedeniyle alınan tedbirlerin, keyfi tutuklamalara karşı kullanılabilir bazı usuli güvenceleri de kısıtladığını bildirir. Bunlar arasında mahkeme kararı olmaksızın 30 güne çıkartılan gözaltı süreleri, avukata erişim hakkının kullanımına getirilen sınırlamalar (5 gün bu erişimi tümüyle ortadan kaldırmak da dâhil olmak üzere), avukat-müvekkil mahremiyetinin sınırlandırılması veya tümüyle ortadan kaldırılması sayılabilir. Bunların her biri şüphelilerin tutukluluklarına sonuç doğuracak şekilde itiraz edebilme kapasitelerini güçlü bir şekilde etkileme potansiyeline sahiptir. Bu tedbirler, gazetecilere yönelik ceza soruşturmalarının yürütüldüğü dönem olan, olağanüstü hal ilanını takip eden altı ay boyunca yürürlükte kalmıştır. Bu kısıtlamaların bir kısmı Ocak 2017'de çıkarılan bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile hafifletilmiştir. Örneğin mahkeme kararı olmaksızın gözaltında bulundurulma süresi 14 güne indirilmiş ve terörle ilgili suçlarda avukata erişim engeli yeniden 24 saate çekilmiştir. Ne var ki, diğer kısıtlamalar, avukat-müvekkil mahremiyeti de dâhil olmak üzere, geçerliliğini korumaktadır.
22. Ayrıca, ceza yargılaması sistemindeki verimsizlik, iddianame öncesi aşırı uzun tutukluluklara sebep olmaktadır. Gazeteciler, resmi bir iddianame olmaksızın, ön soruşturma ve delil toplama işlemleri savcılık tarafından yürütülürken aylarca tutuklu kalmışlardır.

[11] Bkz. Platform'un [websitesi](#)

23. Özellikle tutuklama gerekçeleri ile ilgili olarak, Komiser, iddianame öncesi tutuklama için şüphelinin suçu işlediğine dair makul şüphenin varlığı bir ön koşul ise de, tutukluluğun devamı için yalnızca bu gerekçenin yeterli olmadığını hatırlatır. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre "yerel mahkemeler, tutuklanan kişinin suçu işlediğine dair makul şüphe bulursa bile bir kişinin özgürlükten mahrum bırakılmasını gerekçelendirebilmek için 'geçerli' ve 'yeterli' neden göstermekle yükümlüdürler".^[12] Buna göre, ulusal yargı makamları tutuklama için gerekçe olacak mevsuk şartın varlığına veya yokluğuna ilişkin olguları değerlendirmeli ve özgül gerçekler ile kişinin bireysel koşullarını göz önüne almalıdırlar.^[13]
24. Gelgelelim, Komiser, makul şüphe ile ilgili olarak, davaların büyük çoğunluğunda gazetecilerin terör örgütüne dâhil olduklarını doğrulayan hiçbir delil olmaksızın terörle ilintili suçlamalarla itham edildiklerini üzülenek bildirir. Yukarıda ayrıntılandırıldığı üzere, Komiser'in Ön Raporu'nda ele alınan tutuklama kararları bu pratiği açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Komiser, gazetecilere karşı ileri sürülen suçlamaların ciddiliğine rağmen gösterilen somut delillerin yetersizliği ve iddianame öncesi tutukluğunun dayandığı yegâne zeminin halis gazetecilik faaliyetleri ve/veya kamusal ifade kullanımı olması karşısında şaşkın kalmıştır. Bu ifadeler, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifadelerdir ve bu kişilerin terör örgütleri ile ilişkilerini kanıtlayan deliller olarak kabul edilemez.
25. Diğer geçerli ve gerekli nedenler ile ilgili olarak Komiser, sulh ceza hâkimliğinin tutuklama kararlarının genellikle bir şablona ve muhakeme içermeyen soyut formüllere dayalı olduğunu, yalnızca yasanın lafzına gönderme yaptığını ve derin değerlendirmenin noksan olduğunu ifade eder. Özellikle *Cumhuriyet* gazetesi çalışanları ile Ahmet Altan'ın tutuklama kararları, başvuruçuların iddianame olmaksızın "suçun niteliği, delil durumu ve dosya içeriği" gibi belirsiz bir gerekçeyle, yargılama başlamadan neredeyse bir yılı tutuklu geçirmiş olmaları nedeniyle bu bağlamda vurgulanmaya değerdir. Komiser, kaygılarının Mahkeme'nin Türkiye aleyhine Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali olarak hükmettiği çeşitli kararları ile de teyit edildiğini ifade eder. *Şık v. Türkiye*^[14] ve *Nedim Şener v. Türkiye*^[15] kararları başta olmak üzere Mahkeme, detaylı sebep eksikliğinin, her ikisi de araştırmacı gazeteciler olan başvuruçuların

[12] Bkz. *Labita v. Italy* [GC], 6 Nisan 2000 tarihli karar, prgf. 153.

[13] Bkz. *Aleksanyan v. Russia*, 22 Aralık 2008 tarihli karar, prgf. 179.

[14] *Şık v. Turkey*, 8 Temmuz 2014 tarihli karar.

[15] *Nedim Şener v. Turkey*, 8 Temmuz 2014 tarihli karar.

iddianame öncesi tutuklanmaları için özgül delil olmadığını gösterdiği sonucuna varmaktadır. Mahkeme'ye göre genel sebeplerin basmakalıp sıralanması bu eksikliği giderecek bir çözüm değildir. Komiser, özellikle bir başvuru ile ilgili bir Mahkeme kararının varlığına rağmen, söz konusu kişi olan Ahmet Şık'ın, yargı pratiğinin açıkça alakasız kalması nedeniyle kendisini yeniden tutuklu bulmasını bilhassa talihsizlik olarak görmektedir.

26. Son olarak, Komiser ve selefi “katalog suçlar” olarak anılan kategorinin sorunlu niteliğine vurgu yapmışlardır. Bunlar devletin ve anayasal düzenin güvenliğine dair olanlar da dâhil olmak üzere Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sayılan suçlardır. Bu suçlarda, tutukluluğun diğer koşullarının, örneğin kaçma veya yargının işleyişini etkileme tehdidi gibi koşulların araştırılmasına gerek olmaksızın, yalnızca kişiye ilişkin kuvvetli şüphe bulunmasına dayalı olarak tutuklama kararı verilebilmektedir. Komiser, bu hukuki ön kabulün pratikte, listelenmiş suçlar ile ilgili olarak tutuklama kararlarının neredeyse kendiliğinden verilmelerine neden olduğunun ve Türk yargısı tarafından basmakalıp gerekçelerle iddianame öncesi tutuklama tedbirinin aşırı kullanımına sebebiyet verdiğinin altını çizer.

Tutukluluğunun Devamının Denetimiyle İlgili Meseleler

27. Komiser, Ön Raporu'nda, sulh ceza hâkimliği sistemine içkin problemlere dikkat çekmişti. Tek sulh ceza hâkiminin kararına karşı yine bir başka tek sulh ceza hâkimine başvuru şeklindeki denetim usulü de buna dâhildir.
28. Adalet Bakanlığı'nın Haziran 2016'da Komiser'e ilettiği rakamlara göre 2015'te tutuklama ile ilgili yapılan itirazların %21,5'i başarılı olmuştur. Bu sayıya tutuklamanın reddi kararına karşı savcının yaptığı itirazlar da dâhildir. Anılan yargısal oluşumlar hakkındaki görüşünde Venedik Komisyonu'nun da eleştiri konusu yaptığı^[16] bu yatay itiraz sistemi, sulh ceza hâkimliklerinin, 10. maddeyi çok daha iyi değerlendiren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, Türk mahkemelerinin içtihatlarıyla kaydettikleri olumlu gelişmeleri görmezden gelmelerine veya buna direnmelerine sebep olmaktadır.
29. Üstelik 667 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesiyle, olağanüstü hal boyunca, tutukluluğun devamı kararlarına yapılacak

[16] Venedik Komisyonu Görüşü No. 852 / 2016 on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships, CDL-AD(2017)004, 13 Mart 2017.

itirazların yalnızca dosya üzerinden görüşülmesi hükme bağlanmış, zanlıların salıverilme taleplerini yargıcın karşısına kendileri çıkarak ifade etme imkânları ellerinden alınmıştır. Sonuç olarak, işbu dosyalardaki başvuruçuların da aralarında bulunduğu tutuklular, duruşma öncesi aşamada, uzun bir süre bir yargıç tarafından dinlenmemişlerdir. Komiser, bu uygulamanın Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. paragrafının süregiden ve hukuka uygun olmayan tutuklamalara karşı etkin itiraz mekanizmaları gerekliliğinin ihlali olarak değerlendirildiğini hatırlatır.^[17]

30. Tutukluluk kararının denetim süreci, soruşturma dosyasına getirilen erişim kısıtlamalarından da olumsuz etkilenmektedir. Buna göre, tutuklanan zanlılar tutukluluklarının olgusal nedenleri ve deliller hakkında bilgilendirilmemekte; bu da devam etmekte olan tutukluluklarına etkin bir şekilde itiraz etme yeterliliklerini azaltmaktadır. Başvuruçuların durumlarına benzer davalarda Mahkeme'nin vermiş olduğu kararları hatırlatan Komiser, başvuruçuların veya temsilcilerinin soruşturma dosyasındaki esasa ilişkin bilgilere erişimlerinin engellenmesinin silahların eşitliği ilkesine ağır şekilde zarar verdiğinin altını çizer.^[18]
31. Son olarak, Komiser, sulh ceza hâkimliklerinin kararlarının Anayasa Mahkemesi'ne götürülebileceğinin farkındadır. Ne var ki, Komiser, Anayasa Mahkemesi önünde çok sayıda dosyanın uzunca bir süredir beklemekte olduğunu ve dava konusu hakların önemine ve Anayasa Mahkemesi'nin benzer dosyalardaki içtihatlarının –Mahkeme'nin standartlarına da uygun olarak- yerleşik olmasına rağmen tutuklu gazeteciler tarafından yapılan başvurular ile ilgili şu tarihe kadar hiçbir karar verilmediğini gözlemlemektedir.

III. Muhaliflerin Hedef Haline Getirilmesi ve Yargının İşlevine Dair Gözlemler

32. Öncelikle Komiser, ifade özgürlüğü hakkının söz konusu olduğu vakalarla ilgili terörle mücadele ve devletin güvenliği suçlarına dayalı olarak başlatılanlar da dâhil olmak üzere, soruşturma ve tutuklama talebi sayısındaki artışa işaret etmek ister. Adalet Bakanlığı'nın sunduğu sayılar, savcıların

[17] Örneğin bkz. *Hazni Bayam v. Turkey*, 18 Temmuz 2017 tarihli karar ve *Erişen and Others v. Turkey*, 3 Nisan 2012 tarihli karar, prgf. 53.

[18] *Hazni Bayam, op.cit.*, ve *Lazoroski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 8 Ekim 2009, prgf. 52.

216. maddeye (halkı kin ve düşmanlığa tahrik), 220/6 ve 7. maddeye (organize suç örgütü adına suç işleme ve yardım), 301. maddeye (Türk milletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama) ve 314. maddeye (silahlı örgüt üyeliği) dayanarak talep ettikleri tutuklamaların sayısının 2013'ten 2015'e üç kat arttığını ortaya koymaktadır. Aynı dönemde, mahkemelerin verdikleri tutuklama kararları dört kat artmıştır (1099'dan 3732'ye). Hükümetin, ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere, yargılamalara ilişkin tutumundaki değişim, resmi sayılarla da ortaya çıkmaktadır ve yargının tutumundaki sertliği destekler nitelikte görünmektedir. Böylece, örneğin soruşturma için Adalet Bakanlığı'nın iznini gerektiren 299. maddeye göndermeyle, 2013 yılında 85 dosyada, 2015 yılında (2476 izin başvurusu içerisinde) 1540 dosyada izin verildiği, 18 kattan fazla artış olduğu görülmektedir. Yalnızca 1 Ocak-30 Nisan 2016 arasında 2445 izin başvurusuna karşılık, 915 izin daha verilmiştir.^[19]
33. İfade özgürlüğü ile medya özgürlüğünün durumu darbe girişimini takip eden olağanüstü hal ilanından sonra daha da kötüleşmiştir. Hükümete muhalif oldukları düşünülen medya organlarının tümüyle kapatılması; belirli gazeteci gruplarını, insan hakları savunucularını, akademisyenleri ve sosyal medya kullanıcılarını hedef alan yargısal faaliyetler; gazetecilere yönelik çok sayıda tutuklama ve hakaret davalarındaki artış, özellikle hükümet politikalarına muhalif olanlar için ifade özgürlüğü alanının dramatik bir şekilde daralması ile sonuçlanmıştır. Keza geçtiğimiz yıl, bazı yabancı muhabirler de tutuklanmış, sınır dışı edilmiş veya Türkiye'de çalışma izinleri iptal edilmiştir.
34. Parlamento üyeleri de ifade özgürlüğündeki gerilemenin sonuçlarından mustarıplerdir. Söz gelimi, çoğunluğu muhalif parti üyelerinden oluşan bir grup milletvekilinin dokunulmazlıkları, *ad hoc*, "bir kereye özgü" ve "*ad homines*" tedbir olarak kaldırılmıştır. Bu milletvekillerinin büyük çoğunluğu parlamento çalışmaları esnasında dile getirdikleri ifadelerin sonucu olarak ceza soruşturmasına uğramış, bir kısmı milletvekilliklerini kaybetmiştir.
35. Keza, ifade özgürlüğünün bir başka ayağı olan akademik özgürlük de bu bozulmadan derin bir şekilde etkilenmiştir. Bu meyanda, sembolik bir örnek, onlara "sözde akademisyen" diyen Cumhurbaşkanı'nın ve bazı bakanların işaretini takiben "Barış Akademisyenleri" imzacılarını hedef alan disiplin cezaları, açığa almalar ve hatta cezai soruşturmalardır. Bunu,

[19] CommDH(2017)5, *op.cit.*, prgf. 52.

olağanüstü hal döneminde binlerce akademisyenin kanun hükmünde kararnamele ile ihraçları izlemiştir.

36. Temmuz 2017 gibi yakın tarihliler de dâhil olmak üzere, yaptığı bir dizi kamuoyu açıklamasında Komiser, hiçbir delile dayanmayan terör örgütü üyeliği iddialarıyla tutuklanan ve soruşturulan insan hakları savunucularını hedef alan endişe verici yargısal faaliyet artışı karşısındaki korkusunu ifade etmiştir.
37. Komiser, bu örneklerin de gösterdiği üzere, hâlihazırda Türkiye'de muhalif görüşler üzerinde açık bir baskıcı örüntü bulunduğu ve bu görüşleri dile getiren bireyler ile grupları hedef alan yargısal faaliyetin de bu örüntünün bir parçası olduğu şeklindeki görüşlerini paylaşmak durumundadır. Bazı gazetecilerin tutuklanmaları, bu nedenle, bu genel arka plan ile birlikte düşünülmelidir. Bu anlamda, Komiser, Türk resmi makamları tarafından bu davalarla ilgili ileri sürülen savunmanın, yani gazetecilerin gazetecilik faaliyetleri nedeniyle soruşturulmadıkları veya tutuklanmadıkları iddiasının, söz konusu suçları işlediklerine dair gösterilen “delillerin” yalnızca gazetecilik faaliyetleri olması nedeniyle geçerliğini koruyamadığını ifade eder.
38. Komiser, yukarıda açıklandığı üzere Türkiye'de ifade özgürlüğünün azalması hususunun, Türk yargısının tarafsızlık ve bağımsızlığının bozulması ile birlikte ilerlediğini altını çizer. Komiser'in Ön Raporu'nda da değindiği üzere, bununla ilgili kırılma noktası, 17 Aralık 2013 yolsuzluk soruşturmalarını takiben “paralel devlet” olarak anılmaya başlanan gelişmelerdir. Anayasa Mahkemesi, bu soruşturmaları takiben acilen gerçekleştirilen ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu (HSYK) ilgilendiren değişiklikleri engellerken, içerisinde hükümetin dikkate değer güç kazandığı HSYK, yargı mensuplarının zorla yerlerinin değiştirilmesi ve bunu soruşturmaların, açığa almaların ve ihraçların takip etmesi şeklinde, yargıya eskiden olduğundan daha etkin bir şekilde müdahale etmeye başlamıştır. Bu tedbirler görünüşte yargı içerisindeki Gülenci ağı hedef almakla birlikte, Komiser çok sayıda muhatabından, bu durumun yargı içerisinde genel bir kaygı ve korku ortamı yaratarak, devletçi tutumları güçlendirdiğini veya canlandırdığını ve örneğin ifade özgürlüğünü savunan tartışmalı kararlar vererek dikkati üzerine çekmekten kaçınma eğilimi oluşturduğunu işitmiştir. Bu durum, Türk yargısının siyasi atmosferden büyük oranda etkilendiği ve bu dönemde bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde yoğunlaşan baskılara uyum sağladığı şeklindeki yaygın kabulü güçlendirmektedir. Komiser bu baskıların olağanüstü halle birlikte ciddi şekilde ağırlaştığının altını çizer. Billhassa,

olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemeleriyle, bireysel muhakeme yürütülmeksizin, HSYK tarafından yargı mensuplarının neredeyse dörtte birinin meslekten ihraç edildiğini^[20] ve Anayasa Mahkemesi'nin üyesi olan iki hâkimi FETÖ ile irtibatlı oldukları gerekçesiyle ihraç ettiğini, bunun da anlaşılacağı üzere diğer hâkim ve savcılar için bir korku atmosferi yarattığını hatırlatır.

39. Komiser, Venedik Komisyonu, Yolsuzluk Karştı Devletler Grubu (*Group of States against Corruption*—GRECO), Avrupa Birliği ve Uluslararası Yargıçlar Birliği'nin de aralarında bulunduğu çeşitli uluslararası kuruluşun Türkiye'deki yargı bağımsızlığı ile ilgili benzer endişeleri dile getirdiğini bildirir.^[21]
40. Komiser, yürütmenin yargı makamlarının değerlendirmelerine doğrudan ve dolaylı müdahalesine ilişkin çok sayıda kayda ulaşmıştır. Özellikle 3 Nisan 2017 tarihli HSYK kararı karşısında şoke olmuştur. Söz konusu kararlar, aralarında işbu başvuruyu yapanların da bulunduğu 21 tutuklu gazetecinin salıverilmesine karar veren İstanbul 25. Ağır Ceza Mahkemesi hâkimleri açığa alınmış; dosya, ilk olarak gazetecilerin salıverilmesini talep eden savcıya tevdi edilmiştir. Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, bazılarına ilişkin farklı bir soruşturmanın alanına giren suçlamalara dayalı olarak aynı gün verdiği talimatla bu gazetecilerin hiçbirini salıverilmemiştir.
41. Yakın zamanda, Komiser, 16 Nisan 2017'de Türk seçmenlerin referandumda verdikleri oylarla geçerlik kazanan anayasa değişikliklerinin yargı bağımsızlığı üzerindeki etkileri hakkındaki endişelerini ifade etmiştir. Buna göre, HSYK'nın yeni yapılanması yargı bağımsızlığı için yeterli güvence sağlayamamakta ve siyasi etkilere açık olma riskini belirgin şekilde artırmaktadır.^[22]

[20] Nils Muižnieks, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, CommDH(2016)35, 7 Ekim 2016, prgf. 29.

[21] Sırasıyla bkz. *Venice Commission Declaration on Interference with Judicial Independence in Turkey*, 20 Haziran 2015; GRECO, *Evaluation Report on Turkey "Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors"*, Greco Eval IV Rep (2015) 3E, 16 Ekim 2015; *Commission staff working document, Turkey 2016 Report*, sections 2.3 and 2.43, 9 Kasım 2016 ve *Turkey: the Judicial System in Peril—A briefing paper* başlıklı International Commission of Jurists raporu, 2 Haziran 2016.

[22] Bkz. Komiser'in 7 Haziran 2017 tarihli açıklaması.

42. Bununla ilgili olarak, Komiser ayrıca, üst düzey resmi görevlilerin, kamu yararına bilgileri yayımlamış olmaları nedeniyle gazetecilerden “teröristler”, “hainler” veya “ajanlar” olarak söz ettiklerini de kaygıyla dile getirir. Bu iftiralar gazetecileri şiddet içeren saldırılara ve diğer nefret türlerine açık hale getirmektedir. Yukarıda açıklanan mevcut durum içerisinde, Komiser üst düzey resmi görevlilerin bu ifadelerinin yargıç ve savcılar üzerinde etki yaratacağına işaret eder. Komiser’in kaygılarının geçerliliği, Can Dündar ile Erdem Gül davasında ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin 25 Şubat 2016 tarihli, söz konusu gazetecilerin tutukluluğunu ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendiren kararı Adalet Bakanı ve Cumhurbaşkanı tarafından kamuoyu önünde ve sertçe eleştirilmiştir. Cumhurbaşkanı yüksek mahkemenin kararını “kabul etmediğini veya saygı duymadığını” söylemiştir. Komiser ilk derece mahkemesinin Bay Dündar ile Bay Gül’ü mahkûm eden 6 Mayıs 2016 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi’ni yargı yetkisinin dışına çıkmış olması nedeniyle, korkutucu şekilde Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı’nın kelimelerini kullanarak eleştirdiğini ifade eder.
43. Daha evvel de ifade edildiği üzere, daha evvel Mahkeme’nin Sözleşme’nin 5 ve 10. maddeleri ile ilgili içtihatları doğrultusunda çok sayıda karar vermiş olan Anayasa Mahkemesi, sözü edilen Can Dündar-Erdem Gül davası ve işbu başvurudaki başvurucular da dâhil olmak üzere, tutuklu gazeteci davalarında, tehdit altında olan hakkın önemine ve iddiaların ağırlığına rağmen bir karar vermemiştir. Bunun nedeni, Anayasa Mahkemesi’nin darbe girişimi sonrasında ortaya çıkan çok sayıda başvuru nedeniyle aşırı işyükü ile karşı karşıya kalması da dâhil olmak üzere farklı faktörlere dayalı olabileceği gibi, Komiser, bu bölümde ifade olunan yargının tarafsız ve bağımsız işleyişini engelleyen ciddi kısıtların da temel bir rolü olabileceği kaygısını paylaşmak zorundadır.

Sonuçlar

44. Komiser, son dönemde gazetecilere yönelen tutuklama ve soruşturmaları, şu anda Türkiye’de egemen olan, muhalif veya resmi makamların eleştirisini içeren ifadelerle yönelik daha geniş baskı örüntüsünün bir parçası olarak görmektedir. Aşağıdaki sebeplerle, bu tutuklama ve soruşturmaların insan hakları ihlali sonucunu doğurduğunu ve hukuk devletini zayıflattığını düşünmektedir:
- Devlet güvenliği ve teröre ilişkin bazı cezai düzenlemeler, içerdikleri muğlak ifadeler ve terör propagandası, terör örgütüne yardım gibi

kavramların çok geniş yorumlanması nedeniyle, şiddetle ilgili olmadıkları apaçık görülen ifadeler ve kişilere karşı keyfi uygulanmaya imkân tanımaktadır. Darbe girişiminin ardından çok sayıda gazeteci, ifade özgürlüğü hakkının meşru kullanımından kaynaklı fiilleri nedeniyle bu tür düzenlemelere dayalı olarak mevsuk olmayan terör bağlantısı suçlamaları ile karşı karşıya kalmıştır.

- Gazetecilerin bu tür ağır suçlamalarla tutuklanmaları ve soruşturulmaları, tümüyle meşru gazetecilik faaliyetleri üzerinde önleyici bir etki yaratmakta; kamusal tartışmaya katılmak isteyenler arasında oto sansürün yaygınlaşmasına katkı yapmaktadır.
- Yerel mahkeme kararları genellikle, tatmin edici bir muhakeme ve güvenilir delillere yapılan atıflar içermeyip, zanlının bireysel koşullarını veya davanın olgusal zeminini açıklayamamakta; iddianame öncesi tutuklama tedbirine başvurulması veya tutukluluğun uzatılması gerekliliğini gerekçelendirmekte yetersiz kalmaktadır. “Katalog suçlar” olarak ifade edilen yasal kabul bu uygulamayı artırmaktadır.
- Olağanüstü hal döneminde alınan, yargıç önüne kişisel olarak çıkma hakkı ile soruşturma aşamasında dosyaya erişimi sınırlandıran tedbirler, tutukluluğa sonuç doğurabilecek şekilde itiraz edebilme hakkını önemli ölçüde ortadan kaldırmıştır.
- Yalnızca gazetecileri değil, ifade özgürlüğü haklarını kullanan insan hakları savunucularını, akademisyenleri ve parlamento mensuplarını hedef alan çeşitli yargısal faaliyet örnekleri, ceza yasaları ve usullerinin yargı tarafından hâlihazırda muhalif sesleri susturmak için kullanıldığını göstermektedir.
- Türkiye’de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının aşınmasının ortaya çıkardığı bir sonuç olarak şu anda ifade özgürlüğü hakkını korumak giderek daha da zorlaşmaktadır.

Bu arka plan bilgisi çerçevesinde, şu anda Türkiye’de gazetecilere yönelik uygulanan iddianame öncesi tutuklama tedbirinin, Sözleşme’de bunun için öngörülmüş herhangi bir meşru amaçla bağdaştırılabilmesi, Komiser’e göre hayli zordur.

Strazburg, 15 Mart 2016

CDL-AD(2016)002

Görüş No. 831/2015

Orijinal Dil: İngilizce

**HUKUK ARACILIĞIYLA DEMOKRASİ İÇİN
AVRUPA KOMİSYONU (VENEDİK KOMİSYONU)**

TÜRK CEZA KANUNUNUN

216, 299, 301 VE 314.

MADDELERİNE İLİŞKİN

GÖRÜŞ

Ms. Veronika BÍLKOVÁ (*Üye, Çek Cumhuriyeti*),

Ms. Sarah CLEVELAND (*Üye, ABD*),

Mr. Jorgen Steen SØRENSEN (*Üye, Danimarka*),

Ms. Herdis KJERULF-THORGEIRSDOTTIR (*Üye, İzlanda*),

Mr. Pieter VAN DIJK (*Uzman, Eski Üye, Hollanda*)

tarafından hazırlanan değerlendirmelere istinaden

Venedik Komisyonu'nun 106. Genel Kurulu'nda

(Venedik, 11-12 Mart 2016)

kabul edilmiştir

Çeviri: Kasım AKBAŞ

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Ocak 2015 tarihinde kabul edilen 2035 (2015) sayılı, Avrupa'da gazetecilerin güvenliğinin ve medya özgürlüğünün korunmasına ilişkin kararında Venedik Komisyonundan “*Türk Ceza Kanununun 216, 301 ve 314. maddelerinin Avrupa insan hakları standartlarına uygunluğunu değerlendirmesini*” istemiştir. Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesi, 2 Kasım 2015 tarihli toplantısında, Venedik Komisyonundan Türk Ceza Kanununun 299. maddesine ve pratikte uygulanmasına dair değerlendirmesini genişletmesini istemiştir.

2. Venedik Komisyonu, Ms. Veronika Bílková, Ms. Sarah Cleveland, Mr. Pieter van Dijk, Mr. Jorgen Steen Sørensen ve Ms. Herdis Kjerulf Thorgeirsdottir'i raportör olarak atamıştır.

3. 13-14 Ocak 2016'da Venedik Komisyonundan bir heyet Ankara'yı ziyaret ederek Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay Başkanlığı, Türkiye Barolar Birliği temsilcileri, Ombudsmanlık, Anayasa Mahkemesi, parlamentoda temsil olunan siyasi partiler, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı sözcüleri ve çeşitli sivil toplum kuruluşları ile toplantılar gerçekleştirmiştir.

4. Venedik Komisyonu Türk makamlarına ve diğer paydaşlara, bu ziyaret esnasındaki işbirlikleri için müteşekkirdir.

5. Görüş, Temel Haklar ve Demokratik Kurumlar Alt Komitesinde tartışıldıktan sonra Venedik Komisyonunun 106. Genel Kurulunda kabul edilmiştir (Venedik, 11-12 Mart 2016).

II. İlgili Düzenlemeler

6. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bireysel haklar ve ödevlere dair bir fihrist muhteva etmektedir (madde 17-40). Bu fihristte, *inter alia* [diğerlerinin yanı sıra], haberleşme hürriyeti (madde 22), din ve vicdan hürriyeti (madde 24), düşünce ve kanaat hürriyeti (madde 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (madde 26), basın hürriyeti (madde 28), dernek kurma hürriyeti (madde 33) ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (madde 34) yer almaktadır.

7. Mevcut Türk Ceza Kanunu (No. 5237) Türkiye Büyük Millet Meclisi (“Meclis”) tarafından 26 Eylül 2004'te kabul edilmiş ve 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanun, 340'dan fazla hükmün yer aldığı mürekkep bir düzenlemedir.

8. Madde 216 halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılamayı cezalandırmayı öngörmektedir ve şu şekilde kaleme alınmıştır:

(1) *Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tabrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

9. Madde 299 cumhurbaşkanına hakaret suçuna dair cezai sorumluluğu düzenlemektedir. 29 Haziran 2005 tarih 5377 sayılı Kanun ile değişik hali şu şekildedir:

(1) *Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *(Değişik: 29/6/2005 – 5377/35 md.) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.*

(3) *Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.*

10. Madde 301, 29 Nisan 2008 tarih ve 5759 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılamayı cezalandırmayı düzenlemektedir. Düzenleme şu şekildedir:

(1) *Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*

(3) *Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*

(4) *Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.*

11. Madde 314, silahlı örgüt kurmayı, yönetmeyi veya böyle bir örgüte üye olmayı cezaya bağlamaktadır. Düzenleme şu şekildedir:

(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.

12. Türk Ceza Kanununun 220. maddesi (“Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma”), 314. maddenin uygulanmasında özel bir öneme sahiptir. Yargıtay’ın son dönemdeki çok sayıda kararında 314. madde, üçüncü fıkradaki “örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler” atfı dolayısıyla 220. madde ile birlikte uygulanmaktadır. Söz konusu madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

(1) Kanunun suç saydığı filleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

(7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

(8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.^[1]

III. Uluslararası ve Avrupa İnsan Hakları Standartları

A. İfade Özgürlüğü

13. Türkiye *Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi* (UMSHS) ve *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi* (İHAS) da dâhil olmak üzere, temel uluslararası insan hakları düzenlemelerinin hepsine taraf olmuş bir devlettir.

14. İfade özgürlüğü *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin* 19., UMSHS'nin 19. ve İHAS'ın 10. maddesinde güvence altına alınmıştır.

15. İfade özgürlüğü hakkının kullanımına kısıtlamalar getirilebilir. Bu kısıtlamalar İHAS'ın 10(2)nci maddesi ile UMSHS'nin 19(3)ncü maddesinin (a) ve (b) bentlerinde öngörülen gerekleri karşılamalıdır. a) Kanunilik: Kısıtlama “kanun ile öngörülmüş” olmalıdır (İHAS madde 10(2) ve UMSHS madde 19(3)). Kanun yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir olmalı, yani “*yurttaşların nasıl davranacaklarını bilebilecekleri kadar kesin bir şekilde ifade edilmelidir*”^[2]. “*Ulusal hukukta, sözleşmeyle güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı bir hukuki koruma ölçütü*” bulunmalıdır^[3]. b) Meşruluk: Kısıtlama meşru bir amacın sağlanmasına yönelik olmalıdır. İHAS madde 10(2) ve UMSHS madde 19(3)'te böyle bir meşru amaçlar listesi, sınırlı sayı ilkesi ile sıralanmıştır. c) Demokratik toplum için gereklilik: Kısıtlama “açık, zorlayıcı ve özel bir sosyal ihtiyaca”^[4] karşılık gelmeli ve “elde edilmeye çalışılan meşru amaç ile orantılı”^[5] olmalıdır.

[1] 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanununun 11. maddesiyle, bu fıkrada yer alan “veya amacının” ibaresi “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” şeklinde değiştirilmiştir.

[2] İHAM, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 6538/74, 26 Nisan 1979, prgrf. 49.

[3] İHAM, *Malone v. the United Kingdom*, Başvuru No. 8691/79, 2 Ağustos 1984, prgrf. 67.

[4] İHAM, *Vajnai v. Hungary*, Başvuru No. 33629/06, 8 Temmuz 2008, prgrf. 51.

[5] İHAM, *Parti Nationaliste Basque – Organisation Régionale d'Iparralde v. France*, Başvuru No. 71251/01, 7 Eylül 2007, prgrf. 45. Ayrıca bkz. Madde 19' dair 34 sayılı Genel Yorum: Kanaat ve ifade özgürlükleri, İnsan Hakları Komitesi (2011), prgrf. 22 ve 34.

16. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, sırasıyla İHAS madde 10 ve UMSHS madde 19'un yorumlanması ve uygulanmasına dair zengin bir içtihat birikimine sahiptir. Bu bağlamda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) Türk Ceza Kanununun, bu görüşte tartışılanlar da dâhil olmak üzere, hükümlerini (gerek mevcut gerekse eski halleriyle) çeşitli kereler değerlendirmiştir.^[6]

17. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, aşağılama ile ilgili olarak çeşitli hükümler oluşturmuştur. Bunlar arasında *kutsallara küfür, dini aşağılamalar ve dine dayalı nefret söylemi hakkında* 29 Haziran 2007 tarih ve 1805 (2007) sayılı tavsiye kararı; ve kutsallara küfrün suç olmaktan çıkarılmasına yönelik 4 Ekim 2007 tarih ve 1577 (2007) sayılı karar ile aynı tarih ve 1814 (2007) sayılı tavsiye kararı da bulunmaktadır. Keza, *basın özgürlüğü ve çatışma bölgelerindeki gazetecilerin korunmasına dair* 28 Nisan 2005 tarih ve 1438 (2005) sayılı karar ile aynı tarih ve 1702 (2005) sayılı tavsiye kararı; *Gazetecilerin yaşamlarına ve ifade özgürlüklerine yönelik tehditler hakkında* 27 Şubat 2007 tarih ve 1535 (2007) sayılı karar; ve *Avrupa'da gazetecilerin güvenliğinin ve medya özgürlüğünün korunması hakkında* 29 Ocak 2015 tarih ve 2035 (2015) sayılı karar ile aynı tarih ve 2062 (2015) sayılı tavsiye kararı örneklerinin de gösterdiği üzere gazetecilerin korunmaları ile de ilgilenilmiştir.

18. Venedik Komisyonu kutsallara küfür düzenlemeleri ile ilgili iki görüş oluşturmuş^[7] ve ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü ilişkisine dair bir genel inceleme gerçekleştirmiştir^[8].

[6] Örneğin bkz. İHAM, *Incal v. Turkey*, Başvuru No. 22678/93, 9 Haziran 1998; *Pakdemirli v. Turkey*, Başvuru No. 35839/97, 22 Şubat 2005; *Sirin v. Turkey*, Başvuru No. 47328/99, 15 Mart 2005; *Artun and Güvener v. Turkey*, Başvuru No 75510/01, 26 Haziran 2007; *Siz v. Turkey*, Başvuru No. 895/02, 26 Mayıs 2005; *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, Başvuru No. 27520/07, 25 Ekim 2011.

[7] Venedik Komisyonu, CDL-AD(2013)024, *Opinion No. 692/2012 on the Legislation Pertaining to the Protection against Defamation of the Republic of Azerbaijan*, 14 Ekim 2013; CDL-AD(2013)038, *Opinion No. 715/2013 on the Legislation on Defamation of Italy*, 9 Aralık 2013.

[8] Venedik Komisyonu, CDL-AD(2008)026, Study No. 406/2006, *Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred*, 23 Ekim 2008.

B. Türkiye'deki İfade Özgürlüğüne İlişkin Kararlar, Raporlar ve Tespitler

19. AGİT Medya Özgürlüğü Heyeti Türk Ceza Kanununu henüz tasarı aşamasında iken 2005'te değerlendirmiştir^[9]. Raporda, bu görüşün de konusu oluşturan ifadeyi cezalandıran üç hüküm eleştirilmektedir (Madde 216, 299 ve 301).

20. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 2011 tarihli, Türkiye'de ifade ve medya özgürlüğüne odaklanan raporunda “*Türk Ceza Kanununda yapılan çeşitli değişikliklerin (...) ifade özgürlüğünün güvencesini sağlamak konusunda yeteri kadar tesirli olmadığını*” belirtmektedir^[10]. 216 ve 301. maddelerin, Türk Ceza Kanununun “*gazeteciler, yazarlar ve insan hakları savunucularına karşı sürdürülen*” ceza kovuşturmalarının hukuki temelini oluşturdukları açıkça ifade edilmektedir^[11].

21. Komiser aynı raporda, mevcut yasal düzenlemelerin hâkim ve savcılar tarafından yorumlanıp uygulanmasındaki orantısızlık, ceza yargılaması ile tutukluluk sürelerinin aşırı uzunluğu, derdest davada sanıkların aleyhlerine olan kanıtlara erişimde yaşadıkları sıkıntılar ve Türkiye'deki ifade özgürlüğü üzerinde apayrı *çaydırıcı bir etki* yaratarak Türk medyasında bir *otosansüre* sebebiyet verecek şekilde, savcıların ceza davası açmalarına dair kısıtlılıkların eksikliği hususlarındaki kaygılarını ifade etmektedir^[12].

22. Aralık 2014'te, *inter alia* [diğerlerinin yanı sıra], gazeteci ve medya çalışanlarının terör örgütü kurma ve üyesi olma (madde 314) ithamıyla tutuklanmalarını takiben Komiser şu tespitte bulunmaktadır: “*(...) Türkiye'de medya özgürlüğü problemi uzun bir geçmişe sahiptir ve bu tür tedbirler, Türkiye'nin son yıllarda büyük çabalarla gösterdiği gelişimi ortadan kaldırma riskini içermektedir. [Bu tutuklamalarla] Şiddet ve saldırı tehdidi de dâhil olmak üzere, zaten yoğun baskı altında olan gazetecilere ve ülkedeki muhaliflere yeni bir tehdit mesajı yollanmıştır. Türk toplumunu daha da kutuplaştırması ve devletin insan haklarını güvence altına alma yeterliliğine dair güvensizliği arttırması da muhtemeldir. Resmi otoritelere basın özgürlüğü ihlallerini durdurmalarını, hukuk devletinin*

[9] AGİT, *Review of the Draft Turkish Penal Code: Freedom of Media Concerns*, Viyana, Mayıs 2005.

[10] CommDH(2011)25, s. 2.

[11] *Ibid.*, prgrf. 16.

[12] *Ibid.*

gereklerine ve insan haklarına saygılı bir şekilde hareket etmelerini ısrarla tavsiye ediyorum.”^[13].

23. BM Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi (CERD) 2009’daki ifadesiyle “*Türk Ceza Kanununda gerçekleştirilen değişiklik ile madde 301’de artık ‘Türklük’ yerine ‘Türk Milleti’nin kamuya açık şekilde cezalandırılması öngörülmekte ve bu suçun soruşturulması Adalet Bakanlığının ön izin koşuluna bağlanmışsa da, Komite yeni düzenlemenin de Sözleşmede güvence altına alınan haklarını savunan kişilere karşı kullanılabilmesi endişesini taşımaktadır.*”^[14] demektedir.

24. BM İnsan Hakları Komitesi, Kasım 2012’de yayımlanan Türkiye gözlemleri değerlendirmesinde madde 216 ve 314 de dâhil olmak üzere, ceza kanununda yer alan bazı düzenlemelerin ifade özgürlüğü üzerinde olumsuz etkisi olabileceği yolundaki kaygılarını ifade etmiştir. Komite şu endişesini dile getirmiştir: “*İnsan hakları savunucuları ve medya çalışanları mesleklerini icra ederken suçlamalara maruz kalmaya devam ediyorlar, (...) dolayısıyla açık kamu yararı olan meselelerle ilgili olarak eleştirel pozisyonun veya eleştirel haberlerin ifade edilmesine yönelik engellemeler, taraf Devlet’teki ifade özgürlüğünü olumsuz etkilemektedir*”. UMSHS’nin 19. maddesine dair genel yaklaşımı ile uyumlu olarak, Komite Türkiye’ye, *inter alia*, “insan hakları savunucuları ile gazetecilerin işlerini soruşturulma ve karalanma tehdidi yaşamaksızın icra edebilmesinin sağlanmasını” ve “*aşışlamayı suç olmaktan çıkarmayı ve her halükârda, bu meseleyle ilgili olarak ceza kanunun ancak çok ciddi durumlarda tatbik edilmesi halinde bile hapis cezasının hiçbir şekilde uygun bir yöntem olamayacağını göz önüne almasını*” önermektedir^[15].

25. Avrupa Komisyonu çok kısa bir süre önce 2015 İlerleme Raporunda Türkiye’nin insan hakları kayıtlarını değerlendirmiştir. *Inter alia*, şu ifadeler yer almıştır: “*Ceza Kanununda (...) ifade özgürlüğünü sınırlandıran ilgili düzenlemelerin hiç biri değiştirilmemiştir. Ceza Kanunundaki aşışlama veya 314.*

[13] Komiser’in Türkiye’deki gazeteci tutuklamaları ile ilgili kaygıları: <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-arrest-of-journalists-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>

[14] UN Doc. CERD/C/TUR/CO/3, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 24 Mart 2009, prgrf. 16. Ayrıca bkz. UN Doc. A/HRC/15/13, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Turkey, 17 Haziran 2010.

[15] UN Doc. CCPR/C/TUR/CO/1, Concluding observations on the initial report of Turkey, 13 Kasım 2012, prgrf. 24.

maddedeki silahlı örgüt üyeliği gibi gazetecilerin yargılanmasında kullanılan bazı düzenlemelerin değiştirilmesi gerekmektedir”^[16].

26. 14 Ocak 2016’da kolluk güçlerinin, Türkiye’nin güneydoğusunda devam etmekte olan askeri harekâtın sona erdirmesi çağrısı yapan ve hükümeti uluslararası hukuku ihlal etmekle itham eden bir dilekçeyi birlikte imzalayan 1000’den fazla akademisyenden 27’sini gözaltına aldığı bildirilmiştir^[17]. Gazete haberlerine göre bu akademisyenlere karşı “terör propagandası” ve devleti aşağılama (TCK md. 301) gerekçesi ile soruşturma başlatılmıştır^[18]. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği 15 Ocak 2016 tarihinde, akademisyenlerin gözaltına alınmaları ile ilgili endişelerini ifade etmiştir^[19].

IV. Analiz

A. İlk Değerlendirmeler

27. Devletler, insanların kendilerini ifade etmelerine ve kamusal münazaraya korkusuzca katılmalarına izin veren, farklı ve alternatif fikirlerin gelişebileceği *uygun bir ortam* yaratma yükümlülüğü altındadırlar^[20]. Bu yükümlülük devletlere, toplumda bir *cayma etkisi* yaratacak şekilde, meşru ifade serbestisi kullanımına yönelik hukuki yaptırım tehdidi nedeniyle cesaret kırıcı tedbirler almama, zorunluluğu da getirmektedir^[21].

[16] SWD(2015)216Final, Turkey: 2015 Report, 10 Kasım 2015, ss. 63-64.

[17] <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/15/turkey-rounds-up-academics-who-signed-petition-denouncing-attacks-on-kurds>. Tam metin için bkz. <http://www.ibtimes.co.uk/turkish-dons-arrested-full-text-declaration-criticising-military-campaign-against-kurdish-1538161>

[18] http://www.nytimes.com/2016/01/16/world/europe/turkey-kurds.html?_r=0 ve <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/01/15/97001-20160115FILWWW00042-turquie-des-signataires-d-une-petition-arretes.php>

[19] “Bugün Türkiye’den gelen, bazı akademisyen ve aydınların gözaltına alındığı haberleri endişe vericidir. Türkiye’nin terör saldırıları ile karşı karşıya bulunduğu bu zor zamanlarda herkesi şiddete ve teröre karşı güçlerini birleştirmeye ve ifade özgürlüğü de dâhil olmak üzere insan haklarına saygılı olmaya davet ediyorum. Durumun vahametini azaltacak hiçbir çabadan kaçınılmamalıdır.”

[20] İHAM, *Dink v. Turkey*, Başvuru no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010, prgrf. 137.

[21] Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi gazeteciliğin ve gazeteciler ile diğer medya aktörlerinin güvenliklerinin korunması hakkında bildirme, Bakan Temsilcilerin 30 Nisan 2014 tarih 1198 sayılı toplantısında kabul edilmiştir.

28. Venedik Komisyonu'nun Ankara ziyareti sırasında, resmi makamlar, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından ve ifade özgürlüğü ile ilgili olarak ilkesel bir yaklaşımla insan hakları standartlarına uygun olarak verilmiş karar örnekleri sunmuşlardır. Örneğin 4 Haziran 2015 tarihli, bireysel başvuru kapsamında görülen dosyada Anayasa Mahkemesi, alt derece mahkemesinin Türk Ceza Kanununun 125. maddesi uyarınca suçlu bulunduğu başvuru (ünlü bir köşe yazarı ve gazeteci) bireysel ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, İHAM içtihatlarıyla da uyumlu bir şekilde, siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilirlik sınırlarının, özel kişilere yönelik eleştiriler için öngörülenden daha geniş olması gerektiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, sağlıklı bir demokraside hükümetin yalnızca yasama ve yargı organları değil, aynı zamanda medya/basın veya diğer siyasi failer gibi kurumlarca da denetlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir^[22].

29. Türk Ceza Kanununun 216. maddesi (eski 312. madde) son zamanlarda, dini değerlere hakaret ve aşağılama içerdiği iddia olunan ifadelerin cezalandırılması için sık sık kullanılmaktadır. 2012'de ünlü besteci ve piyanist Fazıl Say, 11-12. yüzyılda yaşamış Ömer Hayyam'a atfedilen bir şiirin dizelerini tvtlediği gerekçesiyle madde 216(3) uyarınca suçlanmıştır. Eylül 2013'te dini değerlere hakaret nedeniyle 10 ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Yargıtay, 12 Ekim 2015 tarihli kararında ilk derece mahkemesinin kararını şu gerekçeyle bozmuştur: "*sanığın suça konu olan ifadelerinin kamu güvenliği için açık, kesin ve ciddi bir tehdit oluşturmadığı, şiddete çağrı yapmadığı ve sanığın ifade özgürlüğünü kullandığı...*"^[23].

30. Resmi makamlar ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, devam etmekte olan ifade özgürlüğü davaları ile ilgili olarak Yargıtay'ın farklı dairelerine yazdığı görüşleri de sunmuşlardır^[24]. Bunların pek çoğunda ilgili Yargıtay dairesine, dava konusu ifadelerin şiddet içermediği, ifade özgürlüğü güvencesi altında olduğu ve demokratik bir devlette otoritelerin bu tür eleştirileri tolere etmesi gerektiğinden bahisle bozma yönünde görüş bildirmiştir.

31. Venedik Komisyonu, şiddet içermeyen ifadelerle ilişkin yargılamalarda ulusal yüksek mahkemenin İHAM gerekleri ile uyumlu hareket ettiği bu örnekleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamelerindeki ilkeli

[22] Anayasa Mahkemesi, 4 Haziran 2015 tarih ve 2014/12151 sayılı karar, 1 Temmuz 2015 tarihli Resmi Gazete.

[23] Yargıtay, E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Ekim 2015.

[24] Türk hukuk sisteminde, ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edildiğinde dosya ilk olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gitmektedir. Başsavcı dosya hakkındaki görüşlerini (tebliğname) ilgili Yargıtay dairesine sunmaktadır.

yaklaşımı memnuniyetle karşılamaktadır. Yüksek mahkemelerin kılavuzluğu alt derece mahkemelerin kendi kararlarında insan hakları standartlarını yorumlayıp uygulamalarında büyük önem taşımaktadır. Ne var ki, Venedik Komisyonu, bu görüşe konu olan düzenlemeler ile ilgili, özellikle gazetecilere yönelik, soruşturma ve kovuşturmaların sayısal yoğunluğunu kamuyu ilgilendiren meselelerle ilgili görüşlerin ifadesi üzerinde kısıtlayıcı bir etkisi olduğu ve sonuç olarak ortaya çıkan otosansürün, zorunlu bir şekilde yüksek mahkemenin hakları sınırlandıran nihai kararları ile olmasa da, soruşturma, kovuşturma ve uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri gibi resmi makamların aldıkları tedbirler ile ortaya çıkabileceğini, böylece ifade özgürlüğünün engellenmesi sonucu doğabileceğini düşünmektedir.

32. İHAM, bir dizi davada, sanıklara karşı 159. madde (eski 301. madde) kapsamında yürütülen ceza yargılamalarının^[25] veya ceza soruşturmalarının^[26] veya ilgili ya da yeterli bir gerekçe olmaksızın başvuru uzunu uzun süre tutuklu kalmış olmasının^[27], yargılama sonucunda kesin mahkûmiyet kararına varılmamış olsa dahi, ifade özgürlüğü hakkının engellenmesi anlamına geldiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu tedbirlerin ve özellikle uzun tutukluluğun, başvurucuların kamu yararını ilgilendiren meselelerde kendi görüşlerini ifade isteklerini engelleyici bir etki yarattığını ve bu önlemlerin bir otosansür iklimi oluşturduğunu görmüştür.

33. Sonuç olarak, bu analiz, devletin aynı zamanda şiddet içermeyen görüşlerin meşru ifadesinin önündeki engelleyici etkiyi kaldırmakla da yükümlü olduğu bilgisi ışığında değerlendirilmelidir. Bu anlamda, yalnızca yüksek mahkeme kararları değil, söz konusu hukuki düzenlemeler kapsamında sürdürülen cezai soruşturma, kovuşturmalar ile tutuklulukların sayısı da önemlidir.

B. Madde 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)

34. Bu hükmün her bir paragrafı ayrı bir suç düzenlemektedir: halkın farklı kesimleri arasında nefret ve düşmanlığa tahrik/teşvik (md. 216/1); halkın bir kesimini alenen aşağılama (md. 216/2) ve halkın bir kesiminin dini değerlerini alenen aşağılama (md. 216/3). Bu düzenlemenin ilk iki paragrafında konu edilen suçların işlenebilmesi için “aşağılamanın” sosyal köken, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölgesel farklılık temelli olması gerekmektedir.

[25] İHAM, *Dilipak v. Turkey*, Başvuru no. 29680/05, 15 Eylül 2015 (nihai değil)

[26] İHAM, *Taner Akçam v. Turkey*, Başvuru no. 27520/07, 25 Ekim 2011.

[27] İHAM, *Nedim Sener v. Turkey*, Başvuru no. 38270/11, 8 Temmuz 2014.

35. Resmi makamların sunduğu bir açıklayıcı nota göre, ilk paragraftaki “kine tahrik” “somut bir saygısızlık ve yadsımanın ötesinde, nesnel olarak halkın bir kesimine yönelik düşmanlığı teşvik edebilecek” nitelikte olmalıdır. “Kin” ve “düşmanlık” terimleri “incitmek üzere tasarlanmış ve ortadan kaldırmayı amaçlayan, nefrete dayalı duygulara kaynaklık eden psikolojik durumu” ifade etmektedir. Ayrıca, ilk maddedeki suçun işlenebilmesi için “kin veya düşmanlığa tahrikin” kamu güvenliği için açık ve kesin bir tehlike oluşturması gerekmektedir. Yargıç verili durumda somut olaylara dayalı olarak kamu güvenliği tehlikesinin, ilk maddede yazılı suçun işlenmesi için yeterli olup olmadığını değerlendirerek karar verecektir. Açıklayıcı not ayrıca Türk Ceza Kanununun 218. maddesinden hareketle, haber vermenin ötesine geçmeyen eleştiri veya fikir açıklaması şeklindeki beyanların bir suç olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu çerçevede, notta, yalnızca şiddete çağrı yapan ifade formlarının madde 216’nın ilk paragrafının ihlali anlamına geleceği sonucuna varılmaktadır.

36. Türk Ceza Kanununun mevcut 216/2nci maddesi eski Türk Ceza Kanununun 312. maddesi yerine ikame edilmiştir^[28]. İHAM, eski Türk Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca hüküm giymiş çok sayıda kişinin dosyasını ele almıştır^[29]. Bu davalarda İHAM, kin ve düşmanlığa tahrikte bulunduğu veya suçu veya suçluyu övdüğü ileri sürülen bir yazı veya kitap yayımlamaktan kaynaklandığı gerekçesiyle ceza alan başvurucular için, 10. maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, her ne kadar bu yayınlar kamu politikalarına (ve özellikle terörle mücadelede kullanılan önlemlere) yönelik sert bir eleştiri içerseler de, kin ve şiddete tahrik etmediklerine veya uygulanan yaptırımın müdahale ile amaçlanan meşru amaç ile orantılı olmadığına hükmetmiştir.

37. Devletin terörle mücadele yöntemlerini eleştirmek, *Dicle v. Turkey*^[30] vaka-sındaki gibi “aşırı olumsuz bir Türk Devleti resmederek, anlatımına düşmanca

[28] İlgili düzenleme şu şekildedir:

“ (1) Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve iki bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.

(2) Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin liradan on iki bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. (...)”

[29] Bkz. İHAM, *Incal v. Turkey*, Başvuru No. 22678/93; *Birdal v. Turkey*, Başvuru No. 53047/99; *Ceylan v. Turkey*, Başvuru No. 23556/94; *Dicle v. Turkey*, Başvuru No. 34685/97; *Gümüüş and others v. Turkey*, Başvuru No. 40303/98; *Gündüz Müslüm v. Turkey*, Başvuru No. 35071/97; *Yarar v. Turkey*, Başvuru No. 57258/00.

[30] İHAM, *Dicle v. Turkey*, 10 Şubat 2005.

bir ton vermek” şeklinde, tartışmalı ifadeler içerse bile, İHAM tarafından şiddete, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik edecek nitelikte bir nefret söylemi olarak değerlendirilmemiştir. “*Bu Türk ve Kürt proleterlerine yönelik bir devlet terörüdür!*”^[31], “*(...) Ülkede şu anda Kürtlere karşı özel bir savaş yürütülüyor*”^[32]; “*İslam adına Kürtleri öldürüyorsunuz (...); bunlar Anadolu'nun yoksul evlatları, köyleri zorla boşaltılmış, işkence görmüşler (...) ve faili meçhul cinayetlerin mağduru olmuşlar; zindanlar Kürt tutsaklarla dolu (...)*”^[33] şeklinde terörlü mücadele bağlamında dile getirilen görüşler veya eleştiride “*devlet terörü*” ve “*soykırım*”^[34] gibi öfke dolu ifadelerin kullanılmış olması –ki eski Türk Ceza Kanununun 312. maddesine dayalı yerel mahkeme kararları bunlara dairdir- İHAM tarafından, İHAS madde 10 tarafından güvence altına alınmış eleştiriler olarak değerlendirilmiştir. Şu ana kadar İHAM, yeni Türk Ceza Kanunu madde 216 ile ilgili bir başvuruyu ele almış değildir.

38. Eski Türk Ceza Kanununun 312. maddesi ile ilgili İHAM kararları karşısında, Türkiye yeni bir düzenleme yapmıştır. Ne var ki, Bakanlar Komitesi'nin İHAM kararlarının Türkiye tarafından uygulanmasına ilişkin 2008 yılı raporunda da belirtildiği üzere, sorun yaratan 312. madde, 216. maddenin de içinde olduğu bir dizi başka düzenleme ile ikame edilmişse de “*bu yeni düzenlemeler, içeriği koruyup, yalnızca eski metnin ifadelerini değiştirmektedir. Yani “resmi organlara hakaret” ve “kine ve suç işlemeye teşvik” ile ilgili hükümler korunmaktadır.*”^[35].

39. Venedik Komisyonu, en başından beri 216. maddenin 2. ve 3. paragraflarında sırasıyla halkın bir kesimini aşağılama ve dini değerleri aşağılamanın, ilk paragraftaki kin ve düşmanlığa tahrikten ayrı bir şekilde cezalandırıldığına farkındadır. Bu iki ilave paragraf, “aşağılama” terimine çok geniş bir anlam verilebileceği için sorun oluşturmaktadır. Zira rahatsız veya şoke edici, üzücü görüş ifadeleri, ilke olarak İHAS'ın 10. maddesi tarafından korunmaktadır. Öte yandan 216. maddenin ilk fıkrasında yer alan ifadenin “*kamu güvenliği için açık ve kesin bir tehlike yaratması gerektiği*” koşulu, 2. ve 3. paragraf kapsamındaki ifadeler için aranmamaktadır. 2. ve 3. paragraflar daha kesin anlamlı bir şekilde düzenlenmeli veya 1. paragrafa entegre edilmelidir.

[31] İHAM, *Incal v. Turkey*, prgrf. 10.

[32] Ibid.

[33] İHAM, *Varlı ve diğerleri v. Turkey*, prgrf. 11.

[34] İHAM, *Ceylan v. Turkey*, prgrf. 33.

[35] CM/Inf/DH(2008)26, Freedom of expression in Turkey: Progress achieved–Outstanding, tarih 23 Mayıs 2008.

40. Bununla beraber, Venedik Komisyonu yukarıdaki içtihatlar ışığında, kullanılan ifadelerin ötesinde, 216. madde ile ilgili problemin ulusal mahkemeler ve icra makamlarının yorum ve uygulamasından kaynaklandığını düşünmektedir. İHAS madde 10(2) kapsamında, siyasal ifadeler ile kamusal meselelere dair tartışmaların kısıtlanabileceği çok az durumun söz konusu olduğu, yeniden hatırlanmalıdır. Venedik Komisyonu, terörle mücadele bağlamında ortaya çıkan problem ve zorlukları görmezden geliyor değildir. Fakat demokratik bir toplumda hükümetin faaliyetleri ve kusurları yalnızca yasama ve yargı organlarının değil, kamuoyunun da yakın denetimi altında olmalıdır. Bu nedenle, hükümet politikalarına yönelik çok sert eleştiriler içeren, hatta düşmanca bir ton içeren veya rahatsız veya şoke edici, üzücü ifadeler ile ilgili olarak (216. madde de dâhil olmak üzere) yargısal yollara tevessül etmek, ancak bu ifadeler şiddete teşvike vardığında söz konusu olmalıdır. Bunlar, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin “zorunluluğuna” karar verilirken göz önüne alınması gereken önemli unsurlardır.

41. Bunların dışında, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlük Karşıtı Avrupa Komisyonu (ECRI) dördüncü denetim dönemi Türkiye raporunda (2011) madde 216(1) ve (2)'nin gazetecilere, yazarlara, yayıncılara, insan hakları sivil toplum örgütleri üyelerine ve hak savunucusu diğer kişiler veya Kürt meselesi başta olmak üzere azınlık gruplarla ilgili konularda şiddet içermeyecek görüş açıklamalarına karşı yürütülen soruşturma ve suçlamalar için kullanıldığını saptamıştır. Bu raporda aynı zamanda, sivil toplum aktörlerine göre, 216. maddenin azınlık grup üyelerine yönelik ırkçı ifadelerde bulunan kişilerin soruşturulması için pek az kullanıldığını söylemektedir^[36]. Ankara'daki toplantılar esnasında resmi makamlar İstanbul 41. Ceza Mahkemesi'nin bir kararını gündeme getirmişlerdir. Söz konusu davada, bir toplumsal gösteri sırasında Ermeni azınlığa yönelik “ırkçı ifadeler” kullanan sanık önce hapis cezasına çarptırılmış, ardından bu ceza para cezasına çevrilmiştir^[37]. Venedik Komisyonu, bu düzenlemenin ancak kamu güvenliğine yönelik açık ve kesin bir tehlikenin varlığı halinde kullanılabilceğini; hükümet politikalarına yönelik sert eleştiriler için kullanılmayacağını hatırlatmaktadır.

42. Madde 216(3) “halkın bir kesiminin dini değerlerinin alenen aşağılanmasına” ilişkindir. Parlamenterler Meclisi kutsallara hakaret, dini aşağılama ve kişilere yönelik din temelli nefret söylemi hakkındaki tavsiye kararında 1805(2007) “ulusal hukukun yalnızca dini meselelerle ilgili olarak kasıtlı ve sert

[36] CRI(2011)5, kabul tarihi 10 Aralık 2010, yayım tarihi 8 Şubat 2011, prgrf. 25.

[37] İstanbul 41. Asliye Ceza Mhk., E. 2012/312, K. 2012/884, 26 Aralık 2012.

bir şekilde kamu düzenini bozmaya ve toplumsal şiddete çağrı yapmaya yönelik ifadeleri cezalandırılması gerektiğini” bildirmiştir.

43. Venedik Komisyonu’nun 2008 tarihli İfade Özgürlüğünün Din Özgürlüğü ile İlişkisi Raporuna göre “Gerçek bir demokraside ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, toplumu, ne kadar aykırı olurlarsa olsunlar, farklı görüşlerden korumak üzere kullanılmalıdır. Açık bir kamusal müzakereyi sağlamak ve muhafaza etmek, toplumu ve bireyleri ayrımcılığa karşı korumak kadar, ifade ve din özgürlüğü gibi vazgeçilmez temel değerleri korumanın öncelikli araçları değildir. Demokratik bir rejimin gerekleri ile temelden uyuşmadığı için dile getirilip paylaşılması yasaklanabilecek ifadeler yalnızca nefrete teşvik edenlerdir.”^[38]

44. Venedik Komisyonu, raporunda, pek çok Avrupa ülkesinde de olduğu gibi, dini nefret de dâhil olmak üzere, nefrete teşvikin cezai yaptırımlara konu edilmesini önermektedir. Ancak Komisyon ayrıca, hiç kuşkusuz, nefrete teşvik esaslı bir unsur olmaksızın dini aşağılamalara (örneğin dini duyguların aşağılanmasına) dair bir suçu zorunlu veya arzu edilir bulmadığını ve kutsallara hakaret suçunun tamamen kaldırılmasını tavsiye ettiğini de vurgulamaktadır.^[39]

45. *Aydın Tatlav v. Türkiye* davasında İHAM, sosyal adaletsizliği “tanrının iradesi” olarak resmederek meşrulaştırdığı için İslamiyeti eleştirmekten eski Türk Ceza Kanununun 175. maddesi uyarınca bir yıl hapse mahkûm olan başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.^[40]

46. Türk makamlarının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunduğu istatistiklere göre 216(3)ncü maddeye göre hazırlanmış savcılık iddianamelerinin sayısı artmıştır: 2010’da 10, 2011’de 10, 2012’de 26, 2013’te 42 ve 2014’te 32 iddianame hazırlanmıştır; sayılar daha da yüksek olabilir.^[41] Ayrıca, 1980’ler ile 1990’larda ifade özgürlüğü karşıtı soruşturmalar büyük oranda Atatürk’e, Türklüğe ve ülkenin bölünmezliğine ilişkin hakaretlere dayalı iken, son yıllarda

[38] CDL-AD(2008)026 Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: The Issue of Regulation and Prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred, prgf. 46.

[39] Ibid., prgrf. 89.

[40] İHAM, *Aydın Tatlav v. Turkey*, Başvuru No. 50692/99, 2 Mayıs 2006.

[41] DH-DD(2015)447rev. Yaman Akdeniz ile Kerem Altıparmak’ın gönderme yaptığı farklı istatistiklere göre (*The silencing effect on dissent and freedom of expression in Turkey, in Journalism at Risk. Threats, challenges and perspectives*, Council of Europe publishing, Ekim 2015, s. 159) bu sayılar: 2012’de 66, 2013’te 107 ve 2014’te 47’dir.

bunların yerine dine (madde 216(3)) ve cumhurbaşkanına (madde 299) yapılan hakaretlere dayalı olmaya başlamıştır^[42].

47. Yasayı uygulamakla görevli olanlar ve ulusal mahkemeler 216(3)ncü maddeyi uygularken, İHAM'ın *Otto-Preminger Institute v. Austria*^[43] kararında da vurguladığı üzere, “dinlerini açıklama özgürlüğünü seçenler, her türlü eleştiriden muaf olmayı beklememelidirler” ilkesini dikkate almalıdırlar. Başkalarının onların inançlarını yadsımlarını hatta kendi inancına veya başka herhangi bir inanca dair düşmanca öğretilerin propagandasını yapmalarını tolere ve kabul etmek zorundadırlar. Keza BM İnsan Hakları Komitesinin 34 Sayılı Genel Değerlendirmesine göre, ancak ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik edecek bir din nefreti savunuculuğu istisna kalmak üzere, kutsallara hakaret de dâhil olmak üzere, dine veya bir inanç sistemine yönelik saygı eksikliğini açığa vurmaya yasaklamanın Sözleşme ile uyumlu bulunmayacağı hatırlanmalıdır. Dolayısıyla madde 216(3) ancak nihai olarak *kasten ve sert bir şekilde kamu düzenini bozmayı ve şiddete çağrı yapmayı amaçlayan* sıra dışı dine hakaret vakalarına uygulanmalıdır. Bu anlamda, Venedik Komisyonu genel olarak Yargıtay'ın 12 Ekim 2015 tarihli Fazıl Say kararındaki^[44] yaklaşımı desteklemektedir. Ne var ki bu yaklaşımın yalnızca ilk derece mahkemeleri tarafından değil, savcılar tarafından da kabul edilmesi önemlidir. Zira nihayetinde bir cezai yaptırım olmasa bile, soruşturma ve kovuşturmalar, bazı tartışmalı alanlarda ifade özgürlüğünün kullanılmasına engel oluşturabilmektedir.

48. Sonuç olarak, 216. maddenin 2. ve 3. paragrafları “aşağılama” terimi çerçevesinde daha açık bir şekilde düzenlenmelidir. Zira İHAS madde 10 tarafından korunan bazı saldırgan ve şoke edici ifadeler, geniş anlamıyla düşünüldüğünde 1. paragrafta kullanılan “tahrik etme” kelimesinin kapsamında yer alabilir. Türk makamları ayrıca her iki paragrafı 1. paragrafta entegre etmeyi de değerlendirmelidirler. Uygulama ile ilgili olarak, bir bütün olarak 216. madde ulusal mahkemeler tarafından yukarıda belirtilen uluslararası standartlara uyumlu bir şekilde yorumlanmalıdır^[45]. Madde hükümete yönelik şiddet içermeyen sert eleştirilerin cezalandırılması için değil, bilhassa azınlıklara yönelik ve kamu düzeni açısından açık ve kesin tehlike yaratan ırkçı ifadeler için kullanılmalıdır. 216(3)ncü madde ile ilgili olarak, bu düzenleme kutsallara hakaret için değil, kasıtlı ve sert bir şekilde kamu düzenini bozan ve aleni şiddete çağrı yapan sınırlı sayıda dine saldırı vakası için kullanılmalıdır.

[42] Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, *op.cit.*, s. 147.

[43] Başvuru No. 13470/87, 20 Eylül 1994.

[44] E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Ekim 2015.

[45] Özellikle bkz. Yukarıda prgrf. 39, 40, 41 ve 47.

C. Madde 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret)

49. Türk Ceza Kanununun 299. maddesi cumhurbaşkanına hakaretin cezalandırılmasını öngörür ve eski Türk Ceza Kanununun 158. maddesi yerine ikame edilmiştir. Suç, Türk Ceza Kanununun 2. kitabının “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmında yer alan “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümü altında düzenlenmiştir.

50. Yetkililerin açıklamalarına göre, cumhurbaşkanının anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu bir şekilde çalışmasını sağlamak gibi bir görevi vardır ve bu yetki ile devleti temsil eder. Bu nedenle onun kişiliğine yöneltilen hakaret “devlet kuvvetleri” aleyhine görülmektedir. Ayrıca “hakaret” 299. maddede tanımlanmıyorsa da, “hakaret”e ilişkin daha genel bir düzenleme olan 125. maddede (“şerefe karşı suçlar” başlığı altında) yer alan tanım uygulamada 299. madde için de kullanılmaktadır. 215. maddeye göre hakaret “*bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak*”tır.

51. 299. maddenin 3. paragrafına göre “*Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.*”. Bu hüküm 301. maddenin 4. fıkrasında yer alan “*Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır*” hükmüyle benzerdir. Kovuşturma (madde 299) veya soruşturma (madde 301) için Adalet Bakanının iznine dair bu özel hükümler İHAM tarafından 301. madde bağlamında ele alınmıştır^[46]. Bu nedenle, izin prosedürü, bu Görüş’ün 301. maddeye ilişkin kısmında değerlendirilmiştir ve orada dile getirilen görüşler, Türk Ceza Kanununun 299(3)üncü maddesi için de izin prosedürü ile ilgili olarak geçerlidir^[47].

52. 216(3)üncü (dini değerlerin aşağılanması) madde için olduğu gibi, 299. madde uyarınca yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da önemli artış gözlemlenmektedir. Adalet Bakanlığına göre, Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ün yedi yıllık görev süresi içerisinde 1359 dava dosyası hazırlanmış ancak yalnızca 545 tanesi kovuşturulmuş ve hiçbir tutukluluk söz konusu olmamıştır. Erdoğan’ın cumhurbaşkanlığının yalnızca ilk yedi ayında 299. madde uyarınca (Ağustos 2014 ile Mart 2015 arasında) 236 soruşturma başlatılmış, 105 iddianame

[46] *Altuğ Taner Akçam v. Turkey* (Başvuru No. 27520/07, 25 Ekim 2011) ve *Dink v. Turkey* (Başvuru No’lar. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010).

[47] Bkz. Aşağıda prgrf. 90 vd.

hazırlamış ve resmi olarak 8 kişi tutuklanmıştır^[48]. Keza, cumhurbaşkanına hakaret iddiası ile Adalet Bakanlığına izin başvurusunda bulunulan dosya sayısı da 2014'teki 397 sayısından, 2015'in yalnızca ilk altı ayında 962'ye yükselmiştir. Adalet Bakanlığı 2014'teki 107 dosya ile karşılaştırıldığında, 2015'in ilk altı ayında 486 dosyada izin vermiştir^[49].

53. Türk Ceza Kanununun 299. maddesi (ve eski Türk Ceza Kanununun 158. maddesi) ilk derece mahkemelerinde çeşitli kereler ele alınmıştır. 2009'da Yargıtay o zamanın Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e yönelik hakaretleri nedeniyle ceza alan ve kamu binalarında türban kullanılmasından cumhurbaşkanını sorumlu tutan bir köşe yazarının dosyasını görüşmüştür. Mahkeme, cumhurbaşkanının bir kararının eleştirisi ifade özgürlüğü çerçevesinde korunacaksa da, “*Şimdi kıçına kına yakabilir*”, “*Türkiye'deki sosyal barışı bozan inanılmaz politikaların lideri Çankaya'daki adamdır*” şeklindeki ifadelerin korunmayacağını belirtmiştir.

54. İHAM, eski Türk Ceza Kanununun 158. maddesini 2007'deki *Artun ve Güvener* ile *Güzel* kararlarında ele almıştır^[50]. 2005'deki *Parkemirli* kararında cumhurbaşkanına hakaret davalarında *medeni* sorumluluk ile ilgilenmiştir^[51]. Her üç kararda da, Türkiye'nin “demokratik bir toplumun gerekleri” koşulunu karşılayamamış olması nedeniyle İHAS, 10. maddenin ihlaline karar vermiştir.

55. Tarihi olarak, devlet başkanına yönelik hakaret suçu, çeşitli Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında yer alıyor görünmektedir. Ne var ki, son birkaç on yılda, bu hükümleri uygulamama veya tümüyle kaldırma yolunda açık bir eğilim olduğuna tanıklık edilmektedir. Devlet başkanına hakaret, söz gelimi Macaristan (1994) ve Çek Cumhuriyeti (1998)'nde suç olmaktan çıkarılmıştır. Almanya'da ceza kanununda cumhurbaşkanına hakaret suçu bulunmaktaysa da, 2000 yılında Federal Anayasa Mahkemesi ne kadar haksız olursa olsun, sert siyasi eleştirilerin bu suçu oluşturmadığına hükmetti^[52]. Hüküm, ya hiç uygulanmamakta veya çok sınırlı olarak kullanılmaktadır. Hollanda'da Krala ve kraliyet ailesinin bazı üyelerine kasten aşağılama hâlâ bir suçsa da, bu suçla ilgili

[48] Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 76608343-622-03-0079-2015/155/18839 sayı ve 17 Mart 2015 tarihli belge (<http://melodaonur.net/?p=5434>).

[49] SWD(2015)216Final, s. 64.

[50] İHAM, *Artun ve Güvener v. Turkey*, Başvuru No. 75510/01, 26 Haziran 2007; ve *Güzel v. Turkey*, no. 6586/05, 24 Temmuz 2007.

[51] İHAM, *Pakdemirli v. Turkey*, Başvuru No. 35839/97, 22 Şubat 2005.

[52] *Germany: A positive environment for free expression clouded by surveillance*, online: <https://www.indexoncensorship.org/2013/08/germany-a-positive-environment-for-free-expression-clouded-by-surveillance/>

son iddianame 1960'lerde hazırlanmıştır. Benzer bir durum Belçika, Yunanistan, Portekiz, Romanya ve İspanya için de söz konusudur. Diğer ülkelerde, örneğin Polonya ve İtalya'da devlet başkanına hakaret suçuna dair ceza düzenlemesi zaman zaman uygulanıyorsa da, mahkemeler para cezasına hükmetmektedirler. Fransa'da bu suça ilişkin hapis cezasını kaldırmak üzere 2000 yılında Basın Kanununda değişiklik yapılmıştır^[53].

56. *Artun ve Güner v. Türkiye* kararında İHAM, devlet başkanına sağlanan özel koruma ve imtiyazın, yalnızca işlevlerine veya statülerine atıfla eleştirilere karşı bir bağışıklık getirmenin modern pratik ve siyasi anlayışla uyumlu olmadığını ifade etmiştir. *Cumpana ve Mazare v. Romanya* kararında^[54] “meşru bir kamusal mesele ile ilgili bir tartışma bağlamında bir kişiye hakaret edilmesi, hapis cezası için hiçbir şekilde gerekçe olamaz” hükmüne ulaşır. Venedik Komisyonu, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde hakarete karşı korumayı amaçlayan bir yasa hakkında görüşünde, eğer “Azerbaycan devletinin başkanının şeref ve onurunun aşağılanması ve karalanması”na dair cezai düzenlemeler korunacak olursa, bir yaptırım olarak hapis cezasının ancak diğer bazı temel hakların ciddi şekilde ihlalinin söz konusu olduğu örneğin nefret söylemi veya şiddete teşvik gibi son derece kısıtlı durumlarda uygulanması gerektiğini ifade etmiştir^[55]. UMSHS'nin 19. maddesine göre, BM İnsan Hakları Komitesi “üye devletlerin hakareti bir suç olmaktan tümüyle çıkarmayı düşünmelerini ve her halükarda ceza kanunlarının ancak çok ciddi durumlarda uygulanması gerektiğini; *hapsin hiçbir şekilde uygun bir ceza olmadığını*” ifade etmiştir^[56].

57. Avrupa'daki gelişmeler, devletlerin devlet başkanına hakareti ya suç olmaktan çıkarmaları veya bu suçu yalnızca devletin başına yönelik çok ciddi bir sözel saldırı ile sınırlandırmaları ve aynı zamanda uygulanacak yaptırımları da hapsin içerilmediği bir şekilde düzenlemeleri yolunda bir konsensusun oluşmaya başladığını göstermektedir. 299. maddenin lafzı, her ne kadar cezai indirim uygulanabileceği, para cezasına çevrilebileceği veya yargıç tarafından ertelenebileceği belirtilmişse de, asgari bir ilâ dört yıl arasında bir hapis öngördüğü, hatta ikinci fıkra göre suçun kamusal yolla işlenmesi halinde bu cezanın altıda bir oranında artırılmasını düzenlediği için, yeni oluşmaya başlayan Avrupa

[53] Ayrıca bkz. PEN, *Defamation And 'Insult' : Writers React*, Ekim 2007.

[54] No. 33348/96, 17 Aralık 2004, prgrf. 106.

[55] CDL-AD(2013)024 Opinion on the Legislation Pertaining to the Protection against Defamation of the Republic of Azerbaijan, adopted by the Venice Commission at its 96th Plenary Session (Venice, 11-12 October 2013), prgrf. 50 ve 51.

[56] *General Comment 34 on Article 19: Freedoms of opinion and expression*, Human Rights Committee (2011) prgrf. 47 (vurgu eklenmiştir).

konsensusu ile uyumlu değildir. Her halükârda, bu düzenlemenin uluslararası standartlar ve yeni Avrupa konsensusu ile uyumunu değerlendirebilmek için, somut ve özellikle gazetecilere yönelik uygulama göz önüne alınmalıdır.

58. Ankara ziyareti esnasında, resmi makamlar 2007 Anayasa reformuyla birlikte cumhurbaşkanının halkoyu ile seçildiğini ve sonuç olarak siyasete, seleflerinden çok daha fazla dâhil olduğunu ifade etmişlerdir. Sözü edilen bu durum cumhurbaşkanına yönelik saldırıların nicelik ve yoğunluğunu da artırmaktadır. Bu nedenle, resmi makamlara göre son dönemlerde 299. maddeye dayalı soruşturmalarda görülen sayısal artışın asıl sebebi, cumhurbaşkanına yönelik haksız saldırıların sayısındaki artıştır.

59. Öte yandan, resmi makamlara göre, Yargıtay ve diğer mahkemeler, bu düzenlemenin uygulanmasında, geçmişe oranla daha liberal bir yaklaşım benimsemişlerdir. Bu meyanda, resmi makamlar bir Yargıtay kararı ile Yargıtay'ın ilgili dairelerinde devam etmekte olan dosyalara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sunduğu belli sayıda görüşü^[57] sunmuşlardır. 6 Ekim 2015 tarihli kararında Yargıtay, Antalya 15. Asliye Ceza Mahkemesinin sanık hakkında verdiği (31 Mayıs 2013) on aylık hapis cezasını bozmuştur. Mahkûmiyet kararı bir internet sitesinde şu ifadelerin kullanılmasına ilişkindir: “*Arkasından her türlü dolabı çevirdiler ve şimdi utanmadan cenazesinin arkasından yürüyorlar. İnsanda biraz utanma olur*”^[58] (Dönemin cumhurbaşkanının, eski cumhurbaşkanının cenazesinde bulunmasının eleştirildiği anlaşılmaktadır). Yargıtay bu ifadenin ifade özgürlüğü sınırları içerisinde olduğunu kabul etmiştir.

60. Resmi makamların Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yazılı görüşleri ile sundukları örnekler büyük oranda zamanın başbakanına (şu anda cumhurbaşkanı olmuştur) yönelik ifadelerle ilgilidir ve Türk Ceza Kanununun 125. maddesine ilişkindir. “*Ampul Tayyip*” sloganını atmak, “*Bazıları 15 yaşında ölse de ölümsüzdür, bazıları 60 yaşında yolsuzluk yapar*” veya “*Ne söylendiği umurumda değil, katili tanıyorum*” şeklinde pankartlar taşımak, sanıkların beraatlarına karar veren alt derece mahkemeleri tarafından ifade özgürlüğünün kullanımı kapsamında değerlendirilmiştir^[59]. Bu kararlar Yargıtay'da görülmeye devam etmektedir ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yazılı görüşünde, ilgili Yargıtay ceza dairesine, ilk derece mahkemelerinin beraat kararlarının onanmasını

[57] Türk hukuk sisteminde, ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edildiğinde dosya ilk olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gitmektedir. Başsavcı dosya hakkındaki görüşlerini (tebliğname) ilgili Yargıtay dairesine sunmaktadır.

[58] Yargıtay, E. 2015/2678, K. 2015/2921, 6 Ekim 2015.

[59] Bursa Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2014/558, K. 2015/562, 15 Eylül 2015 ve Niğde Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2014/499, K. 2015/477, 11 Eylül 2015.

önermektedir^[60]. Ne var ki, bir pankartta yer alan “*Hırsız ve Katil*” ifadesi, Niğde Asliye Ceza Mahkemesinin beraat kararına rağmen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ifade özgürlüğünün sınırları dışında görülmüş ve savcı ilgili ceza dairesine ilk derece mahkemesinin kararının bozulması görüşünü bildirmiştir^[61].

61. Resmi makamların sunduğu açıklama notunda, savcıların (299(3)üncü madde gereği) soruşturma için Adalet Bakanlığının iznini talep ettikleri ifadelerin örnekleri yer almaktadır. Açıklama notuna göre bu ifadeler “*hoşgörü düzeyini aşmakta, bir kişinin kutsal değerlerine yönelik utandırıcı küfür olma özelliğini taşımaktadırlar*” ve ifade özgürlüğü sınırları içerisinde düşünülemezler. (Pek çoğu muhtemelen internette paylaşılan) Bu ifadeler cumhurbaşkanına ve ailesine yönelik küfürler içermektedir. Resmi makamlar, zaman zaman cinsel içerikli olup hiçbir eleştiri değeri taşımayan bu küfür ifadelerinin değerlendirilmesinde ülkenin kültürel ve ahlâki özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasının önemini vurgulamışlardır.

62. Bu meyanda resmi makamlar Yargıtayın iki yeni kararını sunmuşlardır. 21 Ekim 2015 tarihli kararında Yargıtay, İstanbul 3. Çocuk Mahkemesinin (olay gerçekleştiğinde 17 yaşında bir erkek çocuğu olan) sanığın beraat kararını (4 Kasım 2014)^[62] bozmuştur. Dönemin cumhurbaşkanının “*Türkiye’de internet özgürlüğü sınırlandırılmayacak*” şeklindeki ifadesine karşılık çocuk bir internet sitesinde “*bu ifade insana h.s.ktır p.z.nk dedirtir!*” şeklinde bir ifade kullanmıştır. Yargıtay, kararında, cumhurbaşkanına yönelik küfür içeren bu ifadenin 299. maddenin ihlali olduğunu belirtmiştir^[63]. 15 Ocak 2014 tarihli bir diğer kararında Yargıtay, ilk derece mahkemesinin 11 ay 20 günlük hapis cezasının paraya çevrilmesi şeklindeki mahkûmiyet kararını onamıştır^[64]. Sanık, Facebookta Atatürk’e saldırı içerdiğini düşündüğü bir paylaşım, dönemin cumhurbaşkanının fotoğrafı eşliğinde çok sayıda küfürlü kelime kullanarak karşılık vermektedir.

63. Resmi makamlar ayrıca, cumhurbaşkanının itibarının korunabilmesi için, kendisi ve ailesi hakkında cumhurbaşkanlığı sarayındaki ‘altın kaplama tuvaletler’ örneğindeki gibi kasıtlı olarak yanlış bilgi ileten, medya yayınlarına karşı da korunması gerektiğini vurgulamışlardır.

[60] Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın görüşü, no. 2015/380064, 29 Aralık 2015.

[61] Ibid.

[62] İstanbul 3üncü Çocuk Mahkemesi, E. 2014/445, K. 2014/820, 4 Kasım 2014.

[63] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/906, K. 2015/3278, 21 Ekim 2015.

[64] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/5019, K. 2014/551, 15 Ocak 2014.

64. Sivil toplum örgütlerine (STÖ) göre, 299. maddenin aşırı kullanımı, uygulamada eleştiri ile hakaret/aşağılama arasında bir ayırım yapılmamasından kaynaklanmaktadır ve düzenleme aykırı seslerin susturulması, ülkedeki siyasi muhalefetin korkutulması için kullanılmaktadır. Sivil toplum temsilcileri, özellikle medyada, büyük bir otosansür uygulanmakta olduğunu ve 299. maddenin etkin bir caydırıcı olduğunu ifade etmişlerdir. STÖ'ler yalnızca son birkaç ayda 299. maddeye dayalı olarak 42 gazetecinin soruşturulup kovuşturulduğunu belirtmektedirler.

65. Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında ilk olarak, Venedik Komisyonu, cumhurbaşkanına yönelik hakaret iddiası ile ortaya çıkan inceleme, soruşturma, gözaltı ve tutuklamaların yalnızca küfür içeren ifadelerle sınırlı olmadığını gözlemiştir. Cumhurbaşkanına hakaret gerekçesiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar, gazeteciler özelinde Aralık 2013 yolsuzluk haberleri^[65], Suriyeli mülteciler krizi^[66] gibi; bir muhalefet partisi lideri özelinde ise hükümetin terör propagandası ile mücadele yöntemlerinin protesto edilmesi^[67] gibi her biri kamu yararını yakından ilgilendiren meselelerle ilgilidir. Özellikle bu son türden örnekler günlük gazetelerde sıkça rastlanmaktadır: 10 Aralık 2015 tarihinde *Birgün* gazetesi yayın yönetmeni, sorumlu müdürü ve bir gazeteci, 17 Şubat 2015 tarihli “*Hırsız Katil Erdoğan*” ve “*Biz de nefret ettiğin 35 milyon kişiden biriyiz. Aynı suçu biz de işliyoruz.*” manşetleri nedeniyle 11 ay 20 günlük hapis cezasına çarptırıldılar^[68]. Manşetin, bir gösteri esnasında aynı sloganı atanların, cumhurbaşkanına hakaret iddiası ile soruşturulmasını eleştirmek üzere yayımlandığı anlaşılmaktadır. Eylül 2015'te kolluk güçleri, cumhurbaşkanına hakaret ve terör propagandası iddiası ile haftalık *Nokta* dergisine bir baskın düzenledi ve derginin son sayısının dağıtımını yasaklandı. Derginin kapağında, cumhurbaşkanını Türk bayrağına sarılı ve askerler tarafından taşınmakta olan bir

[65] *Cumhuriyet* gazetesi genel yayın yönetmenine yönelik soruşturma. Soruşturma savcılığın takipsizlik kararı ile sonlanmıştır. <https://cpj.org/blog/2015/07/erdogan-vs-the-president-uses-insult-law-to.php> http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/227225/Can_Dundar_in_yazi_dizisine_takipsizlik.html

[66] Suriye mülteci krizi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanına “ülkeyi babasının malı” sanan “diktatör” diyen *Hürriyet* gazetesi köşe yazarı soruşturması. <http://www.hurriyetdailynews.com/hurriyet-columnist-faces-up-to-five-years-in-prison-for-insulting-president-erdogan.aspx?pageID=238&cnID=91776&NewsCatID=339>

[67] “*Görüşlerini açıklayan akademisyenler bir sabte diktatörün (veya diktatör bozuntusunun) talimatları ile bir bir gözaltına alınıyor*” diyen ana muhalefet partisi (CHP) liderine yönelik soruşturma. <http://www.reuters.com/article/us-turkey-president-idUSKCN0UW1FR>

[68] http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/446146/BirGun_e_acilan_Erdogan_davasinda_hapis_cezasi.html

tabutun önünde gülümseyerek *selfie* çektirirken gösteren, fotoşoplu bir fotoğraf bulunmaktaydı. Derginin birkaç saat gözaltında tutulan kısım şefi, fotoğrafın güneydoğuda güvenlik güçleri ile PKK arasında artan şiddete bir gönderme olduğunu ifade etti^[69]. Bir başka davada ise iki karikatürist, Mart 2015'te Erdoğan'ın cumhurbaşkanı oluşunu resmeden bir karikatür çizdikleri için ile 11 ay 20 gün hapis cezasına çarptırıldılar.^[70] 25 Ocak 2016'da, Erdoğan'ın ana muhalefet partisi liderinin “diktatör bozuntusu” ifadesi nedeniyle açtığı davayı haberleştirirken “diktatör yargılanıyor” ifadesini kullandığı için CNN-Türk kanalı aleyhine cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla bir soruşturma başlatıldı.^[71]

66. Venedik Komisyonu, basına yansıyan, cumhurbaşkanına hakaret gerekçesine dayalı çok sayıda soruşturma, kovuşturma ve hükmü kaygı ile kaydetmektedir. Komisyon, Avrupa Komisyonunun 2015 Türkiye raporunun şu vurgusunu hatırlatır: “gazetecilere, yazarlara, sosyal medya kullanıcılarına ve toplumun diğer üyelerine yönelik, cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla sürdürülen geniş çaplı bir yargı pratiği oluşmuştur ve bu iddialar hapis cezası, infazın ertelenmesi veya para cezası ile sonuçlanabilmektedir”^[72]. Aynı rapora göre caydırıcı atmosfer, otosansürü artırmaktadır. Ayrıca 6 Ocak 2016 tarihli gazete haberlerine göre Emniyet Genel Müdürlüğü, emniyet teşkilatına, cumhurbaşkanı da dâhil olmak üzere üst düzey devlet görevlileri aleyhine hakarete bulunanlara karşı derhal harekete geçilmesi yolunda bir tebliğ göndermiştir^[73].

67. Venedik Komisyonu özellikle kamusal meselelerle ilgili olarak sert, şoke ve rahatsız edici ifadelerin kullanımının ifade özgürlüğü ile güvence altına alındığını hatırlatır. Soyut olarak düşünüldüklerinde karalama şeklinde algılanabilecek olan “hırsız” (yolsuzluk iddiaları ile ilgili olarak) veya “katil” (Gezi olaylarında hayatlarını kaybeden göstericilerle ilgili olarak), “diktatör” vs. şeklindeki ifadeler kamusal tartışmadaki bağlamları içerisinde değerlendirilmelidir. İHAM madde 10(2), geniş anlamıyla siyasal ifade veya kamusal meselelere ilişkin tartışmanın sınırlandırılmasına çok dar bir çerçevede cevaz vermektedir.^[74]

[69] <http://www.theguardian.com/world/2015/sep/15/turkish-magazine-nokta-raided-and-copies-seized-for-mock-erdogan-selfie>

[70] <http://www.hurriyet.com.tr/2-karikaturiste-11-er-ay-hapis-28545792>

[71] <http://www.hurriyetdailynews.com/how-turkish-cnn-insulted-erdogan-and-got-sued.aspx?PageID=238&NID=94373&NewsCatID=411>

[72] http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_report_turkey.pdf (SWD(2015) 216 final).

[73] <http://dcr.coe.int/Wires/WiresLectureF.asp?WiresID=277192>

[74] İHAM, *Wingrove v. the United Kingdom*, 25 Kasım 1996, Reports 1996-V, ss. 1957-58, § 58.

Üstelik tek başına kaba ifadelerin kullanılmış olması, belirleyici olamaz. Bu ifadeler, alaycı amaçlar da dâhil olmak üzere bir biçemi yansıtıyor olabilir ve bu da, ifade özgürlüğü kapsamında^[75]. Komisyon demokratik toplumda güçlü bir kamusal tartışma için ferah bir alan bırakılması gerektiğini ve İHAM içtihatlarında, kamusal figürlerin eleştirisi de dâhil olmak üzere, siyasi ifadeler büyük önem verildiğini vurgular. BM İnsan Hakları Komitesi de bunun altını çizmektedir: “*ifade biçimlerinin tanınmış bir kişiye hakaret edici sayılması, kendi başına, bu konumdaki kişiler Sözleşme hükümlerinden yararlanacak durumda olmalarına karşın, ceza gerektirici bir neden sayılamaz. Dahası, devlet ve hükümet başkanları gibi en üst siyasi konumda bulunanlar dâhil olmak üzere kamuda tanınan herkesin meşru olarak eleştiriye ve siyasi muhalefete tâbi olması gerekir*”. Dolayısıyla “*siyasal alandaki ve kamu kurumlarındaki tanınmış kişilerle ilgili kamuya açık tartışmalarda Sözleşmenin tanıdığı sınırsız ifade serbestliğine özel değer verildiğini tespit edilmiştir*”^[76]. Venedik Komisyonu Artun ve Güvener dosyasındaki şu ifadelerle dikkat çekmektedir: “*kabul edilebilir eleştiri sınırı, siyasiler söz konusu olduğunda, özel kişilere oranla daha geniştir. Siyasiler, özel kişilerin aksine her bir sözlerinin ve faaliyetlerinin gazeteciler ile geniş kamuoyu tarafından sıkı sıkıya tetkik edilmesini bilerek ve isteyerek kabul etmişlerdir. Bu nedenle, daha geniş bir hoşgörüyü sahip olunması gerekir*”^[77].

68. Ayrıca, mevzuubahis aşağılayıcı söz, -resmi makamlara göre- hiçbir eleştiri ifadesi taşımadan, cumhurbaşkanına ve ailesine yönelik bir küfür içeriyorsa eleştiri ile hakaret arasında açık bir ayırım yapılmalıdır. Eğer bir ifade biçiminin yegâne amacı, kasıtlı bir karalama veya sebepsiz bir kişisel saldırı düzeyine ulaşacak şekilde, cumhurbaşkanına hakaret ise, ilke olarak, uygulanacak orantılı bir müeyyide ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına gelmez^[78]. Ne var ki Venedik Komisyonu, cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla verilen hapis cezaları, tutuklamalar ve gözaltılar karşısında şaşkınlık içerisinde. Her ne kadar küfür içeren ifadeler söz konusu ise de, 16 yaşındaki bir öğrencinin cumhurbaşkanına hakaret nedeniyle tutuklanması ve mahkemelerin verdikleri cezalar, bütün olarak toplum üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır ve arzu

[75] İHAM, *Tuşalp v. Turkey*, Başvuru no'lar: 32131/08 ve 41617/08, 21 Şubat 2012, prgrf. 48. UMSHS'nin 19uncu maddesine ilişkin 34 sayılı Genel Değerlendirmesinde BM bunu “*salt ifade biçimi nedeniyle kamusal bir figüre hakaret olarak kabul edilmesi, ceza uygulanılmasını haklı göstermez*” diyerek dile getirmektedir.

[76] İnsan Hakları Komitesi, Genel Değerlendirme No. 34 (2011), prgrf. 38 [Türkçesi için bkz. http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2007/04/IHK-Genel_Yorum-No34.pdf].

[77] İHAM, *Artun and Güvener v. Turkey*, prgrf. 26.

[78] Bkz, *mutatis mutandis* [kıyasen], İHAM, *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, 27 Mayıs 2003, prgrf. 34, *Pakdemirli v. Turkey*, prgrf. 46.

edilen meşru amaç, yani cumhurbaşkanının onur ve şerefının korunması, ile orantılı olmadığı görülmektedir.

69. *Eon v. Fransa* davasında İHAM, başvuruca ceza yargılaması sonucunda verilen 30 avroluk para cezasının, tartışılan meselelerle ilgili alaycı ifadelerin kullanılmasına karşı caydırıcı etki yaratabileceğine hükmetmiştir. Bu sonuç sert hapis cezası ile *a fortiori* [evleyletle] geçerlidir. Bu meyanda, 299. maddedeki asgari bir yıllık hapis cezası tümüyle orantısızdır ve üstelik bu yalnızca özel konuşmalarda yapılan hakaret için –eğer ihbar edilmiş veya başka bir şekilde ortaya çıkarılmış ise- bir yıla sınırlı kalmaktadır (Madde 299(2)). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin UMSHS'nin 19(3)üncü maddesi için belirttiği üzere “*Kısıtlayıcı önlemler orantılılık ilkesine uymalıdır; koruyuculuk işlevinin yerine getirilmesi açısından uygun olmalıdır; bu işlevin yerine getirilmesindeki araçlar arasında en az müdahaleci olanı bulunmalıdır; korunması gereken çıkarla orantılı olmalıdır*”^[79]. Ayrıca “*Bir taraf devlet ifade özgürlüğünün kısıtlanması için meşru zemin gerekçesine başvurduğunda, tehdidin tam olarak mahiyetini somut ve özel olarak göstermeli, başvuruca somut önlemin gerekliliğini ve orantısallığını ortaya koymalı, bunları yaparken de özellikle ifade ile tehdit arasında doğrudan bağlantı kurmalıdır*”^[80].

70. Cumhurbaşkanına yönelik haksız saldırılarla ilgili olarak Türk Ceza Kanunu madde 299 yerine özel hukuk yargılamalarının veya daha ciddi saldırılarda hakarete ilişkin daha genel düzenlemelerin (Türk Ceza Kanununun 125. maddesi) tercih edilmesi gerekir. Bu tür vakalar için, hukuk yargılamalarındaki tazminat miktarları^[81] veya genel hükümlere dayalı hakaret ceza davaları için de orantılılık, İHAS madde 10(2)'deki sınırlamalara uygunluk için azami önem taşımayı sürdürür.

71. Öte yandan, basın yayın organlarının, resmi makamlara göre, cumhurbaşkanı ve ailesi hakkında yanıltıcı haber vermeleri ile ilgili olarak, İHAS madde 10'un gazetecilerin kamu yararını ilgilendiren meselelerde, dürüstlük temelinde ve gerçeklere dayalı olarak gazetecilik etik ilkelerine uygun bir şekilde “güvenilebilir ve kesin” bilgiler içerecek şekilde haber verme haklarını koruduğu vurgulanmalıdır^[82]. Öte yandan, kutsalların aşağılanması ile ilgili içtihatlarında

[79] İnsan Hakları Komitesi, Genel Değerlendirme No. 34 (2011), prgrf. 34.

[80] Ibid., prgrf. 35.

[81] Bkz. İHAM, *Pakdemirli v. Turkey*.

[82] Örneğin bkz. İHAM, ‘*Vesti*’ and *Ukhov v. Russia*, Başvuru No. 21724/03, 30 Mayıs 2013, prgrf. 60.

İHAM'ın "değer yargıları" ile "somut isnat"^[83] arasında bir ayrım yaptığı da göz önüne alınmalıdır. Eğer bir ifade "gerçekliğin ifadesi"nden ziyade bir "değer yargısı" ise, kutsallara hakaret davasında sanığın değer yargısını kanıtlanmasının istenmesi, ifade özgürlüğünün ihlalidir^[84]. Değer yargıları "somut bir fiil veya olgu isnadı"^[85] olarak değil, bir değerlendirme meselesi, bir kişinin, davranışın veya politikanın vs. öznel yorumu meselesi olarak düşünülmelidir. Bir ifadenin değer yargısı mı yoksa somut bir isnat mı olduğunun tespiti her zaman kolay olmayabilir. İHAM *Feldek v. Slovakya* kararında bir siyasetçinin "faşist geçmiş" ne yapılan göndermeyi "değer yargısı" olarak değerlendirmiştir. Keza Venedik Komisyonu da, ana muhalefet partisi liderinin cumhurbaşkanlığı sarayında "altın kaplama tuvaletler" olduğu şeklindeki yanlış ifadeleri ile ilgili görülen özel hukuk davasında ilk derece mahkemesinin, bu yanlışın sarayın kamu kaynakları ile inşası nedeniyle bir siyasi eleştiri olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle verdiği red kararına katılmaktadır^[86].

72. Bir somut isnat ise, kanıt gerektirebilir ve kutsallara hakaret davalarında diğer tarafın haklarını ve itibarını korumak için sanıktan isnat edilen gerçeğin kanıtlanmasını istemek gerekebilir^[87]. Ancak, sanığa kutsallara hakaret yargılanması esnasında isnadını kanıtlama imkânı tanınmalıdır^[88]. BM İnsan Hakları Komitesinin 34 Sayılı Genel Değerlendirmesinde ifade edildiği üzere, "Bu alandaki tüm yasal düzenlemeler, özellikle cezai işlem gerektirenler, gerçeğin kanıtlanması gibi savunma mekanizmalarını da öngörmeli"dir^[89]. Ayrıca, aşağılayıcı davranışta bulunduğu iddia edilen sanığın kanıt yükümlülüğü, bir kamu savcısının kanıt yükümlülüğü imiş gibi düşünülmemelidir^[90]. İHAM, *Flux v. Moldova* (no. 6) kararında^[91] bir gazeteden, resmi görevlilerin ciddi suiistimallerine ilişkin

[83] İHAM, *Lingens v. Austria*, Başvuru No. 9815/82, 8 Temmuz 1986, prgrf. 46.

[84] Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 2010, s. 435.

[85] Bkz. Türk Ceza Kanunu madde 125 (Genel hakaret düzenlemesi)

[86] <http://www.internethaber.com/mahkemeden-erdogana-altin-klozet-reddi-155538h.htm>

[87] Jacobs, White and Ovey, op. cit., s. 435.

[88] Diğer örnekler yanında bkz. *Colombani and others v. France*, no. 51279/99, 25 Haziran 2002, prgrf. 66.

[89] İnsan Hakları Komitesi, Genel Değerlendirme No. 34 (2011), prgrf. 47.

[90] İHAM, *Kasabova v. Bulgaria*, Başvuru no. 22385/03, prgrf. 46.

[91] Başvuru no. 22824/04, 29 Temmuz 2005, prgrf. 31.

iddialarını sanki bir ceza yargılamasındaymışçasına kanıtlamasını istemenin, İHAS'ın 10. maddesi ile uyumlu olmayacağına hükmetmiştir^[92].

73. Türk Ceza Kanununun “isnadın ispatı” başlıklı 127. maddesine göre, “*İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez*” (ilk cümle). Bu suç nedeniyle, hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır (ikinci cümle). “*Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır*” (üçüncü cümle).

74. Türk Ceza Kanununun (İkinci Kısım- Kişilere Karşı Suçlar altında düzenlenmiş bulunan) 127. maddesinin, (Dördüncü Kısım- Millete ve Devlete Karşı Suçlar altında düzenlenmiş bulunan) 299. maddesi bağlamında da uygulanabilir olup olmadığı belirgin değildir. Ne var ki, Anayasanın 39. maddesi (ispat hakkı)^[93] ışığında, Komisyon, 127. maddedeki ispat hakkının 299. madde için de uygulanabilir olduğunu düşünmektedir. Ayrıca 127. maddedeki (üçüncü cümle) koşul, yani isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlı olma koşulu, cumhurbaşkanına hakaret davaları da dâhil olmak üzere, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili hakaret davaları için (Anayasa madde 39) uygulanabilir değildir. Eğer bu değerlendirme haklı ise, söz konusu anayasa düzenlemesi yukarıda ifade edilen İHAM içtihatları ile uyumludur.

75. Sonuç olarak, Komisyon ortaya çıkmakta olan yeni Avrupa konsensusu ve uluslararası standartlar uyarınca, devletlerin ya devlet başkanına hakareti suç olmaktan çıkarmaları veya en azından yalnızca çok ciddi sözlü saldırılarla ve aynı zamanda aralarında hapsin bulunmadığı sınırlı müeyyidelerle kısıtlamaları gerektiğini yeniden hatırlatır. Komisyon, Türkiye pratiğinde, aksine, İHAS madde 10 kapsamında korunan durumlar da dâhil olmak üzere, bu düzenlemenin giderek daha fazla kullanıldığının farkındadır. Hapsi de içerecek şekilde uygulanan müeyyideler aşırıdır. Bu düzenlemenin fazla kullanılmasını engellemeye yönelik olarak Yargıtay ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının çeşitli girişimleri olmuşsa da, bunlar yetersizdir. Bu koşullar altında, Komisyon

[92] Bkz. Lawrence Early, Freedom of Expression, Essays in honour of Nicolas Bratza içinde *Article 10: Issues of Fairness, Proof and Evidence*, 2012, s. 561 ve d.

[93] “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır*”.

İHAM madde 10'un daha fazla ihlal edilmesini önlemenin tek yolunun anılan maddenin tamamen kaldırılması olduğunu düşünmektedir. Madde tümüyle kaldırılrsa bile, olağan dışı aşağılama biçimleri karşısında herhangi bir yurttaş korumak üzere kullanılan hukuki ve cezai usuller uygulanmak ve kamusal figür ile siyasi meselelerde yerleşik ifade özgürlüğü ilkeleri hesaba katılmak suretiyle, devlet başkanını korumak mümkündür. Orantılılık ilkesi ile hapis cezası dışında sınırlı müeyyide uygulama gereği, bu durumda da geçerli olacaktır.

D. Madde 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama)

76. Türk Ceza Kanununun 301. maddesinde Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılamak suç olarak düzenlenmiştir. 301. madde eski Türk Ceza Kanununun 159. maddesi yerine getirilmiştir. 159. maddede ve 301. maddenin ilk halinde, Nisan 2008'de gerçekleştirilen değişikliğe kadar "Türklük" ifadesine yer verilmektedir. Nisan 2008 değişiklikleri ile "Türklük" terimi yerine "Türk milleti" ifadesi kullanılmıştır.

77. Keza, 2008 değişikliği ile 301. maddenin ilk fıkrasında öngörülen azami üç yıllık hapis cezası iki yıla indirilmiştir. Düzenlemenin önceki halinde yer alan "*Türklüğün aşağılanması suçu, bir Türk vatandaşı tarafından yabancı bir memlekette işlenirse, ceza üçte bir oranında artırılır*" şeklindeki üçüncü fıkra kaldırılmıştır. Eski 301. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "*eleştiri mak-satlı görüş açıklamaları suç oluşturmaz*" ifadesi yeni düzenlemede üçüncü fıkra olarak korunmuştur.

78. Türk Hükümetinin 2008'de İHAM'a sunduğu verilere^[94] göre 2003 ilâ 2007 yılları arasında 301. maddeye (veya 159(1)inci maddeye) dayalı olarak yürütülen kovuşturma sayısı 1894'tür. Bunların 744 tanesi mahkûmiyet, 1142 tanesi beraat ile sonuçlanmıştır. 193 tanesi hâlâ Yargıtayda incelenmek üzere beklemektedir. Hükümet ayrıca 2008 değişikliklerini takiben 301. madde soruşturmalarının sayısında çarpıcı bir düşüş yaşandığını bildirmiştir.

79. İHAM'a 30 Ekim 2009'da sunulan ek raporunda hükümet, 8 Mayıs 2008 ilâ 30 Eylül 2009 arasında Adalet Bakanlığına 301. madde kapsamında 955 tane soruşturma izni başvurusu olduğunu bildirmiştir. Bakanlık bu başvurulardan 878 tanesini reddetmiş, 77 tanesine ise izin vermiştir. Hükümet ayrıca Adalet Bakanlığının soruşturma iznini reddettiği 244 vakadaki cezai şikâyetin basında yer alan ifadelerden kaynaklandığını bildirmiştir. 2009 sonrası dönem için, benzer bir veri sunumu söz konusu değildir. 301. maddenin kullanımında

[94] Bkz. İHAM, *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, prgrf. 27-29

ciddi bir düşünüş olsa da (yerine 216(3) ve 299 geçmiştir), bazı durumlarda hâlâ işletildiği bilinmektedir.

80. 2005'te Nobel edebiyat ödülünü alan ilk Türk olan ünlü yazar Orhan Pamuk, *Tages Anzeiger* adlı İsviçre gazetesine verdiği mülakat nedeniyle 301. madde temelinde suçlanmıştır. Mülakatta “*Bu topraklarda otuz bin Kürt öldürüldü, ve kimse bundan söz etmiyor*” denilmektedir. Dava, aralarında Uluslararası Af Örgütü ile PEN Amerika'nın da bulunduğu uluslararası STÖ'lerin harekete geçmesine neden olmuştur. Ocak 2006'da Adalet Bakanlığından alınması gereken iznin alınmadığı gerekçesi ile suçlama düşürülmüştür^[95].

81. Bir başka ünlü soruşturma Ermeni-Türk gazeteci Fırat (Hrant) Dink aleyhine yürütülmüştür. 2003 ilâ 2004 yılları arasında yayımlanan bir dizi yazıda Dink, Ermeni kökenli Türk vatandaşları hakkındaki görüşlerini de ifade etmiştir. Dink 2006'da Türk Ceza Kanununun 301. maddesini ihlalle suçlanmış ve ertelenmiş bir altı aylık hapis cezasına çarptırılmıştır. Haziran 2007'de genç bir milliyetçi tarafından öldürülmüştür.

82. 301. madde ulusal ve uluslararası alanda defalarca eleştirilmiştir. 2010 Türkiye Evrensel Periyodik Gözden Geçirme esnasında beş devlet (Ermenistan, Kıbrıs, Fransa, İspanya ve ABD) açık bir şekilde Türkiye'ye 301. maddeyi kaldırmasını veya yeniden düzenlemesini önermişlerdir^[96]. OSCE Medya Özgürlüğü Temsilcisi, (özgün haliyle) 301. maddenin çeşitli yorumlara açık olduğunu ve kamusal tartışmayı engellemek üzere kullanılabileceğini bildirmiştir^[97]. Uluslararası Af Örgütü yakın tarihli bir raporunda, 2008 değişikliklerinden sonra bile “*Bir takım kozmetik reformlar yapılmış olsa da, 301. madde ifade özgürlüğüne yönelik doğrudan ve kabul edilemez bir kısıt oluşturmaktadır. (...) Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri ile uyumlu yegâne çözüm (...) tümüyle ilgasıdır*”^[98] demektedir. Freedom House, Türkiye'de Basın Özgürlüğü 2015 Raporunda “*301. madde kapsamında soruşturulanların çok azı mahkûm olmaktadır fakat yargılamalar zaman almaktadır ve pahalıdır ve düzenleme söz söylemenin önünde caydırıcı bir etki yaratmaktadır*” demektedir^[99].

83. İHAM, *Dink v. Türkiye* kararında, sözleşmecî devletlerin, ilgili herkesin katılabileceği, düşüncelerini korkusuzca dile getirebileceği kamusal tartışma için

[95] Bkz. İHAM, *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*, prgrf. 26.

[96] UN DOC. A/HRC/15/13, ss. 20-22.

[97] OSCE, *Review of the Draft Turkish Penal Code: Freedom of Media Concerns*, Viyana, Mayıs 2005, s. 10.

[98] Amnesty International, *Article 301: End it, don't Amend it*, 3 Nisan 2013.

[99] Freedom House, *Turkey: 5-Year Decline in Press Freedom*, Aralık 2015.

uygun koşulları sağlama yolundaki pozitif yükümlülüğü meselesi ile de ilgilenmiştir. Resmi makamların Dink'i aşırı milliyetçi grup üyesinin saldırısına karşı koruyamaması ve "zorunlu sosyal gereksinim" olmaksızın verilen mahkûmiyet kararı ışığında mahkeme, Dink'in ifade özgürlüğü bağlamında, Türkiye'nin "pozitif yükümlülükleri"ni yerine getiremediğine hükmetmiştir^[100].

84. 301. maddenin öngörülebilirliği dolayısıyla yasallık ilkesi^[101] ile uyumu açısından Yargıtay 11 Temmuz 2006 tarihli (Dink) kararında Türklük kavramını tanımladı. Yargıtaya göre terim "*ulusal dil, ulusal duygu ve gelenekler kadar, insani, dini ve tarihi nitelik taşıyan ulusal ve ahlâki değerlerin bütünlüğünü*" içermektedir^[102]. Dink davasında İHAM, "Türklük" kavramına gönderme yapılmış olması nedeniyle suçun öngörülebilirliğine ilişkin ciddi kuşkların oluşabileceğini belirterek, meselenin incelenmesini sonraya bırakmıştır^[103].

85. Taner Akçam davasında da İHAM benzer bir ölçüt uygulamıştır. "Türklük" terimi 'Türk milleti' ile değiştirilmiş olmasına rağmen, bu kavramların yorumunda bir değişiklik veya büyük bir farklılık görünmediğini (...) yasama organının 'Türklük' teriminin anlamını açıklığa kavuşturmak için madde lafzında yaptığı değişikliğin maddi bir farklılaşma getirmediğini veya ifade özgürlüğünün genişlemesine katkıda bulunmadığını" belirtir^[104]. Ardından "Türk Ceza Kanununun 301. maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı üzere, çok geniş ve belirsizdir ve bu nedenle madde, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik süregelen bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle madde lafzı, kişilerin eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermemektedir" sonucuna ulaşır^[105].

86. İHAM'ın bulguları doğrultusunda Venedik Komisyonu, bir içtihat birliğinin yokluğunda 301. maddenin ilk fıkrasının öngörülebilirlik koşullarını yeterince karşılamadığı görüşündedir. Aşağılamamanın kamusal nitelikte olması

[100] İHAM, *Dink v. Turkey*, prgrf. 137.

[101] İHAS madde 7, UMSHS madde 15(1).

[102] İHAM, *Dink v. Turkey*, prgrf. 28'den alıntı.

[103] *Dink v. Turkey*, prgrf. 116.

[104] *Taner Akçam v. Turkey*, prgrf. 92.

[105] *Ibid.*, 93. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi, Genel Değerlendirme No. 34 (2011), prgrf. 25 ("bir normun 'hukuk' olarak nitelenebilmesi için, bir kişinin kendi davranışlarını buna göre düzenleyebileceği kesinliği taşımaları ve kamuoyu tarafından bilinin duruma getirilmelidir. Hiçbir yasa, uygulama ile görevli olanlara ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda sınırsız takdir hakkı tanıyamaz. Yasalar, uygulama görevinde olanlara, hangi tür ifade biçimlerine kısıtlama getirilebileceğini, hangilerine ise getirilemeyeceğini belirlemelerinde yeterli yol göstericiliği sağlamalıdır").

gerekliliği bir tarafa, “aşağılama” ifadesi de belirlilikten uzaktır. Resmi makamların açıklayıcı notunda ifade edilen “*aşağılama, maddede değinilen değerlere yönelik itibarı azaltmaya yönelik fiil ve eylemlerden oluşur*” tanımı da öngörülebilirlik sorununu çözmez. Zira bu tanım, düzenlemenin pratikte nasıl uygulanabileceğini açıklamadan yalnızca “aşağılama” ifadesinin yerine “itibarın azaltılması” ifadesini geçirmektedir. Sorun kısmen, ama tümüyle değil, üçüncü fıkraya eleştiri amaçlı görüş açıklamalarının suç oluşturmayacağı ifadesi eklenerek çözülmüştür. “Aşağılama” ile “eleştiri” arasındaki sınır belirgin değildir ve tümüyle mahkemelerin takdirine bırakılmış gibi görünmektedir. Fakat “aşağılama”nın anlamı ile ilgili olarak tutarlı bir içtihat birliği bulunmadığından, muhtemel soruşturma ve cezalandırılmalar öngörülemezdir. Düzenlemedeki sert müeyyide göz önüne alındığında bu son derece ciddi bir durumdur: altı ilâ iki yıl hapis cezası. Keza, İHAM gibi Komisyon da, Yargıtayın 11 Temmuz 2006 tarihli kararında Türklük teriminin içeriği tanımlansa da, “Türk milletinin” ne şekilde “aşağılanmış” olacağı ve “Türk milleti” ile “Türkiye Cumhuriyeti devleti” arasındaki farkın da belirgin olmadığını düşünmektedir.

87. Sonuç olarak, “Türk milleti” vs. ve “aşağılama” terimlerinin içeriği yüksek mahkemeler aracılığıyla yeterince belirginleştirilmeden İHAM’ın ulaştığı sonuçlar geçerliliğini korumaktadır ve 301. madde, muğlak ifadeleri nedeniyle İHAS 10. madde ile uyumsuzdur. Bu, bireylerin ve özellikle medyanın otosansür uygulamasına neden olabilir yani bilgilerin ve görüşlerin serbestçe aktarılıp paylaşılması konusunda ciddi sonuçlar doğurabilir.

88. Ayrıca, birinci fıkrada “aşağılama” terimi ile ilgili belirsizlik, ikinci fıkrada aynı şekilde kullanılan terim için de geçerlidir. Üstelik ayrıntılı bir açıklama verilmediğinden askeri ve güvenlikle ilgili kurumlar için neden ayrı bir düzenlemeye gerek duyulduğu belirsizdir; zira birinci paragraf bu kurumlar için de kullanılabilir.

89. Üçüncüsü, Dink davasında İHAM, failin şiddete teşvikinin bulunmadığı durumlarda devlet organlarının itibarsızlaştırmaya karşı korunmasının, meşru bir kamu düzeninin korunması amacı kapsamında olup olmadığı yolundaki kuşkularını ifade etmiştir^[106]. İHAS madde 10(2) devletlerin siyasi ifadeler ve kamu yararına meselelerle ilgili olarak ifade özgürlüğünü ancak, şiddete teşvik gibi, çok istisnai hallerde kısıtlayabilmesine izin vermektedir^[107]. Ayrıca bu alanda ceza hukuku enstrümanlarının devletler tarafından sınırlı olarak kullanılabilceği

[106] *Dink v. Turkey*, prgrf. 118. Ayrıca bkz. İnsan Hakları Komitesi, Genel Değerlendirme No. 34 (2011), prgrf. 38 (“Taraflar devletler ordu veya idare gibi kurumların eleştirilmesini yasaklamamalıdır”).

[107] *Dink v. Turkey*, prgrf. 133 sonuna kadar.

ve şiddete teşvik olmaması halinde, hapis cezası uygulamasının demokratik toplumun gereklerini karşılamaya uygun olmadığı yeniden hatırlatılmalıdır (Hrant Dink örneğinde olduğu üzere^[108]). Bu sonuçlar geçerliliklerini korumaktadır.

90. Son olarak, 301. maddeye dayalı olarak yürütülecek bir soruşturma için Adalet Bakanının iznini gerektiren 4. fıkra ile ilgili olarak, resmi makamların sundukları açıklayıcı notta bunun pozitif bir gelişme olduğu vurgulanmaktadır; “*Adalet Bakanı bu takdirini ülkenin çıkarları için kullanacak ve yetkisini devretmeyecektir*”. Ayrıca, açıklayıcı nota göre, bu değişiklik yargının iş yükünü azaltmıştır ve bu suçun işlendiği iddiası ile başlatılan soruşturmaların sayısında çarpıcı bir azalma görülmektedir.

91. Şişli (İstanbul) 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 301. maddenin 4. fıkrasındaki bu düzenlemeyi, yargı bağımsızlığına ve yürütmenin bir üyesi olan Adalet Bakanına yargı fonksiyonuna müdahale imkânı verdiği için kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine taşımıştır. İlk derece mahkemesi ayrıca, 301. maddeye dayalı olarak bir soruşturma başlatılması için Adalet Bakanı izninin aranmasının, ceza kanunu içerisinde bir tutarsızlık olduğunu ileri sürmektedir. Zira diğer kamu görevlilerine yönelik aşağılama için böyle bir izin aranmamaktadır. 7 Mayıs 2009 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi “*Bu maddenin dördüncü fıkrasında Adalet Bakanına verilen yetkinin bakanın yargısal denetim yapması ile ilgili olmadığı, devlet ve toplum çıkarı için kullanılacak bir siyasi takdir olduğu*” gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir.

92. İHAM, Taner Akçam dosyasında şu sonuca ulaşmıştır: “*301. maddenin yargı organları tarafından keyfi kullanımının önlenmesi için yasama organınca kısıtlamalar getirilmesi, güvenilir ve sürekli bir güvence sağlamamaktadır veya doğrudan etkilenilme riskini ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ilerleyen zamanda herhangi bir siyasal değişiklik, Adalet Bakanlığının yorumlayıcı tutumunu etkileyebilir ve keyfi takibatların yolunu açabilir*”^[109]. Benzer şekilde İnsan Hakları Komiseri de 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda “*2008 yılında kabul edilen ve savcılığın her bir dava için Adalet Bakanlığından ayrıca izin almasını gerektiren değişikliğin kalıcı bir çözüm olmadığını, benzer ihlallerin önlenmesi için tek çözümün İHAS ilgili standartlarının Türk hukuk sistemiyle bütünleştirilmesi olduğunu*” belirtmektedir.

93. Ankara’da gerçekleştirilen toplantılarda, yetkili makamlar savcılarının soruşturma taleplerini incelerken Adalet Bakanının İHAS’ın 10. maddesiyle ilgili İHAM içtihatlarını göz önünde bulundurduğuna dikkat çekmişlerdir. Bu,

[108] Ibid., prgrf. 133.

[109] *Taner Akçam v. Turkey*, prgrf. 94.

olumludur. Ne var ki, Anayasanın 90(5)inci maddesi uyarınca^[110] İHAM zaten Türk hukuk sisteminin bir parçasıdır; mahkemeler ve savcılar, Sözleşmeyi ve İHAM içtihatlarını ulusal hukukta doğrudan uygulamalıdır. Venedik Komisyonu ayrıca, izin sisteminin sorunu çözmediğini ve Adalet Bakanına bırakılan takdir yetkisinin siyasi mülahazalara neden olabileceğini ve bu mekanizmanın da keyfi soruşturmaları engellemeyebileceğini düşünmektedir.

94. Sonuç olarak, öncelikle, bu düzenlemenin yeniden tasarlanması ve ardından, kullanılan her bir kavramın açık olarak anlaşılacak; öngürülebilirlik ve yasallık ilkelerini karşılamaya yetecek şekilde değiştirilmesi önerilmektedir. Ayrıca, madde, ulusal mahkemeler tarafından yukarıda sözü edilen İHAM içtihatları (*Dink v. Türkiye*) doğrultusunda yorumlanmalıdır. İHAM gibi Komisyon da, failin şiddete teşvikinin bulunmadığı durumlarda devlet organlarının itibarsızlaştırmaya karşı korunmasının, meşru bir kamu düzeninin korunması amacı kapsamında olup olmadığı yolunda kuşku duymaktadır^[111]. Bu anlamda, BM İnsan Hakları Komitesinin 34 Sayılı Genel Değerlendirmesine göre “*Devletler, ordu veya idare gibi kurumların eleştirilmesini yasaklamamalıdır*”. Madde, kamusal tartışmayı engelleyecek şekilde, hükümet politikalarına yönelik sert eleştirilerin cezalandırılması için kullanılmamalıdır. Yalnızca, “şiddet ve nefrete teşvik” olarak değerlendirilen ifadeler için söz konusu olmalıdır. Komisyon ayrıca siyasi ifade alanında ceza hukuku enstrümanlarının devletler tarafından sınırlı olarak kullanılabilmesini ve şiddete teşvik olmaması halinde, hapis cezası uygulamasının demokratik toplumun gereklerini karşılamaya uygun olmadığını yeniden hatırlatır.

E. Madde 314 (Silahlı Örgüt)

95. Türk Ceza Kanununun 314. Maddesi, kanunun dördüncü kısım (Devlet ve Millete Karşı Suçlar) dördüncü ve beşinci bölümleri altında düzenlenen suçlara ilişkin silahlı örgüte üyeliğini, örgüt kurma ve yönetmeyi suç olarak düzenlemektedir.

96. 314(1)inci maddenin atf yaptığı dördüncü kısmın dördüncü ve beşinci bölümleri devletin güvenliğine (Dördüncü bölüm -devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla işbirliği yapmak, devlete karşı savaşa tahrik,

[110] “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

[111] İHAM, *Dink v. Turkey*, prgrf. 118.

temel milli yararlar karşı hareket, yabancı devlet aleyhine asker toplama, askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma, düşman devlete maddi ve mali yardım) ve anayasal düzene ve işleyişine (Beşinci bölüm–Anayasayı ihlâl, cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, yasama organına karşı suç, hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan, silahlı örgüt, silah sağlama, suç için anlaşma) karşı suçlara ilişkin bir liste oluşturmaktadır.

97. 314. maddenin üçüncü fıkrasına göre “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır”. “Diğer hükümler”e yapılan bu gönderme nedeniyle, 314. madde sıklıkla “suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma” başlıklı 220. madde ile bağlantılı olarak uygulanmaktadır. 220. maddenin özellikle altıncı ve yedinci fıkralarında yazılı suçları işleyen kişiler, o örgütün üyesi olmasalar dahi, 314. madde ile bağlantılı olarak, örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadırlar.

1. Silahlı Örgüte Üyelik (Madde 314)

98. Türk Ceza Kanununda silahlı örgüt veya silahlı grup tanımı yer almaz. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu E. 2006/10-253 K. 2007/80 sayılı kararında –Türk Ceza Kanununun 220. maddesi uyarınca- bir suç örgütü için gerekli olan ana kriterleri belirlemiştir. Grubun en az üç üyesi bulunmalı; grup üyeleri arasında güçlü veya zayıf, hiyerarşik bir ilişki olmalıdır, ki “soyut bir bağ” yeterli değildir; üyelerin suç işlemek gibi ortak bir amaçları bulunmalı; grup süreklilik taşımali; ve grubun yapısı, üyelerinin sayısı, araç ve ekipmanları öngörülen suçu işlemek için elverişli/yeterli olmalıdır.

99. Ankara’daki toplantılar esnasında resmi makamlar bir örgütün 314. madde bağlamında silahlı kabul edilebilmesi için örgüte ait silahların da keza devlete ve millete karşı suçlarla (Türk Ceza Kanununun dördüncü kısmının dördüncü ve beşinci bölümleri) ilgili olarak yeterli ve elverişli olması gerektiğini belirtmişlerdir.

100. Yargıtayın, silahlı örgüt “üyeligi” kistasını geliştirdiği zengin bir içtihat geçmişi bulunmaktadır. Yargıtay ilgili sanıkların farklı eylemlerinde, sanığın örgüt ile “organik bir ilişkisinin”^[112] bulunmadığını anlamak üzere faaliyetlerinin “süreklilik, farklılık ve yoğunluğunu”^[113] göz önüne almış veya örgütün “hiyerarşik yapısı içerisinde”^[114] bilinçli ve istekli bir şekilde değerlendirilip

[112] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9229, K. 2013/13608, 13 Kasım 2013.

[113] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2012/4191, K. 2013/3971, 14 Mart 2013.

[114] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/3018, K. 2013/6315, 24 Nisan 2013

değerlendirilemeyeceğini anlamaya çalışmıştır. Yargıtay Şubat 2012 tarih E. 2010/2839 ve K. 2012/1406 sayılı kararında, terör örgütü üyesi olmak isteyenlere düzenli olarak kalacak yer sağlayan, sahte kimlik kartı hazırlayan, onları örgüte kazandıran ve örgüt için yeni üyeler arayan sanıklar silahlı örgüt üyesi olarak mahkûm edilmişlerdir^[115]. Gerçek kimliğini gizlemek üzere örgüt içerisinde bir kod adı kullanmak ve terör örgütü üyelerinin getirdiği bombayı dairesinde saklamak^[116]; yeni üyelere örgütün hedef ve yapısı hakkında dersler vermek^[117]; cezaevinden tahliye edildikten sonra örgütle yeniden ilişki kurmak ve örgüt adına para toplayıp yeni üyeler kazandırmaya çalışmak^[118]; örgüte üye olmak için CV yollamak^[119] veya örgüt üyesi olmak isteyen yeni katılımcıları arabasıyla örgütün kampına götürmek^[120], örgüte vergi toplamak adı altında para toplamak^[121] veya yeni üyeler örgüt kampına gönderilmeden evvel onlara tıbbi kontrol yapılmasını organize etmek^[122], sanık için, Yargıtay tarafından silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde bilerek ve isteyerek düzenli, çeşitli ve yoğun faaliyetler olarak, Türk Ceza Kanununun 314. maddesi uyarınca silahlı örgüt üyesi kabul edilmesini gerektirecek faaliyetler olarak değerlendirilmiştir.

101. Eğer sanığa atılı faaliyetler “düzenlilik, çeşitlilik ve yoğunluk” nedeniyle örgüt ile “organik bir ilişkiyi” kanıtlamıyorsa, 220. maddedeki “silahlı örgüte yardım ve yataklık” veya “silahlı örgüt lehine faaliyette bulunmak” suçları uygulanmaktadır^[123]. Örgüte sempati duyup da, örgüte katılmak üzere sınırı geçerken yakalanan kişi^[124] veya örgüt üyesi olmak için örgüt üyeleri ile irtibata geçmeye çalışan kişi^[125], yakalanma anında organik bir ilişki kurulmamış olduğu için silahlı örgüt üyesi olarak kabul edilmezler. Ayrıca “PKK yanlısı medya organlarında çağırısı yapılan gösterilere katılmak, terörist örgüt lideri için slogan

[115] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/2839, K. 2012/1406, 6 Şubat 2012.

[116] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/11916, K. 2009/1340, 4 Şubat 2009.

[117] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/5744, K. 2007/5430, 20 Haziran 2007.

[118] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/2010, K. 2009/11270, 11 Kasım 2009.

[119] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/16588, K. 2011/1626, 09 Mart 2011.

[120] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/4767, K. 2015/1862, 16 Haziran 2015.

[121] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/851, K. 2011/1311, 28 Şubat 2011.

[122] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/12804, K. 2011/2467, 25 Nisan 2011.

[123] Bkz. Aşağıda “314üncü maddenin 220nci madde ile bağlantılı uygulanması” başlığı.

[124] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/9178, K. 2010/3894, 6 Nisan 2010.

[125] Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/11886, K. 2011/2637, 2 Şubat 2011.

atıp zafer işareti yapmak, güvenlik güçleri ile çatışmak ve barikat kurmak” üyesi olmadan örgüt lehine faaliyette bulunma suçu olarak değerlendirilmiştir^[126].

102. Hükümet dışı kaynaklara göre, 314. maddenin uygulanmasında yerel mahkemeler pek çok davada zayıf kanıtlara dayalı olarak bir kişinin silahlı örgüt üyeliğine hükmedebilmekte ve bu da, 314. maddenin uygulamasında öngörülebilirliğe ilişkin kuşkulara yol açmaktadır. Benzer şekilde Freedom House, Türkiye’de Basın Özgürlüğü 2015 Raporunda “*Ceza Kanununun 314. maddesinin, silahlı örgüt üyeliğini geniş şekilde tanımlanarak, gazetecilere ve özellikle Kürt ve sol siyasetten olanlara yönelik olarak kullanıldığını*” ifade etmektedir^[127]. Keza Uluslararası Af Örgütü 2013 Türkiye Raporunda^[128], kendi başına suç oluşturmayan, örneğin gösteri özgürlüğü, örgütlenme ve ifade özgürlüğü hakkının kullanılması olan faaliyetlerin, sanıkların silahlı örgüt üyeliklerinin kanıtı olarak değerlendirildiğini ifade etmektedir. Rapora göre bu yaklaşımın sebebi, soruşturma makamlarının bu faaliyetleri bir terörist grubun nihai amaçlarının bir parçası olarak algılamaları ve sonuç olarak “*yalnızca barışçıl ve kendi içlerinde hukuki Kürt yanlı faaliyetlere katılan kişiler, terör örgütü üyeliğinden soruşturulmaktadırlar*”^[129]. Af Örgütünün yer verdiği, sanıkların terör örgütü ile ilişkilendirildiği dosyalardaki kanıtlar arasında terör örgütünün düzenlediği iddia edilen altı farklı gösteriye katılmış olmak ve bunlardan birinde konuşma yapmak veya bir başka vakada Barış ve Demokrasi Partisi (BDP – Kürtyanlısı yasal siyasi parti)’nin düzenlediği “Siyaset Akademisi”ne katılmış olmak ve bu akademi kapsamında faaliyette bulunmak yer almaktadır.

103. Venedik Komisyonu ilk olarak İHAM’ın eski Türk Ceza Kanununun 168. maddesi ile yargılanan başvuruculara dair verdiği bir dizi kabul edilebilirlik kararında başvurucuların görüşlerini açıklamak veya bir gösteriye katılmakla değil, silahlı örgüt üyesi olmakla suçlandıklarını ve sonuçta başvurucuların ifade özgürlükleri ile çatışma olmadığını gözlemlediğine dikkat çekmektedir^[130]. Bu davalarda, yerel mahkemelerin tasarrufundaki kanıtların yalnızca ifade form-

[126] Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu, E. 2007/9-282, K. 2008/44, 4 Mart 2008.

[127] Freedom House, *Turkey: 5-Year Decline in Press Freedom*, Aralık 2015.

[128] Amnesty International, *Turkey: Decriminalize Dissent. Time to Deliver on the Right to Freedom of Expression*, EUR 44/001/2013, 2013, s. 19 *et seq.*

[129] *Ibid.*, s. 20.

[130] *Sirin v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 47328/99; *Kılıç v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 40498/98; *Siz v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 895/02; *Turan v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 879/02; *Arslan v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 31320/02; *Kızılöz v. Turkey* (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 32962/96.

larından ibaret olmadığı anlaşılmaktadır: *Kızılöz* dosyasında örneğin, yerel mahkeme başvurusunun para topladığı, barınma sağladığı ve üyelere iş bulduğu, sahte kimlik kartı veya ehliyet çıkarttığı, resmi belge düzenlediği gerekçesiyle silahlı örgüte üyeliğine karar vermiştir.

104. Ne var ki, *Yılmaz ve Kılıç v. Türkiye* kararında mahkeme (eski Türk Ceza Kanununun örgüte yardım ve yataklı düzenleyen 169. maddesi kapsamında olsa da) başvurusunun 169. madde uyarınca hüküm giymesine neden olan kanıtların ifade kullanımından ibaret olduğuna (başvurusunun kullandığı bazı ifadeler, gösteriler sırasında atılan sloganlar vs) ve dolayısıyla başvurusunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olduğuna hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir (kararın 58. paragrafı). Akabinde mahkeme, bu müdahalenin demokratik toplumun gerekleri ile uyumlu olup olmadığını ele almıştır. Mahkeme aynı ilkeyi *Gül ve diğerleri v. Türkiye* (4870/02) davasında da uygulamış ve başvuru sahiplerinin eski Türk Ceza Kanununun 169. maddesi uyarınca mahkûmiyetlerini, aleyhlerine kullanılan tek kanıtın gösteriler sırasında atılan sloganlar olmasından bahisle, ifade özgürlüğü haklarına bir müdahale olarak kabul etmiştir.

105. Ayrıca, Komisyon 314. maddenin uygulanmasında, hükmün zayıf kanıtlara dayanılarak verilmesinin İHAS 7. madde^[131] kapsamında sorunlar yaratabileceğine yeniden dikkat çeker. Zira bu düzenleme, *inter alia* [diğerleri yanında], ceza hukukunun esasen sanığa zarar vermek, örneğin kıyas uygulamak, üzerine kurulamayacağına dairdir^[132]. Yukarıda ifade edilen *Yılmaz ve Kılıç* örneğindeki gibi, silahlı örgüt üyesi olmakla suçlanan kişi aleyhine tek kanıtın ifade formları olduğu durumlarda, zayıf kanıtlara dayanmak, sanığın ifade özgürlüğü hakkına müdahalenin “öngörülebilirliğine” de zarar vermektedir. *Güler ve Uğur v. Türkiye* kararında başvuru sahipleri, güvenlik güçleri tarafından öldürülen iki PKK üyesi anısına düzenlenen bir dini törene katıldıkları gerekçesiyle terör örgütü propagandası yapmakla suçlanmışlardır. İHAM, başvuru sahiplerinin, yalnızca dini bir törene katılmanın terör örgütü propagandası ile ilişkilendirilebileceğini öngöremeyeceklerine karar vermiştir. Bu nedenle başvuru sahiplerinin din özgürlüklerine müdahale “kanunda yazılı” olarak kabul edilemez, zira açıklık ve öngörülebilirlik koşullarını taşımamaktadır. Venedik Komisyonuna göre, her ne kadar söz konusu İHAM içtihadı vakaya özgü ise de, Türk Ceza Kanununun 314. maddesine ilişkin büyük sonuçları vardır.

[131] İHAS madde 7(1)'e göre: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

[132] Bkz. İHAM, *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* (Başvuru No.'lar 23536/94 ve 24408/94), 8 Temmuz 1999, prgrf. 36. Ayrıca bkz., UMSHS madde 14(2) (“Suç işlediği iddia olunan herkes suçlu kanıtlanana kadar masum kabul edilme hakkına sahiptir”).

Silahlı örgüte üyelik iddiası makul delillerle ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde gösterilebilmelidir.

106. Sonuç olarak Venedik Komisyonu, öncelikle, Yargıtayın belirlediği kriterlerin, yani sanığa isnat edilen faaliyetlerin “sürekli, çeşitli ve yoğun olması” ve “organik ilişki” için kişinin bilerek ve isteyerek örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde yer alması gerekliliğinin sıkı sıkıya uygulanmasını önermektedir. Kriterlerin gevşek bir şekilde uygulanması İHAS madde 7 anlamında, yasallık ilkesi problemlerine neden olabilir.

107. Ayrıca, yerel mahkemelerde örgüt üyeliği için kabul edilen yegâne delil, farklı görüş açıklama formları olmamalıdır. Tek delil farklı ifade formları olduğunda, silahlı örgüt üyeliği hükmü sanığın ifade özgürlüğüne müdahale anlamına gelebilir ve böyle bir müdahale için İHAM’ın daha evvel ifade olunan kriterlerine, bilhassa “şiddete teşvik” kriterine uygun olup olmadığı her bir somut durum için ayrıca değerlendirilmelidir.

2. 314. Maddenin 210. Madde İle Bağlantılı Olarak Uygulanması

108. 314. maddenin üçüncü fıkrasında “*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Türk Ceza Kanununun 220. maddesi, 314. maddenin üçüncü fıkrasındaki suç örgütü kurma ile ilgili “diğer hükümler” atfı nedeniyle, Yargıtay içtihatlarında sık sık 220. maddenin altıncı ve yedinci fıkraları 314. madde ile bağlantılı olarak uygulandığı için özel önem taşır. 220. maddenin altıncı ve yedinci fıkraları ile birlikte değerlendirildiğinde, *örgüt üyesi olmasa dahi* örgüt adına suç işleyen kişi (altıncı fıkra) veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi (yedinci fıkra), örgüt üyesi olarak cezalandırılır (madde 314).

109. 4 Mart 2008 tarihli bir kararında^[133] Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu, PKK yanlısı medya organlarında çağrısı yapılan gösterilere katılmak, terörist örgüt lideri için slogan atıp zafer işareti yapmak, güvenlik güçleri ile çatışmak ve barikat kurmayı, terör örgütü lehine suç işlemek olarak kabul etmiştir. Bu durumda, silahlı örgüte üyelik kesin olmasa da, 220. maddenin altıncı fıkrası 314. madde ile birlikte uygulanarak, sanığın suç örgütüne üye olduğuna karar verilmiştir. Bu kararla Yargıtay, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesinin bir suçun bir örgüt lehine işlendiğinin kabul edilebilmesi için “*örgütün belirsiz kolektif bir eyleme çağrı yapmış olmasının yeterli olmadığı, bu*

[133] Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu, E. 2007/9-282 K. 2008/44.

eylemi gerçekleştirebilecek bir kişiye doğrudan talimat verilmiş olması gerektiği” şeklindeki kararını bozmuştur^[134].

110. 24 Mart 2011 tarihli kararında^[135] Yargıtay 9. Ceza Dairesi de, silahlı bir örgütün kendi internet sitesi üzerinden yaptığı gösteri çağrısına katılmayı, kişinin gösteri esnasında kimliğini gizleyecek şekilde yüzünü kapatmış olmasını ve silahlı örgüt lehine slogan atmayı silahlı örgüt adına suç olarak kabul etmiş ve sanığın örgüt üyeliği kanıtlanamasa da silahlı örgüt üyesi olduğuna hükmetmiştir (314. madde atfı ile 220. maddenin altıncı fıkrası).

111. Örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmeyi düzenleyen 220(7)nci madde de, ifade özgürlüğünün içerildiği davalarda kullanılmıştır. *Nedim Şener* davasında^[136] başvuru, suç örgütünün şüpheli üyelerinin talebiyle hükümet faaliyetlerini eleştiren kitaplar hazırladığı iddiasıyla, 220. maddenin yedinci fıkrası (örgüte yardım) ile birlikte 314. maddenin üçüncü fıkrasından yargılanmıştır. 4 Haziran 2012 tarihli kararında^[137] Yargıtay, terör örgütünün yaptığı kampanya çağrısına uyarak “*Eğer Öcalan’a sayın Öcalan demek suç ise, ben de burada bu suçu işliyorum* [Öcalan’a sayın diyerek] ve kendimi ihbar ediyorum” şeklinde bir bildiri hazırlamayı ve bu bildiri için imza toplamayı “bilerek ve isteyerek suç örgütüne yardım” olarak değerlendirmiştir.

112. Sonuç olarak, sanığın silahlı örgütle “organik ilişkisi”, Yargıtay’ın 314. madde ile ilgili olarak kendi içtihatlarıyla geliştirdiği kriterlere uygun olarak kanıtlanamıyorsa da, silahlı örgüt lehine suç işlediği (220. maddenin altıncı fıkrası) veya bilerek isteyerek silahlı örgüte yardım ettiği değerlendirilen sanıklar, 314. maddeye göre bu örgütün üyesi olarak cezalandırılmaktadır.

113. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10 Ocak 2012’de^[138] yayımlanan raporunda, 220. madde ile ilgili esas meselenin “*özellikle bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında (...) çok geniş bir takdir payına olanak sağlaması*” olduğunu belirtir. Human Rights Watch’un 1 Kasım 2010 tarihli raporuna göre “*bu hukuki çerçeve silahlı bir PKK militanı ile sivil bir gösterici arasında hiçbir ayrım yapmamaktadır*”. Uluslararası

[134] Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, 31 May 2007, İHAM, *Gülcü v. Turkey*, Başvuru No. 17526/10, 19 Ocak 2016, prgrf. 58’de atıf yapılmıştır.

[135] E. 2011/1012- K. 2011/1879.

[136] İHAM, *Nedim Şener v. Turkey*.

[137] E. 2010/15798 – K. 2012/7455. Kararın Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunda olduğu anlaşılmaktadır.

[138] CommDH(2012)2, 10-14 Ekim 2011 Türkiye Ziyareti Sonrası.

Af Örgütü 27 Mart 2013 tarihli raporunda “220(6)ncü maddenin ne esasen terörle ilişkili bireysel suçların takibine ne de uygulamada ifade özgürlüğünü geliştirmek üzere kullanıldığına” dikkat çeker^[139].

114. Bu eleştiriye tepki olarak 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesine 11 Nisan 2013 değişikliği ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre 7. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç (terör örgütü propagandası), 6. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç (terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basma veya yayımlama), 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu işleyenler hakkında, Türk Ceza Kanununun 220. maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez. Resmi makamlar bu değişiklik ile, terörle mücadele yasaları alanında ifade özgürlüğünün alanının genişlediğini ileri sürmektedirler.

115. Venedik Komisyonu, Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde yapılan ve yukarıda ifade edilen suçları Türk Ceza Kanununun 220(6)ncü maddesinin kapsamından çıkaran değişikliği memnuniyetle karşılamaktadır. Bu değişiklik ile bu tür suçları işlemiş olmakla suçlanan sanıklar ayrıca 314. maddedeki silahlı örgüt üyeliği suçunu nedeniyle cezalandırılmayacaklardır.

116. Ne var ki, Venedik Komisyonu, bu değişikliğin sınırlı olduğunu ve ifade ile toplantı özgürlüğünün kullanımının korunması ihtiyacını yeterince karşılamadığını düşünmektedir. Öncelikle, Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklik yukarıda ifade olunan suçları yalnızca Türk Ceza Kanununun 220(6)ncü maddesinin kapsamından çıkarmaktadır. Oysa yukarıda atıf yapılan bazı Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere, bazı ifade biçimleri 220(7)ncü madde (örgüte yardım) kapsamında da yer alıyor olabilir. Pratikte bu, kötüye kullanılabilir. Zira herhangi bir ifade, bir örgüte yardım olarak değerlendirilerek, sanıklar, silahlı örgüt ile organik ilişkileri kanıtlanamasa da, 314. maddedeki silahlı örgüt üyesi olarak cezalandırılmalarına neden olacak şekilde 220(6)ncü madde yerine 220(7)ncü madde kapsamında cezalandırılabilir.

117. Ayrıca, Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesine yeni eklenen fıkranın ilk bendinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin ilk fıkrasına atıf yapılmaktadır. Bu fıkra, yalnızca yasadışı bir gösterinin düzenlenmesini veya buna katılımı suç olarak düzenlemektedir. Oysa söz gelimi Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 31(1)ncü maddesinde düzenlenen

[139] Amnesty International, Report of 27 March 2013 “Turkey: Decriminalize Dissent/Time to deliver on the Right to Freedom of Expression”

“güvenlik güçlerinin gösterinin bitirilmesi yolundaki uyarılarına uymayı reddetmek” şeklindeki suç, hâlâ 314. madde ile birlikte 220(6)ncü madde (bir örgüt adına suç işlemek) kapsamında olabilir.

118. Bu durum, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda 28. madde dışında kalan düzenlemeler kapsamında suç işledikleri iddia olunanlara uygulanan cezaların orantılılığı konusunda sorunlar yaratabilir. *Gülcü v. Türkiye* kararında^[140] İHAM, başvurucunun silahlı bir örgütün çağrısına uyararak bir gösteriye katıldığı ve güvenlik güçlerine taş attığı, yani şiddet eylemine karıştığı tespit edildikten sonra, başvurucuya uygulanan müeyyidenin İHAS’ın 11. maddesinde yer alan güvencelere uygun olması gerektiğine hükmetmiştir. Oysa 314. madde ile birlikte 220(6)ncü madde (örgüt adına suç işlemek) dolayısıyla ağır hapis cezası uygulanması, arzu edilen meşru amaç ile orantılı değildir. Mahkeme böylece İHAS madde 11’in ihlal edildiğine karar vermiştir.

119. 2014’teki *Nedim Şener* davasında^[141], başvurucu güya suç örgütünün şüpheli üyelerinin talebi üzerine hükümet faaliyetlerini ve yargı makamlarını eleştiren kitapların yayımlanmasına katkı verdiği için yargılanmıştır. Yargılama 314. madde ile birlikte 220(7)ncü maddeye (örgüte yardım) dayalıdır. Bu davada İHAM, İHAS’ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlaline karar vermiştir. Sonuç, öncelikle Türkiye’nin demokratik toplumun gereklerini karşılamadaki yetersizliğinden kaynaklanmıştır (müdahale zorunlu sosyal gereklilikten kaynaklanmamakta ve meşru amaç ile orantılılık sergilememektedir^[142]). Mahkeme aynı zamanda 220. madde ile birleşen 314. madde kovuşturmasının müdahale ile hedeflenen meşru amaç^[143] konusunda olduğu kadar öngörülebilirliği^[144] konusunda da kuşku duymuştur. Bu iki husus vakaya özgüyse de, 220. madde ile birlikte kullanılan 314. madde uygulamasının lafzı itibariyle yeterince açık olmadığını ve bu kullanımın zorluklara sebep olduğunu belirtmiştir.

120. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu 220. maddenin altıncı ve yedinci fıkralarındaki “örgüt üyesi olmamakla birlikte, örgüt üyesi olma suçu ile cezalandırılma” düzenlemelerinin kaldırılmasını önerir. Şu halde, 220. maddenin altıncı ve yedinci fıkralarında yazılı suçları işleyenler 314. madde kapsamında silahlı örgüt üyesi olarak değil, farklı bir müeyyide ile cezalandırılacaklardır.

[140] İHAM, *Gülcü v. Turkey*, Başvuru No. 17526/10, 19 Ocak 2016 (henüz nihai değil).

[141] İHAM, *Nedim Şener v. Turkey*, Başvuru No. 38270/11, 8 Temmuz 2014.

[142] *Ibid.*, prgrf. 123.

[143] *Ibid.*, prgrf. 105.

[144] *Ibid.*, prgrf. 102.

121. Altıncı ve yedinci fıkralardaki bu müeyyidelerin korunması halinde ise Türk makamları, 220. maddenin 314. madde ile birlikte bağlantılı değerlendirilmesinin, yalnızca toplantı ve ifade özgürlüğünün söz konusu olmadığı vakalarda uygulanması ile sınırlandırılması sağlamalıdır.

V. Sonuçlar

122. Her şeyden evvel Venedik Komisyonu, Türkiye'nin son yıllarda, Türk Ceza Kanununun 301. ve (220. madde ile birlikte) 314. madde uygulaması konusunda belirli bir ilerleme kaydettiğini ifade eder. Nisan 2008'de 301. maddede yapılan değişiklik ile Türk Ceza Kanununun 314. maddenin 220(6) ncı maddesi bağlantısıyla uygulanmasını sınırlandırmaya yönelik 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklik (Nisan 2013), bu düzenlemelerin usule uygun olmayacak şekilde kullanımıyla ortaya çıkan temel özgürlük ihlallerinin sayısını düşürmüştür. Yargıtay da özellikle 216. ve 299. maddelerle ilgili olarak, yorum yoluyla bu düzenlemelerin Avrupa standartları ile uyumlu olmasını sağlayacak gereklilikler belirlemiştir.

123. Venedik Komisyonu bu olumlu adımları memnuniyetle karşılamaktadır. Ne var ki, kaydedilen ilerlemenin açıkça yetersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu değerlendirmeye konu olan düzenlemelerin hepsi, aşırı müeyyideler içermektedir ve İHAS 10. madde ve ilgili içtihat ile UMSHS 19. madde kapsamında korunan faaliyetleri de cezalandırmak üzere geniş bir şekilde uygulanmaktadır.

124. Her dört düzenleme de, İHAS madde 10 ve UMSHS madde 19 ile uyumlu halde olabilmeleri için radikal olarak farklı bir şekilde uygulanmalıdır. Komisyon kişilerin özellikle alt derece mahkemeler tarafından kovuşturulup mahkûm edilmelerinin, ifade özgürlüğüne yönelik caydırıcı bir etki yarattığının ve buna son verilmesi gerektiğinin altını çizer. Bireylerin yıllarca ceza kovuşturulmasına konu olduktan sonra Yargıtay tarafından beraat ettirilmeleri yeterli değildir. Komisyon ayrıca devletlerin farklı ve alternatif görüşlerin ortaya çıkabileceği uygun bir ortam yaratma yönündeki pozitif yükümlülüğünü de hatırlatır.

125. 126. madde (Nefrete, Düşmanlığa Tahrik, Aşağılama) ile ilgili olarak, bu düzenlemenin 1. ve 2. fıkraları hükümet politikalarına yönelik sert eleştirileri cezalandırmak üzere kullanılmalıdır. Orantılı cezai yaptırım yoluna ancak bu ifadeler açıkça şiddete, silahlı isyana veya kalkışmaya teşvik anlamına geldiklerinde başvurulmalıdır. 3. fıkra yalnızca kamu düzenini kasten ve sert bir şekilde bozmaya ve şiddete çağrı yapmaya yönelik uç dini aşağılama vakalarında

kullanılmalıdır. Yalnızca kutsallara hakaret içeren vakalara, bu düzenleme uygulanmamalıdır.

126. 299. madde (Cumhurbaşkanına Hakaret) ile ilgili olarak, hiçbir ilerleme kaydedilememiştir ve kullanımı esaslı bir şekilde artmıştır. Madde son dönemlerde ortaya çıkan, devletlerin cumhurbaşkanına hakareti ya tümüyle suç olmaktan çıkarmaları veya yalnızca çok ciddi sözlü saldırılarla sınırlandırmaları ve ayrıca hapsi içermeyecek kısıtlı cezalar uygulamaları yönündeki Avrupa konsensusunu hiçbir şekilde karşılamamaktadır. Bu maddenin aşırı ve giderek artan kullanımı karşısında, Komisyon, Türkiye bağlamında daha fazla ifade özgürlüğü ihlali yaşanmaması için yegâne çözüm yolunun maddenin tümüyle ilgası olduğunu ve hakarete ilişkin genel düzenlemenin buradaki koşulları karşılayabileceğini düşünmektedir.

127. 301. madde (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Organlarını ve Devlet Kurumlarını Aşağılama) ile ilgili olarak, 2008 değişikliğine rağmen, ifadelerdeki belirsizlik hâlâ geçerlidir. Kullanılan kavramların açık ve belirgin olacak şekilde, düzenlemenin yeniden kaleme alınarak değiştirilmesi önerilmektedir. Ayrıca bu düzenleme yalnızca şiddete ve nefrete teşvik eden ifadeler için kullanılmalıdır.

128. 314. madde (Silahlı Örgüte Üyelik) ile ilgili olarak, Yargıtay içtihatlarında belirlenen kıstaslar olan; bir silahlı örgütle “organik ilişkisi” olabilmesi için, sanığa atfedilen faaliyetlerin “sürekli, çeşitli ve yoğun olması” veya örgütün “hiyerarşik yapısı içerisinde” bilerek ve isteyerek faaliyette bulunup bulunmadığının anlaşılması gerektiği şeklindeki kıstaslar sıkı bir şekilde uygulanmalıdır. (314. madde ile ilgili olarak) 220. maddenin (suç işleme amacıyla örgüt kurma) 6. ve 7. fıkralarındaki “*örgüt üyesi olmasa da, örgüt üyesi olarak cezalandırılır*” cümlesi çıkarılmalıdır. 6. ve 7. fıkralardaki bu müeyyidelerin korunması halinde, 220. maddenin 314. madde ile birlikte, yalnızca toplantı ve ifade özgürlüğünün söz konusu olmadığı vakalarda uygulanması ile sınırlı olacak şekilde kullanılmalıdır.

129. Venedik Komisyonu, ihtiyaç duyulan herhangi bir yardım durumunda Türk makamlarının hizmetine hazırdır.

